

---

# Die europarechtliche Bewertung der Euro-Rettung

von Max Vogel

*In den vergangenen Jahren war die europäische Staatsschuldenkrise das dominierende politische Thema (nicht nur) auf europäischer Ebene. Um die Krise einzudämmen und die Stabilität der Eurozone zu sichern, riefen sowohl die Europäische Union als auch die Mitgliedstaaten verschiedene Rettungsmechanismen ins Leben. Der vorliegende Beitrag analysiert deren Vereinbarkeit mit dem europäischen Primärrecht und verweist zugleich auf die Entwicklung des rechtlichen Rahmens der Krisenbewältigung. Die europarechtliche Bewertung der Rettungsmechanismen wird abschließend um einen Blick auf das Krisenmanagement der politischen Entscheidungsträger ergänzt.*

*During the last years, European politics have been dominated by the sovereign debt crisis. In order to restore the financial stability of the Eurozone several mechanisms have been installed by the European Union as well as by the Member States. This contribution presents an analysis of the compatibility of these mechanisms with EU primary law, thus demonstrating the development of the legal framework of the Euro bailout as well. On the basis of this analysis the crisis management of the policy makers is assessed.*

## I. Einleitung

Die Finanzmarktkrise und die Staatsverschuldungskrise haben die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, von denen 17 auch den Euro als Währung halten, vor Schwierigkeiten bei der Refinanzierung ihrer Staatsschulden gestellt. Einigen Staaten wurden daher Hilfen in unterschiedlicher Form gewährt. Diese Hilfen wurden im Rahmen des – bereits vor der Finanzkrise geschaffenen – *Balance of Payments*-Programms (BoP), als gebündelte bilaterale Kredite der Euro-Staaten für Griechenland (*Greek Loan Facility*), durch den Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) sowie durch die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) geleistet; darüber hinaus richtete man den dauerhaften Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) ein. Auch die Europäische Zentralbank traf Maßnahmen, die Mitgliedstaaten mit Refinanzierungsschwierigkeiten stützen. Sämtliche dieser Hilfsmechanismen werfen rechtliche Fragen nach ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit und ihrer konkreten Ausgestaltung auf, denen die-

ser Beitrag – beschränkt auf eine Prüfung am Maßstab des Europarechts<sup>1</sup> – nachgehen will (II.). Im Lichte des Ergebnisses dieser Prüfung soll sodann das Krisenmanagement der verantwortlichen politischen Entscheidungsträger bewertet werden (III.).

## **II. Bewertung am Maßstab des Europarechts**

Die verschiedenen Hilfsmechanismen veranlassen die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Europarecht. Je nach ihrer Ausgestaltung treten unterschiedliche Probleme auf. Maßgebliche Unterschiede bestehen zwischen den Hilfsmechanismen der Europäischen Union (BoP und EFSM) und denjenigen der Euro-Staaten (Greek Loan Facility, EFSF und ESM).

### **1. Balance of Payments-Programm**

#### *a) Ermächtigungsgrundlage*

Die Hilfsmaßnahmen im Rahmen des BoP-Programms beruhen auf der VO (EG) 332/2002, die auf Basis von Art. 352 AEUV und Art. 143 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV erlassen wurde<sup>2</sup>. Die Eignung von Art. 143 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV als Ermächtigungsgrundlage für Hilfsmaßnahmen der Union zugunsten von Nicht-Euro-Staaten mit Zahlungsbilanzschwierigkeiten ist unstrittig.<sup>3</sup> Da Art. 143

1 Zu der verfassungsrechtlichen Bewertung s. BVerfGE 129, 124 – Griechenlandhilfe/Euro-Rettungsschirm; BVerfG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, 495– Neunergremium; BVerfG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, 954 (958 f.) – ESM/Euro-Plus-Pakt; BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 3145 – ESM/Fiskalpakt sowie *Kube, H./Reimer, E.*: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, in: Neue Juristische Wochenschrift 2010, 1911 - 1916; *Polzin, M.*: Finanzhilfen in Griechenland: Verfassungsrechtliche Schranken?, in: Die öffentliche Verwaltung 2011, 209 - 215; *Rathke, H.*: Von der Stabilitäts- zur Stabilisierungsunion: Der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV, in: Die öffentliche Verwaltung 2011, 753 - 761; *Wieland, J.*: Der Rettungsschirm für Irland, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, 340 - 343; *Thym, D.*: Euro-Rettungsschirm: zwischenstaatliche Rechtskonstruktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 167 - 171; *Hufeld, U.*: Zwischen Notrettung und Rütlischwur: der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion in der Krise, in: integration 2011, 117 - 131; *Calliess, Ch.*: Der Kampf um den Euro: Eine "Angelegenheit der Europäischen Union" zwischen Regierung, Parlament und Volk, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, 1 - 7; *Kube, H.*: Rechtsfragen der völkervertraglichen Euro-Rettung, in: Wertpapier-Mitteilungen 2012, 245 - 253; *Nettesheim, M.*: Verfassungsrecht und Politik in der Staatschuldenkrise, in: Neue Juristische Wochenschrift 2012, 1409 – 1413; *Wieland, J.*: Macht und Ohnmacht des Bundesverfassungsgerichts in der Finanzkrise: das Urteil vom 12. September 2012, in: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 2012, 303.

2 Vgl. Präambel und Erwägungsgrund 1 der VO (EG) 332/2002.

3 *Häde, U.*, in: *Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.)*: EUV/AEUV, 4. Aufl., München, 2011, Art. 143 AEUV Rn. 9 f.; *Häde, U.*: Haushaltsdisziplin und Solidarität im Zeichen der Finanzkrise, in: Europäische Zeit-

Abs. 1 UAbs. 2 AEUV jedoch keine taugliche Rechtsgrundlage für eine abstrakte Regelung und damit für die Errichtung eines mehrfach abrufbaren Hilfsprogramms ist<sup>4</sup>, musste zusätzlich auf die Experimentierklausel des Art. 352 AEUV zurückgegriffen werden.

### *b) Darlehensaufnahme durch die EU*

Als problematisch könnte es sich erweisen, dass die Hilfen im Rahmen des BoP-Programms nach Art. 1 Abs. 3 VO (EG) 332/2002 durch eine Kreditaufnahme der Union finanziert werden.

*ba)* Die Befugnis der Union zur Aufnahme von Darlehen als allgemeines Mittel zur Haushaltsfinanzierung ist fraglich. Teilweise wird eine solche Befugnis gänzlich abgelehnt, mit der Begründung, dass es hierfür keine ausdrückliche Ermächtigung gebe, dies dem Einnahmesystem – Eigenmittel und nachrangige sonstige Einnahmen (Art. 311 Abs. 2 AEUV) – widerspreche und ein Rückgriff auf die Experimentierklausel (Art. 352 AEUV) scheitere, weil der Haushaltsausgleich kein Unionsziel ist.<sup>5</sup> Dagegen wird eingewandt, dass zwar tatsächlich nach aktueller Rechtslage eine Kreditaufnahme der Union nicht vorgesehen sei, das Primärrecht dies jedoch auch nicht verbiete und daher eine Verschuldung für die allgemeine Haushaltsfinanzierung im Rahmen von Art. 311 Abs. 3 AEUV durch Aufnahme eines entsprechenden Einnahmepostens in die Bestimmungen über das System der Eigenmittel möglich wäre.<sup>6</sup> Dies ist jedoch bislang eine hypothetische Überlegung, da die Eigenmittelbeschlüsse einen solchen Posten nicht

schrift für Wirtschaftsrecht 2009, 399 – 403, hier 401; vgl. auch *Frenz, W.*: Handbuch des Europarechts Bd. VI, Heidelberg, 2011, hier Rn. 3669, 3671 ff.

- 4 *Smulders, B.*, in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., Baden-Baden, 2003, Art. 119 und Art. 120 EGV Rn. 8; *Bandilla, R.*, in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.): Das Recht der Europäischen Union, 47. EGL, München, 2012, Art. 143 AEUV Rn. 22.
- 5 *Häde, U.*: Finanzausgleich, Tübingen, 1996, hier 470 ff.; *Häde, U.*, in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 143 AEUV Rn. 11; *Magiera, S.*, in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 311 AEUV Rn. 42; *Gesmann-Niissl, D.*: Die Verschuldungsbefugnis der Europäischen Union, Frankfurt a.M., 1999, hier 94 und 124 f.
- 6 *Selmer, P.*: Die Anleihekompotenten der Europäischen Gemeinschaften, in: Böckstiegel, K.-H./Götz, V./Selmer, P. (Hg.): Finanzverfassung der Europäischen Gemeinschaften, Köln, 1984, 21 – 49, hier 48 f.; *Scheibe, R.*: Die Anleihekompotenz der Gemeinschaftsorgane nach dem EWG-Vertrag, Baden-Baden, 1988, hier 220 ff. und 235 ff.; *Bieber, R.*, in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 269 EGV Rn. 40 f.; *Rossi, M.*: Finanz- und Haushaltordnung der EU, in: Dausse, M. (Hg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 30. EGL, München, 2012, hier Rn. 120; v. *Lewinski, K.*: Verschuldungskompetenz der Europäischen Union, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 2012, 164 – 182, hier 171 f.; *Liene-meyer, M.*: Die Finanzverfassung der Europäischen Union, Baden-Baden, 2002, hier 251 ff., der darüber hinaus auf S. 253 f. eine auf den Haushaltsausgleich begrenzte Befugnis aus Art. 352 AEUV (und unabhängig von Art. 311 Abs. 3 AEUV) bejaht.

vorsehen.<sup>7</sup> Die Union kann daher nach geltender Rechtslage keine Darlehen für die Finanzierung des allgemeinen Haushalts aufnehmen.

*bb)* Die für die Hilfsmaßnahmen im Rahmen des BoP-Programms vorgesehene Darlehensaufnahme der Union nach Art. 1 Abs. 3 VO (EG) 332/2002 wäre jedoch unionsrechtskonform, wenn die Union – unabhängig von der Frage, ob sie den allgemeinen Haushalt aus Krediten finanzieren kann – dazu befugt wäre, zweckgebundene Darlehen aufzunehmen. Eine solche Befugnis könnte Art. 352 AEUV gewähren. Dazu müsste die Darlehensaufnahme „erforderlich [sein], um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen“. Dies wird teilweise abgelehnt, da Art. 352 AEUV eng auszulegen sei, weshalb die Darlehensaufnahme unmittelbar den Vertragszielen dienen müsse, was sie *per se* nicht könne.<sup>8</sup> Allerdings wird der Begrenzung des Anwendungsbereichs von Art. 352 AEUV ebenso Rechnung getragen, wenn eine Maßnahme „quasi-unmittelbar“ den Zielen der Verträge dient: Dies ist der Fall, wenn die Darlehensaufnahme allein zugunsten einer unmittelbar den Zielen der Verträgen dienenden konkreten Maßnahme erfolgt. Demnach ist eine Kreditaufnahme der Union zulässig, wenn diese zweckgebunden der Verwirklichung von Zielen der Verträge dient.<sup>9</sup> Das BoP-Programm fördert die Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 3 Abs. 4 AEUV), ein Ziel des EUV<sup>10</sup>. Die Ermächtigung der Union zur Kreditaufnahme nach Art. 1 Abs. 3 VO (EG) 332/2002, die auch ausdrücklich auf Art. 352 AEUV gestützt wurde<sup>11</sup>, ist demnach unionsrechtskonform.

7 Rossi, M.: Finanz- und Haushaltordnung, a.a.O., Rn. 120; v. Lewinski, K.: Verschuldungskompetenz, a.a.O., 171 f.

8 Häde, U.: Finanzausgleich, a.a.O., 472 ff.; Häde, U., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 143 AEUV Rn. 11; Gesmann-Nuissl, D., a.a.O., 273 f.; Lienemeyer, M., a.a.O., 254 ff., der hiervon jedoch für die Weitergabe der Darlehen an Drittstaaten eine Ausnahme vorsieht.

9 So auch der überwiegende Teil der Literatur: Magiera, S., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 311 AEUV Rn. 44; Bieber, R., in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 269 EGV Rn. 40; Schoo, J., in: Schwarze, J. (Hg.): EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden, 2012, Art. 311 AEUV Rn. 23; Calliess, Ch.: Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht, in: Zeitschrift für Europarechtliche Studien 2011, 213 – 282, hier 244 ff.; Oppermann, Th./Classen, C. D./Nettesheim, M.: Europarecht, 5. Aufl., München, 2011, hier § 8 Rn. 50. So wohl auch Frenz, W., a.a.O., Rn. 3659 f.; v. Lewinski, K.: Verschuldungskompetenz, a.a.O., 173 ff.

10 Rossi, M., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 352 AEUV Rn. 33; Geiss, M., in: Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 352 AEUV Rn. 13; Schwartz, I., in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 308 EGV Rn. 94; Scheibe, a.a.O., 330 f.

11 Vgl. Erwägungsgrund 14 der VO (EG) 332/2002.

## 2. Europäischer Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM)

### a) Ermächtigungsgrundlage

Der EFSM, der durch VO (EU) 407/2010 eingeführt wurde, beruht nach Erwähnungsgrund 1 der VO (EU) 407/2010 auf Art. 122 Abs. 2 AEUV. Ob die Verordnung damit eine taugliche Ermächtigungsgrundlage benennt, wird unterschiedlich beurteilt. Nach Art. 122 Abs. 2 AEUV kann die Union einen finanziellen Beistand gewähren, wenn „ein Mitgliedstaat aufgrund von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Ereignissen, die sich seiner Kontrolle entziehen, von Schwierigkeiten betroffen oder von gravierenden Schwierigkeiten ernstlich bedroht“ ist. Die Tauglichkeit von Art. 122 Abs. 2 AEUV als Ermächtigungsgrundlage für den EFSM ist allerdings zweifelhaft, da durchaus fraglich ist, ob überhaupt ein außergewöhnliches Ereignis – in Form einer übermäßigen Staatsverschuldung oder in Form der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise – als Ursache für die Schwierigkeiten vorliegt (*aa*). Sollte das Vorliegen eines außergewöhnlichen Ereignisses bejaht werden, stellt sich weiter die Frage, ob dieses außerhalb der Kontrolle des sich in Schwierigkeiten befindenden Mitgliedsstaats liegt (*ab*) und ob Art. 122 Abs. 2 AEUV überhaupt die Einrichtung eines mehrfach nutzbaren Hilfsmechanismus erlaubt oder ob dieser allein zu Hilfsmaßnahmen im Einzelfall ermächtigt (*ac*). Sollte eine dieser Fragen zu verneinen sein, könnte der EFSM auf einer anderen Ermächtigungsgrundlage beruhen; in Betracht kommen Art. 352 AEUV, Art. 122 Abs. 1 AEUV oder ungeschriebenes Notrecht (*ad*).

*aa)* Bereits die Frage, ob überhaupt ein außergewöhnliches Ereignis im Sinne von Art. 122 Abs. 2 AEUV als Ursache der Schwierigkeiten von Mitgliedstaaten vorliegt, ist umstritten. Der Kernpunkt, an dem sich der Streit entzündet, ist die Frage, was in den aktuellen Fällen der Staatsschuldenkrise das außergewöhnliche Ereignis darstellt. Dabei ist in jedem konkreten Einzelfall einer Hilfe nach Art. 122 Abs. 2 AEUV die Ursächlichkeit eines außergewöhnlichen Ereignisses zu prüfen. Einigkeit besteht insofern, als ein hohes Haushaltsdefizit als solches kein außergewöhnliches Ereignis darstellen kann<sup>12</sup>: Dieses tritt weder unerwartet auf

12 *Häde, U.*, in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 122 AEUV Rn. 16 sowie Art. 125 AEUV Rn. 7; *Bandilla, R.*, in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 122 AEUV Rn. 16; *Frenz, W.*, a.a.O., Rn. 3650; *Herrmann, Ch.*: Griechische Tragödie - der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 413 – 418, hier 414; *Hentschelmann, K.*: Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel, in: Europarecht 2011, 282 – 312, hier 297; *Müller-Graff, P.-Ch.*: Die rechtliche Neustellung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, in: Zeitschrift für das ge-

noch beruht es auf außerhalb des Mitgliedstaats liegenden Umständen. Die Einschätzung gestaltet sich jedoch weitaus schwieriger, wenn weitere Ursachen hinzutreten, wie in der aktuellen Krise etwa die gravierenden Auswirkungen der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise mit Verwerfungen an den Finanzmärkten, zu deren Abwendung die Staaten mehrere Milliarden Euro aufwendeten und so ihr Haushaltsdefizit wesentlich steigerten, und mit einem der Krise folgenden starken Rückgang der Wirtschaftsleistung, der die Steuereinnahmen mindert, damit die öffentlichen Haushalte weiter belastet. Treten solche zusätzlichen Ursachen hinzu, ist entscheidend, inwiefern diese mitkausalen und – im Gegensatz zum Haushaltsdefizit als solchem – von außen an die betroffenen Mitgliedstaaten herantretenden Einflüsse bei der Feststellung eines außergewöhnlichen Ereignisses zu berücksichtigen sind. Zunächst ist festzustellen, dass ein Mitverschulden des betroffenen Mitgliedstaats für die seiner Kontrolle entzogenen Schwierigkeiten unerheblich ist<sup>13</sup>, sodass die Mitursächlichkeit eines übermäßigigen Haushaltsdefizits der Annahme eines außergewöhnlichen Ereignisses für sich genommen nicht im Wege steht. Entscheidend ist, inwieweit die Rolle des Art. 122 Abs. 2 AEUV im System der unionsrechtlichen Vorgaben für die Haushalte der Mitgliedstaaten und insbesondere sein Verhältnis zum Haftungs- und Eintrittsverbot des Art. 125 Abs. 1 AEUV die Berücksichtigung des Haushaltsdefizits bei der Prüfung des Vorliegens eines außergewöhnlichen Ereignisses erfordert.<sup>14</sup> Hierbei ist eine Abwägung erforderlich zwischen dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Haushaltswirtschaft jedes Mitgliedstaats, der die unionsrechtlichen Regelungen der öffentlichen Haushaltswirtschaft maßgeblich prägt, sowie der Eigenschaft der Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft einerseits und dem Solidaritätsprinzip, das ebenfalls unionsrechtlich verankert ist (vgl.

samte Handels- und Wirtschaftsrecht 2012, 2 – 14, hier 3; Brück, M./Schalast, Ch./Schanz, K.-M.: Finanzkrise letzter Akt: Die deutschen Zustimmungsgesetze zur Griechenlandfinanzhilfe und zum Europäischen Stabilisierungsmechanismus, in: Betriebs-Berater 2010, 2522 – 2527, hier 2525.

13 Hade, U., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 122 AEUV Rn. 9; Bandilla, R., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 122 AEUV Rn. 18; Frenz, W., a.a.O., Rn. 3652; Knopp, L.: Griechenland-Nothilfe auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, in: Neue Juristische Wochenschrift 2010, 1777 – 1782, hier 1780; Herrmann, Ch.: Griechische Tragödie, a.a.O., 414; Wieland, J.: Rettungsschirm für Irland, a.a.O., 341.

14 Siehe hierzu für ein enges Verständnis des Begriffs „außergewöhnliches Ereignis“: Kube, H./Reimer, E.: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, a.a.O., 1914; Brück, M./Schalast, Ch./Schanz, K.-M., a.a.O., 2525; Hentschelmann, K., a.a.O., 298 f. Für ein weites Verständnis dagegen: Hade, U.: Haushaltsdisziplin und Solidarität, a.a.O., 401; Wieland, J.: Rettungsschirm für Irland, a.a.O., 341; Herrmann, Ch.: Griechische Tragödie, a.a.O., 414; so wohl auch Frenz, W., a.a.O., Rn. 3650. Für eine Abwägung nach dem Gewicht der verschiedenen Ursachen im Einzelfall: Knopp, L., a.a.O., 1780; Calliess, Ch.: Perspektiven des Euro, a.a.O., 242 ff.

Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV), andererseits. Die Regelungen der Europäischen Wirtschaftsverfassung in den Art. 119 ff. AEUV sind von dem Grundsatz durchzogen, dass jeder Mitgliedstaat mit seinen öffentlichen Haushalten eigenverantwortlich wirtschaftet. Insbesondere das Haftungs- und Eintrittsverbot von Art. 125 Abs. 1 AEUV (*no-bail-out-Klausel*), ebenso aber die Einschränkung marktfremder Finanzierung der öffentlichen Haushalte in Art. 123, 124 AEUV sollen dazu dienen, die Mitgliedstaaten zu einer soliden Haushaltspolitik zu bewegen, indem diese eine unsolide Haushaltspolitik unmittelbar in Form von Risikoaufschlägen bei der Finanzierung ihrer Haushalte und damit einer Einschränkung ihres politischen Handlungsspielraums spüren.<sup>15</sup> Insofern stellt Art. 122 AEUV mit der Möglichkeit einer marktfremden Unterstützung durch die Union einen Ausnahmefall dar. Als Ausnahmeregelung ist Art. 122 Abs. 2 AEUV eng auszulegen. Allerdings muss für die Ausnahme ein Anwendungsbereich offen bleiben; das Haftungs- und Einstandsverbot (Art. 125 Abs. 1 AEUV) stellt also kein unumstößliches Prinzip dar.<sup>16</sup> Teilweise wird vorgebracht, dass bei dieser Abwägung das Ziel der Europäischen Wirtschaftsverfassung, eine Haushaltspolitik der Stabilität durch das Wirken des Marktes zu erreichen, ange-sichts der tatsächlichen Entwicklung kaum ins Gewicht fallen, in deren Verlauf sich gezeigt hat, dass einerseits die Politik die Stabilitätsregeln nie konsequent umgesetzt hat<sup>17</sup> und dass andererseits die Märkte nicht unmittelbar auf Verschlechterungen in der Haushaltssituation einzelner Mitgliedstaaten reagieren, sondern vielmehr zu lange – möglicherweise unvermindert – von einer faktischen Nichtgeltung des Haftungs- und Einstandsverbots ausgingen<sup>18</sup>. Damit wird aber die Verbindlichkeit des primärrechtlichen Verbots aus Art. 125 Abs. 1 AEUV davon abhängig gemacht, ob die Politik oder Private es für verbindlich halten.<sup>19</sup> Ferner wird diesen Privaten die Lernfähigkeit abgesprochen. Die effek-

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 27.11.2012, Rs. C-370/12, Pringle vs. Ireland, Wertpapier-Mitteilungen 2012, 2364 (Rn. 135) zu Art. 125 AEUV; *Gnan, E.*, in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 101 EGV Rn. 3 ff.; *Hentschelmann, K.*, a.a.O., 284 f.

<sup>16</sup> *Knopp, L.*, a.a.O., 1780; *Häde, U.*: Haushaltsdisziplin und Solidarität, a.a.O., 403 mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte. Im Ergebnis ebenso EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 130 f., der jedoch Art. 122 Abs. 2 AEUV nicht als Ausnahme von Art. 125 AEUV qualifiziert (s. dazu unten II. 2. b)).

<sup>17</sup> *Nettesheim, M.*: Der Umbau der europäischen Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in: Kadelbach, St. (Hg.), Nach der Finanzkrise, Baden-Baden, 2012, 31 – 78, hier 49 f., 52 ff.

<sup>18</sup> *Häde, U.*: Haushaltsdisziplin und Solidarität, a.a.O., 402; *Nettesheim, M.*: Der Umbau der europäischen Währungsunion, a.a.O., 59 f.

<sup>19</sup> Die rechtliche Verbindlichkeit unterstreichen auch: *Häde, U.*: Staatsbankrott und Krisenhilfe, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 273 sowie *Kube, H./Reimer, E.*: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, a.a.O., 1916. Dagegen aufgrund „pragmatische[r] Argumente“:

tive Wirksamkeit von Art. 125 Abs. 1 AEUV erfordert daher, insbesondere mit Blick auf die Zukunft, dass in letzter Konsequenz auch der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit möglich bleiben muss. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass die Ursächlichkeit des Haushaltsdefizits des betroffenen Mitgliedstaats für dessen Schwierigkeiten derart gewichtig ist, dass eine Hilfsmaßnahme geeignet wäre, bei anderen Mitgliedstaaten (ebenso wie bei potentiellen privaten Käufern der Staatsanleihen) künftig die Hoffnung zu wecken, dass unsolides Haushalten folgenlos bliebe. Ist dies nicht der Fall, steht der Zweck der Regelungen, die die Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten konkretisieren, gerade nicht der Anwendung der Ausnahmeverordnung des Art. 122 Abs. 2 AEUV entgegen.<sup>20</sup> Bei der Beurteilung des Gewichts der hausgemachten Staatsverschuldung können für die verschiedenen Mitgliedstaaten, die möglicherweise auf Hilfe aus dem EFSM zurückgreifen möchten, durchaus unterschiedliche Ergebnisse folgen. So waren die Auswirkungen der Finanzkrise in Irland (öffentliche Aufwendungen zur Bankenrettung und Einbruch der Wirtschaftsleistung) besonders stark, während Griechenland bereits zum Zeitpunkt des Beitritts zum Euro-Währungsgebiet deutliche Haushaltsprobleme aufwies. Letztendlich ist jedenfalls eine einzelfall-abhängige Beurteilung erforderlich. Demnach kann die globale Wirtschafts- und Finanzkrise ein außergewöhnliches Ereignis darstellen; dies gilt allerdings nur, sofern nicht ein Haushaltsdefizit des betroffenen Mitgliedstaats von einem Gewicht bereits zuvor bestand.

*ab)* Bejaht man im konkreten Einzelfall die Ursächlichkeit eines außergewöhnlichen Ereignisses für die Schwierigkeiten des betroffenen Mitgliedstaats, müsste das außergewöhnliche Ereignis darüber hinaus außerhalb der Kontrolle dieses Mitgliedstaats liegen. Da sich der Kontrollverlust auf das außergewöhnliche Ereignis bezieht – und nicht auf die daraus resultierenden Schwierigkeiten des Mitgliedstaats –, die übermäßige Staatsverschuldung selbst aber als außergewöhnliches Ereignis ausscheidet, ist unerheblich, dass die Staatsverschuldung jedenfalls in der Phase bis unmittelbar vor dem drohenden Staatsbankrott von dem jeweiligen Mitgliedstaat noch kontrollierbar ist.<sup>21</sup> Entscheidend ist vielmehr,

Schröder, U.: Finanzieller Beistand, in: Bergmann, J. (Hg.), Handlexikon der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden, 2012, 372.

20 Im Ergebnis ähnlich: Frenz, W., a.a.O., Rn. 3653; Knopp, L., a.a.O., 1780; Häde, U., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 125 AEUV Rn. 7.

21 Anders Häde, U.: Haushaltsdisziplin und Solidarität, a.a.O., 401 sowie Hentschelmann, K., a.a.O., 289 f., die aber das Tatbestandsmerkmal „das sich [der mitgliedstaatlichen] Kontrolle entzieht“ entgegen dem Wortlaut von Art. 122 Abs. 2 AEUV nicht auf das außergewöhnliche Ereignis, sondern auf die Schwierigkeiten des Mitgliedstaats beziehen.

ob der Mitgliedstaat die Kontrolle über das außergewöhnliche Ereignis hat. Sieht man dieses in der weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise sowie in dem hierauf folgenden Wirtschaftsabschwung, ist der Kontrollverlust wohl zu bejahen.

ac) Art. 122 Abs. 2 AEUV setzt ein außergewöhnliches Ereignis für die Gewährung einer Finanzhilfe voraus. Ob ein außergewöhnliches Ereignis vorliegt, ist jedoch eine Frage des konkreten Einzelfalls. Art. 122 Abs. 2 AEUV geht also davon aus, dass die zu gewährende Finanzhilfe in jedem Einzelfall von einer konkreten Prüfung des außergewöhnlichen Ereignisses abhängt. Dieser Grundgedanke könnte einem Finanzhilfemechanismus entgegenstehen, der auf eine mehrfache Inanspruchnahme ausgelegt ist. Allerdings kann auch im Rahmen eines solchen mehrfach nutzbaren Mechanismus in jedem Einzelfall geprüft werden, ob ein außergewöhnliches Ereignis vorliegt. Es erscheint zudem zweckmäßig, den verfahrensrechtlichen Rahmen sowie die nähere Ausgestaltung der Gewährung einer Finanzhilfe vorweg einheitlich zu regeln.<sup>22</sup> Trotz dieser Zweckmäßigkeit bedürfte es für die abstrakte Regelung eines institutionellen und verfahrensrechtlichen Rahmens jedoch einer Ermächtigungsgrundlage, die Art. 122 Abs. 2 AEUV nicht enthält.<sup>23</sup> Möglich wäre es zwar, die Experimentierklausel des Art. 352 AEUV heranzuziehen<sup>24</sup>, jedoch fehlt hierfür die dann erforderliche Zustimmung des Europäischen Parlaments (Abs. 1) sowie die Einbindung nationaler Parlamente (Information nach Abs. 2 sowie – weitergehend – Zustimmungsgesetz des Bundestags nach § 8 S. 1 IntVG).

Darüber hinaus erscheint es mit Blick auf das Vorliegen eines außergewöhnlichen Ereignisses im Einzelfall problematisch, dass VO (EU) 407/2010 pauschal ein außergewöhnliches Ereignis aufgrund der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise feststellt<sup>25</sup> und dementsprechend weder die Grundsatzentscheidung über die Gewährung einer Finanzhilfe (Art. 3 VO (EU) 407/2010) noch die Entscheidung

22 *Hentschelmann, K.*, a.a.O., 303; aA *Frenz, W./Ehlenz, Ch.*: Schuldenkrise und Grenzen der europäischen Wirtschaftspolitik, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2010, 211 – 215, hier 213 f.

23 EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 65; *Smulders, B.*, in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 100 EGV Rn. 27; aA *Häde, U.*, in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 122 AEUV Rn. 15, der aber voraussetzt, dass VO (EU) 407/2010 einen nur vorübergehenden Charakter hat.

24 *Frenz, W.*, a.a.O., Rn. 3661 ff.; *Häde, U.*: Haushaltsdisziplin und Solidarität, a.a.O., 403; offen gelassen von EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 65; aA *Hentschelmann, K.*, a.a.O., 301, der dies jedoch damit begründet, dass dadurch die Voraussetzungen des Art. 122 Abs. 2 AEUV unterlaufen würden, was jedoch nicht der Fall ist, wenn lediglich der institutionelle und verfahrensrechtliche Rahmen des EFSM auf Art. 352 AEUV gestützt wird und im Rahmen der Einzelfallentscheidung weiterhin Art. 122 Abs. 2 AEUV geprüft würde.

25 Vgl. Erwägungsgründe 3 – 5 der VO (EU) 407/2010.

über die Auszahlung der einzelnen Darlehensraten (Art. 4 VO (EU) 407/2010) oder über die Freigabe von Mitteln aus einer Kreditlinie (Art. 5 VO (EU) 407/2010) von der Feststellung eines außergewöhnlichen Ereignisses im Einzelfall abhängig macht.<sup>26</sup> Eine solche pauschale Annahme widerspricht der Struktur von Art. 122 Abs. 2 AEUV, der nur Hilfsmaßnahmen bei Vorliegen eines außergewöhnlichen Ereignisses im konkreten Einzelfall vorsieht. Erforderlich wäre jedenfalls die einzelfallbezogene Prüfung, ob die Voraussetzungen des Beistandes im Rahmen des Verfahrens nach VO (EU) 407/2010 vorliegen.

*ad)* Die Möglichkeit, den institutionellen und verfahrensrechtlichen Rahmen des EFSM auf die Experimentierklausel (Art. 352 AEUV) zu stützen und innerhalb dieses Rahmens bei der Einzelfallentscheidung über die Gewährung einer Finanzhilfe die Voraussetzungen des Art. 122 Abs. 2 AEUV zu prüfen, scheitert an der fehlenden Zustimmung des Europäischen Parlaments sowie der mangelnden Beteiligung der nationalen Parlamente.<sup>27</sup> Unabhängig davon ist dieser Weg jedoch ohnehin versperrt, wenn man das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 122 Abs. 2 AEUV, also insbesondere die Ursächlichkeit eines außergewöhnlichen Ereignisses, verneint, da andernfalls die besonderen primärrechtlich normierten Voraussetzungen von Art. 122 Abs. 2 AEUV umgangen würden.

Vereinzelt wird erwogen<sup>28</sup>, den EFSM auf Art. 122 Abs. 1 AEUV zu stützen. Allerdings geht Art. 122 Abs. 2 AEUV nach dem *lex specialis*-Grundsatz vor.<sup>29</sup>

Schließlich spricht sich *Oppermann* dafür aus, im Falle eines drohenden Staatsbankrotts mit nicht absehbaren Folgen für die Stabilität der Währung entsprechend allgemeinen völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Grundsätzen auf ungeschriebenes Notrecht zurückzugreifen.<sup>30</sup>

26 Kritisch insoweit auch: *Frenz, W.*, a.a.O., Rn. 3656 ff.; *Hentschelmann, K.*, a.a.O., 303. S. auch EuGH – *Pringle vs. Ireland*, a.a.O., Rn. 65 (zum ESM), wonach *dauerhafte* und auf die Stabilität des Euro-Raums insgesamt ziellende Stabilitätsmechanismen nicht auf Art. 122 Abs. 2 AEUV gestützt werden können.

27 S. oben II. 2. a) ac).

28 *Frenz, W.*, a.a.O., Rn. 3665 f.

29 *Häde, U.*, in: *Calliess, Ch./Ruffert, M.* (Hg.), a.a.O., Art. 122 AEUV Rn. 6. So wohl dann im Ergebnis auch *Frenz, W.*, a.a.O., Rn. 3666.

30 *Oppermann, Th.*: Euro-Stabilisierung durch EU-Notrecht, in: *Bechtold, St./Jickeli, J./Rohe, M.* (Hg.): *Festschrift für Wernhard Möschel*, Baden-Baden, 2011, 909 – 922, hier 914 f. und 917.

*b) Verstoß gegen die no-bail-out-Klausel, Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV*

*ba)* Ein Verstoß gegen das Haftungs- und Eintrittsverbot nach Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV wäre ausgeschlossen, wenn die finanziellen Hilfen des EFSM im Einzelfall mit Art. 122 Abs. 2 AEUV vereinbar wären, vorausgesetzt dieser ist als primärrechtlich geregelte Ausnahme zu Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV zu qualifizieren. Der EuGH lehnt eine solche Qualifikation allerdings mit Hinweis auf die fehlende ausdrückliche Bezeichnung als Ausnahmeverordnung ab.<sup>31</sup> Dass der Ausnahmearakter nicht konkret benannt wurde, ist jedoch allenfalls ein (schwaches) Indiz, jedenfalls kein zwingender Grund dafür, ihn abzulehnen. Vielmehr zeigt die gemeinsame Zielrichtung von Art. 122 und 125 AEUV, dass diese in einem engen inneren Zusammenhang stehen: Beide Vorschriften sollen die Währungsunion als Stabilitätsunion ausgestalten, in der alle Mitgliedstaaten aufgrund der Eigenverantwortlichkeit ihres Haushaltens von einer Politik der Verschuldung absehen. Art. 125 AEUV verbietet daher die gegenseitige Haftung und den Eintritt in Verbindlichkeiten; Art. 122 Abs. 2 AEUV erlaubt zwar finanzielle Hilfen der Union, begrenzt diese Möglichkeit jedoch – mit Blick auf das übergeordnete Ziel – auf Fälle, die ein *moral hazard* nicht befürchten lassen. Dieser innere Zusammenhang verdeutlicht, dass Art. 122 AEUV und Art. 125 AEUV in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zueinander stehen. Als speziell primärrechtlich geregelte Ausnahme verdrängt Art. 122 Abs. 2 AEUV also das Haftungs- und Eintrittsverbots. Ein Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV scheidet demnach aus, wenn die Zulässigkeit der Hilfsmaßnahme nach Art. 122 Abs. 2 AEUV bejaht wird.

*bb)* Liegen die Voraussetzungen von Art. 122 Abs. 2 AEUV dagegen im konkreten Einzelfall nicht vor, fehlt der Union für eine Hilfsmaßnahme bereits die Ermächtigungsgrundlage. Darüber hinaus läge ein Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV vor, wenn das Haftungs- und Eintrittsverbot auch die freiwillige Kreditvergabe durch die Union erfasst. Hiergegen soll der Wortlaut von Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV sprechen, der nur die Haftung und den Eintritt in Verbindlichkeiten gegenüber Dritten verbiete; freiwillige Kredite durch die Union würden dagegen eine neue Verbindlichkeit des Mitgliedstaats begründen und seien von einem Eintreten in bestehende Verbindlichkeiten zu unterscheiden.<sup>32</sup> Gegen

<sup>31</sup> EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 131; im Ergebnis ebenso *Calliess, Ch.*: Perspektiven des Euro, a.a.O., 258 f., der Art. 125 AEUV als Begrenzung der Ermächtigung nach Art. 122 Abs. 2 AEUV versteht.

<sup>32</sup> EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 130, 139 (zum ESM); Mitteilung der Europäische Kommission v. 12.5.2010, KOM (2010) 250 endgültig, 12; *Wieland, J.*: Rettungsschirm für Irland, a.a.O., 342; *Ban-*

ein Verständnis von Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV als umfassendes Verbot finanzieller Unterstützung spreche auch der Vergleich mit Art. 122 Abs. 2, 123 AEUV.<sup>33</sup> Der Sinn und Zweck von Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV ergibt jedoch ein anderes Bild.<sup>34</sup> Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV dient gemeinsam mit den übrigen Regelungen der Europäischen Wirtschaftsverfassung dazu, die Europäische Union als Stabilitätsunion auszustalten, in der die einzelnen Mitgliedstaaten eigenverantwortlich ihre Haushalte führen. Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV ist zentraler Bestandteil zur Durchsetzung dieser Eigenverantwortlichkeit, indem er in Zusammenspiel mit Art. 123-124 AEUV dafür Sorge tragen soll, dass die Mitgliedstaaten sich zu Marktbedingungen refinanzieren müssen und sich dementsprechend eine unsolide Haushaltswirtschaft unmittelbar in Risikoauflägen und höheren Refinanzierungskosten niederschlägt. Dies soll die einzelnen Mitgliedstaaten von einer Haushaltspolitik der Verschuldung abhalten. Dieser Mechanismus schlägt jedoch fehl, wenn an den Finanzmärkten der Eindruck entsteht, dass die Union – oder die übrigen Mitgliedstaaten – bei Haushaltschwierigkeiten infolge einer übermäßigen Staatsverschuldung bereit ist, in irgendeiner Form in die Bresche zu springen und dementsprechend die Risikoauflägen wesentlich niedriger ausfallen. Entscheidend ist, dass jede Form der finanziellen Unterstützung bei Schwierigkeiten aufgrund einer Politik der Verschuldung – anders als bei Schwierigkeiten aufgrund eines außergewöhnlichen Ereignisses – die Wirksamkeit der Stabilitäts- und Eigenverantwortlichkeitsregelungen der Europäischen Wirtschaftsverfassung ins Leere laufen ließe. Um dies zu verhindern, muss Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV als ein umfassendes Verbot finanziellen Beistands verstanden werden. Die Begriffe der Haftung und des Schuldeintritts sind demnach als beispielhafte Beschreibung zu verstehen und erfassen sämtliche Formen finanziellen Beistands. Demnach verstößen Kredite

*dilla, R.*, in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 125 AEUV Rn. 11; *Müller-Graff, Ch.-P.*: Vertragskonforme Rettung der Währungsunion, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2011, Heft 9 S. 1; *Müller-Graff, Ch.-P.*: Neujustierung der EWWU, a.a.O., 3; v. *Lewinski, K.*: Nationale und internationale Staatsverschuldung, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. X, 3. Aufl., Heidelberg, 2012, § 217, hier Rn. 71; vgl. auch *Gnan, E.*, in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 103 EGV Rn. 28, dann aber in Rn. 29 auf die Voraussetzungen von Art. 122 Abs. 2 AEUV (ehemals Art. 100 Abs. 2 EGV) beschränkend. Ebenfalls mit diesem Argument für freiwillige Kredite durch die Mitgliedstaaten: *Herrmann, Ch.*: Griechische Tragödie, a.a.O., 415.

33 EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 131 f.

34 *Häde, U.*, in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 125 AEUV Rn. 3; *Frenz, W.*, a.a.O., Rn. 3641; *Knopp, L.*, a.a.O., 1779; *Calliess, Ch.*: Perspektiven des Euro, a.a.O., 260 ff.; *Hentschelmann, K.*, a.a.O., 290 f. Ebenso für die Mitgliedstaaten als Verbotsadressat: *Kube, H./Reimer, E.*: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, a.a.O., 1913 (Verbot der Übernahme einer „haftungsähnlichen Pflichtenstellung“); *Brück, M./Schalast, Ch./Schanz, K.-M.*, a.a.O., 2525.

durch die Union – neben dem Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage – gegen Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV, wenn nicht im konkreten Einzelfall die Voraussetzungen der Ausnahme nach Art. 122 Abs. 2 AEUV gegeben sind.

### c) Darlehensaufnahme durch die EU

Auch im Rahmen des EFSM ist die Aufnahme von Anleihen durch die Europäische Union vorgesehen (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 VO (EU) 407/2010). Insoweit stellen sich dieselben Fragen wie hinsichtlich der Ermächtigung zur Aufnahme von Anleihen im Rahmen des BoP.<sup>35</sup> Demnach ist eine zweckgebundene Darlehensaufnahme der Union auf der Grundlage von Art. 352 AEUV möglich.

Problematisch ist jedoch, dass die Einrichtung des EFSM durch die VO (EU) 407/2010 nicht auf Art. 352 AEUV gestützt wurde, sodass die dort vorgesehene Zustimmung des Europäischen Parlaments (Abs. 1) sowie die darüber hinaus erforderliche Einbindung nationaler Parlamente (Information nach Abs. 2 sowie – weitergehend – das nach § 8 S. 1 IntVG erforderliche Zustimmungsgesetz des Bundestags) nicht eingehalten wurden. Da ein Rechtsakt, der auf eine fehlerhafte Rechtsgrundlage gestützt ist, nichtig ist<sup>36</sup>, fehlt dem EFSM die Rechtsgrundlage.

## 3. Greek Loan Facility

### a) Verstoß gegen Art. 123 Abs. 1 Alt. 1 AEUV

Die in der *Greek Loan Facility* gebündelten Darlehen der Euro-Mitgliedstaaten an Griechenland könnten gegen Art. 123 Abs. 1 Alt. 1 AEUV verstößen. Dies setzt voraus, dass der Kreis der Verbotsadressaten auf der Seite des Kreditgebers erweiternd so auszulegen ist, dass er neben der EZB und den Zentralbanken der Mitgliedstaaten auch die Regierungen der Mitgliedstaaten umfasst. Hierfür könne sprechen, so *Kube/Reimer*, dass es zur effektiven Durchsetzung der Stabilitätsvorgaben des Unionsrechts (*effet utile*) erforderlich ist, das Handeln der Zentralbanken und das Handeln der Regierung in Fragen der Haushaltswirtschaft gleich zu behandeln.<sup>37</sup> Hiergegen sprechen jedoch neben dem Wortlaut, der die Mitgliedstaaten lediglich als potentielle Empfänger von (Zentralbank-)Krediten

<sup>35</sup> S. oben II. 1. b).

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-22/96, Europäisches Parlament vs. Rat der Europäischen Union, Slg. 1998, I-3231 Rn. 37 f.

<sup>37</sup> *Kube, H./Reimer, E.*: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, a.a.O., 1912; *Kube, H./Reimer, E.*: Die Sicherung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion - Rückkehr in die Bahnen des Rechts, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 2011, 332 – 350, hier 335. So im Ergebnis – ohne weitere Begründung – auch: *Frenz, W.*, a.a.O., Rn. 3644.

sieht, Systematik und Telos.<sup>38</sup> So werden die Mitgliedstaaten in den Verboten nach Art. 124-126 AEUV ausdrücklich als Adressaten genannt, was im Umkehrschluss dafür spricht, dass sie gerade nicht zum Adressatenkreis des Art. 123 Abs. 1 AEUV gehören. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des Verbots nach Art. 123 Abs. 1 AEUV, das eine monetäre Haushaltsfinanzierung der Mitgliedstaaten und die damit verbundene Geldschöpfung verhindern soll.<sup>39</sup> Diese Geldschöpfung droht bei einer Kreditvergabe unter den Mitgliedstaaten nicht. Demnach verstößen die Darlehen der Euro-Staaten an Griechenland nicht gegen Art. 123 Abs. 1 AEUV.

Im Fall der deutschen Beteiligung könnte sich allerdings ein anderes Bild durch deren besondere Ausgestaltung ergeben: Die deutsche Beteiligung erfolgt nicht durch eine Darlehensvergabe des Bundes an Griechenland, sondern durch ein Darlehen der KfW, das mit einer Garantiezusage durch den Bund gesichert ist. Die deutsche Beteiligung verstieße daher gegen Art. 123 Abs. 1 Alt. 1 AEUV, wenn infolge einer erweiternden Auslegung der Kreis der Verbotsadressaten auf der Seite der Darlehensgeber neben der EZB und den nationalen Notenbanken auch im öffentlichen Eigentum stehende Banken – wie die KfW, die eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist (§ 1 Abs. 1 KfWG) – umfasst. Hierfür soll nach *Kube/Reimer* ein Umkehrschluss aus Art. 123 Abs. 2 AEUV sprechen, wonach solche Kreditinstitute auf der Seite der Darlehensnehmer vom Verbot nach Art. 123 Abs. 1 Alt. 1 AEUV ausgenommen sind.<sup>40</sup> Diese Ausnahme soll allerdings lediglich die im öffentlichen Eigentum stehenden Kreditinstitute den privaten Banken für ihre Refinanzierung bei den Zentralbanken gleichstellen und so eine Schlechterstellung aufgrund der Eigentümerstruktur verhindern.<sup>41</sup> Darüber hinaus droht auch in dieser Konstellation keine Geldschöpfung, sodass der Zweck von Art. 123 Abs. 1 Alt. 1 AEUV – die Verhinderung des *monetary financing* – eine solche erweiternde Auslegung nicht erfordert. Demnach fallen auch im öffentlichen Eigentum stehende Kreditinstitute nicht unter den Kreis der

38 Wieland, J.: Rettungsschirm für Irland, a.a.O., 341; Calliess, Ch.: Perspektiven des Euro, a.a.O., 254 f. Gegen eine Ausdehnung des Adressatenkreises auf Gläubigerseite implizit auch: Häde, U., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 123 AEUV Rn. 12; Bandilla, R., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 123 AEUV Rn. 9 f.; Gnan, E., in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 101 EGV Rn. 22.

39 Häde, U., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 123 AEUV Rn. 1; Bandilla, R., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 123 AEUV Rn. 1 f., 10.

40 Kube, H./Reimer, E.: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, a.a.O., 1912.

41 Bandilla, R., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 123 AEUV Rn. 11; Gnan, E., in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 101 EGV Rn. 26.

Darlehensgeber im Sinne von Art. 123 Abs. 1 Alt. 1 AEUV, sodass auch die Kreditvergabe durch die KfW mit Art. 123 Abs. 1 Alt. 1 AEUV vereinbar ist.

*b) Verstoß gegen Art. 124 AEUV*

Die Ausgestaltung der deutschen Beteiligung an der *Greek Loan Facility* verstößt gegen Art. 124 AEUV, wenn die vom Bund garantierte Darlehensvergabe durch die KfW einen bevorrechtigten Zugang zu einem Finanzinstitut darstellt.

Dazu müsste die KfW trotz ihrer Rechtsform als Anstalt des öffentlichen Rechts ein Finanzinstitut im Sinne von Art. 124 AEUV sein. Der Begriff des Finanzinstituts<sup>42</sup> wird in Art. 4 VO (EG) 3604/93 definiert. Als Unternehmen, das u.a. Kredite auf eigene Rechnung gewährt, ist die KfW ein Kreditinstitut im Sinne von Art. 1 erster Spiegelstrich RL 77/780/EWG und damit grundsätzlich ein Finanzinstitut nach Art. 4 Abs. 1 erster Spiegelstrich VO (EG) 3604/93. Aufgrund ihrer Rechtsform könnte die KfW jedoch die Ausnahme nach Art. 4 Abs. 2 dritter Spiegelstrich VO (EG) 3604/93 erfüllen. Das wäre der Fall, wenn die KfW nach dem Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnung (ESVG = VO (EG) 2223/96 des Rates vom 25.6.1996) dem Sektor Staat zuzuordnen wäre oder ihre Verbindlichkeiten in vollem Umfang öffentliche Schulden darstellen. Als *Monetary Financial Institution (MFI)*<sup>43</sup> unterfällt die KfW jedoch dem Sektor „finanzielle Kapitalgesellschaften“ im Sinne der ESVG (Ziff. 2.41 des Anhangs A zur VO (EG) 2223/96), damit nicht dem Sektor „Staat“. Aufgrund ihrer rechtlichen Selbständigkeit und unabhängig von der Haftung des Bundes nach § 1a KfWG stellen die Verbindlichkeiten der KfW auch keine öffentlichen Schulden im volkswirtschaftlichen Sinne dar. Demnach fällt die KfW nicht unter die Ausnahme nach Art. 4 Abs. 2 dritter Spiegelstrich VO (EG) 3604/93 und ist damit ein Finanzinstitut im Sinne von Art. 124 AEUV.

Ein Verstoß durch die Darlehensvergabe der KfW an Griechenland läge damit vor, wenn dieses Darlehen einen bevorrechtigten Zugang zum Finanzinstitut KfW darstellte. Ein bevorrechtigter Zugang besteht nach der Definition in Art. 1 VO (EG) 3604/93 u.a., wenn das Finanzinstitut aufgrund von „Gesetze[n], Rechtsvorschriften oder sonstigen zwingenden Rechtsakten, die in Ausübung der öffentlichen Gewalt erlassen werden“, dazu verpflichtet wird, Forderungen ge-

42 Dazu ausführlich: *Wittelsberger, H.*, in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 102 EGV Rn. 26 ff.

43 Die KfW ist mit der Identifikationsnummer DE03467 als Kreditinstitut von der EZB als MFI zugelassen: vgl. die hierzu von der EZB veröffentlichte Liste, abrufbar unter [www.ecb.int/stats/pdf/money/mfi/mfilist-2-euro-area.pdf](http://www.ecb.int/stats/pdf/money/mfi/mfilist-2-euro-area.pdf) (9.1.2013).

gen Mitgliedstaaten zu erwerben. Günstige Darlehensbedingungen reichen dagegen für sich genommen nicht aus.<sup>44</sup> Entscheidend für die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 124 AEUV vorliegt, ist demnach, ob die KfW das Darlehen aufgrund eines in Ausübung öffentlicher Gewalt erlassenen Rechtsakts vereinbart hat. Dafür könnte zwar sprechen, dass die KfW das *Loan Facility Agreement* „nach Weisung der Bundesrepublik Deutschland“<sup>45</sup> geschlossen hat. Dies kann sich allerdings auch allein darauf beziehen, dass der Bund aufgrund seiner Mehrheit im Verwaltungsrat der KfW (vgl. § 7 Abs. 1 KfWG), der mit einfacher Mehrheit entscheidet (§ 7 Abs. 4 S. 1 KfWG) und gegenüber dem Vorstand weisungsbehaftigt ist (§ 7 Abs. 5 S. 2 KfWG), über seine Vertreter im Verwaltungsrat faktisch Weisungen erteilen kann. Eine solche Weisung reicht aber für das Gewähren eines bevorrechtigten Zugangs nicht aus: Kennzeichnend für Maßnahmen, die einen bevorrechtigten Zugang gewähren, ist deren Charakter als Hoheitsakt,<sup>46</sup> der bei Weisungen des Verwaltungsrats an den Vorstand fehlt. Demnach stellt die Darlehensvergabe durch die KfW keinen bevorrechtigten Zugang dar. Sie verstößt nicht gegen Art. 124 AEUV.<sup>47</sup>

c) *Verstoß gegen die no-bail-out-Klausel, Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV*

Ferner könnten die in der *Greek Loan Facility* gebündelten Kredite der Euro-Mitgliedstaaten an Griechenland gegen das Haftungs- und Eintrittsverbot für die Mitgliedstaaten nach Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV verstossen, das dem Verbot der Haftung und des Schuldeintritts durch die Union nach Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV wortgleich entspricht. Daher gelten für das Verständnis des an die Mitgliedstaaten gerichteten Haftungs- und Eintrittsverbots nach Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV als umfassendes Verbot finanziellen Beistands die obigen Ausführungen zur Reichweite des Verbots nach Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV<sup>48</sup> entsprechend. Auch Kredite werden also von dem Haftungs- und Eintrittsverbot erfasst. Demnach liegt ein Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV vor.

44 Wittelsberger, H., in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 102 EGV Rn. 13; aA Hentschelmann, K., a.a.O., 292.

45 „This Loan Facility Agreement [...] is made by and between: (A) [...] KfW acting in the public interest, subject to the instructions of and with the benefit of the guarantee of the Federal Republic of Germany [...]“ (Hervorhebung durch den Autor).

46 Bandilla, R., in: Gräbitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 124 AEUV Rn. 6; Wittelsberger, H., in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 102 EGV Rn. 13.

47 So im Ergebnis auch: Calliess, Ch.: Perspektiven des Euro, a.a.O., 255 f.

48 II. 2. b) bb).

Im Fall der deutschen Beteiligung ist deren besondere Ausgestaltung (Darlehensvergabe durch die KfW mit einer Garantiezusage durch den Bund) zu beachten. Aufgrund der Garantiezusage haftet die Bundesrepublik für die Verbindlichkeit Griechenlands gegenüber der KfW. Ein Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV könnte demnach insoweit unabhängig von der Frage bestehen, ob auch direkte Kredite unter das Verbot fallen. Verneint man dies mit der Begründung, dass die KfW als Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 KfWG) trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit dem Staat zuzuordnen sei, die Darlehen durch die KfW also als Darlehen der Bundesrepublik zu behandeln seien, muss dies zur Folge haben, dass die Darlehen – ebenso wie die Beteiligung der übrigen Mitgliedstaaten an der *Greek Loan Facility* – nicht mit Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV zu vereinbaren sind.

Der Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV könnte durch die Ausnahmeregelung von Art. 122 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt sein. Problematisch ist insoweit jedoch, dass Art. 122 Abs. 2 AEUV lediglich eine Ermächtigungsgrundlage für Hilfsmaßnahmen der Union enthält, zu der Möglichkeit einer Hilfe durch die Mitgliedstaaten jedoch schweigt. Knopp hält dieses Schweigen jedoch für unerheblich, weil es für die von Art. 125 Abs. 1 AEUV bezweckte Glaubwürdigkeit des eigenverantwortlichen Haushaltens der Mitgliedstaaten unerheblich sei, wer einem Mitgliedstaat mit Haushaltsschwierigkeiten zu Hilfe komme.<sup>49</sup> Allerdings ist der Wortlaut von Art. 122 Abs. 2 insoweit eindeutig, als er in seiner Rechtsfolge allein die Union zu Hilfsmaßnahmen ermächtigt; dieser ist als eng auszulegende Ausnahmeverordnung einer weiteren Auslegung nicht zugänglich – geschweige denn einer analogen Anwendung.<sup>50</sup> Demnach begründen die bilateralen, in der *Greek Loan Facility* gebündelten Kredite der Mitgliedstaaten an Griechenland einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV.

d) *Organe der EU als „geliehene Organe“ im multilateralen, völkerrechtlichen Handeln der Euro-Staaten*

Obwohl die *Greek Loan Facility* auf der Grundlage zweier völkerrechtlicher Verträge der Euro-Mitgliedstaaten und damit außerhalb des institutionellen

49 Knopp, L., a.a.O., 1781. Ohne nähere Begründung spricht sich auch Wieland, J.: Rettungsschirm für Irland, a.a.O., 342 für die Möglichkeit bilateraler Hilfsmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten aus.

50 Häde, U.: Haushaltsdisziplin und Solidarität, a.a.O., 403; Kube, H./Reimer, E.: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, a.a.O., 1914; Bück, M./Schalast, Ch./Schanz, K.-M., a.a.O., 2525; Hentschelmann, K., a.a.O., 295. Im Ergebnis ebenso: EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 118; Frenz, W., a.a.O., Rn. 3668.

Rahmens der Europäischen Union operiert, sind Organe der EU in die Durchführung und die Verwaltung der *Greek Loan Facility* eingebunden.<sup>51</sup> Dies wirft die Frage auf, ob eine solche Einbindung, Kompetenzausstattung und Tätigkeit von EU-Organen außerhalb der EU mit europäischem Primärrecht vereinbar ist.

Hinsichtlich der Einbindung des EuGH besteht angesichts der ausdrücklichen Ermächtigung in Art. 273 AEUV, über „jede mit dem Gegenstand der Verträge in Zusammenhang stehende Streitigkeit zwischen Mitgliedstaaten [zu entscheiden], wenn diese bei ihm aufgrund eines Schiedsvertrags anhängig gemacht wird“, kein Zweifel an der Vereinbarkeit mit den Verträgen: Als Schiedsvertrag kommt auch eine Schiedsabrede in einem zwischenstaatlichen Vertrag in Betracht.<sup>52</sup> An den erforderlichen Zusammenhang mit den Verträgen sind keine hohen Anforderungen zu stellen, sodass ein Bezug der Streitigkeit zu den Tätigkeiten oder Zielen der Union ausreicht<sup>53</sup>, der bei Maßnahmen mit Bezug zur europäischen Wirtschafts- und Währungsunion vorliegt.

Auch das Handeln der übrigen Organe müsste europarechtskonform sein. Der EuGH bejaht dies, begründet<sup>54</sup> sein Ergebnis jedoch allein mit seiner früheren Rechtsprechung. Diese betraf allerdings völkerrechtliche Verträge, deren Vertragspartei die Gemeinschaft war<sup>55</sup> oder die zwischen sämtlichen Mitgliedstaaten geschlossen<sup>56</sup> wurden. Die zur Begründung herangezogenen Entscheidungen beziehen sich also auf nicht vergleichbare Sachverhalte, taugen daher nicht als Fundament einer Begründung. Damit stellt sich die Frage, ob sich das Ergebnis des EuGH anders begründen lässt. Dazu müsste das Handeln der Unionsorgane

51 Dies betrifft vor allem die Europäische Kommission, die insbesondere die gebündelten Kredite organisiert und verwaltet (Art. 1 Abs. 1 Intercreditor Agreement („IA“)), das Loan Facility Agreement („LFA“) sowie das Memorandum of Understanding („MoU“) ausgehandelt hat (vorbehaltlich einstimmiger Zustimmung der Darlehensgeber, Art. 2 Abs. 1 IA), über die Einhaltung der wirtschafts- und haushaltspolitischen Richtlinien berichtet als Grundlage der Entscheidung der Darlehensgeber über die Auszahlung weiterer Tranchen (Art. 4 Abs. 1 IA) und die Einhaltung der Verpflichtungen Griechenlands durch Kontrollen und Inspektionen überwacht (Abs. 12 der Präambel, Art. 10 LFA). Eingebunden sind aber auch der Rat der Europäischen Union – allerdings auf Grundlage von Art. 126 Abs. 9, 135 AEUV – (Abs. 6 der Präambel IA und Abs. 6 der Präambel LFA) sowie der EuGH (Art. 14 Abs. 2 IA und Art. 14 Abs. 2 LFA).

52 Cremer, W., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 273 AEUV Rn. 2.

53 Karpenstein, U., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 273 AEUV Rn. 11; Cremer, W., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 273 AEUV Rn. 2.

54 EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 158 zum ESM.

55 EuGH v. 10.4.1992, Gutachten 1/92, Slg. 1992 I-2821, Rn. 32, 41; v. 18.4.2002, Gutachten 1/00, Slg. 2002 I-3439, Rn. 20; v. 8.3.2011, Gutachten 1/09, nv., Rn. 75.

56 EuGH v. 30.6.1993, Rs. C-181/91, C-248/91 – Parlament vs. Rat und Kommission, Slg. 1993 I-3685, Rn. 20; v. 2.3.1994, Rs. C-316/91 – Parlament vs. Rat, Slg. 1994 I-625, Rn. 41.

im Rahmen der *Greek Loan Facility* auf der Basis einer Ermächtigungsgrundlage erfolgen. Da die Maßnahmen zur Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion nicht zur „Währungspolitik“, für die eine ausschließliche Kompetenz der EU besteht (Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV), sondern in den Bereich der „Wirtschaftspolitik“ gehören<sup>57</sup>, die die Mitgliedstaaten koordinieren (Art. 5 AEUV), wird insoweit keine Kompetenz der Unionsorgane begründet. Ferner sehen die Verträge auch keine mit Art. 273 AEUV vergleichbare Ermächtigungsgrundlage vor. Im Umkehrschluss könnte dies dafür sprechen, dass das Tätigwerden der übrigen Organe außerhalb der Europäischen Union gerade nicht vorgesehen ist und demnach unionsrechtswidrig wäre. Hiergegen könnte freilich eingewandt werden, dass das Primärrecht insoweit lückenhaft ist, als das Bedürfnis nach einem solchen Handeln der übrigen Unionsorgane – anders als im Fall des EuGH als Schiedsgericht – bei Abschluss der Verträge nicht erkannt wurde. Jedenfalls würde der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) eine Ermächtigungsgrundlage für das Handeln der Unionsorgane erfordern, wenn dieser auch für das Handeln außerhalb des Rahmens der Union gilt und nicht auf Tätigkeiten *als Unionsorgan* beschränkt ist. Für letzteres könnte die Formulierung von Art. 5 Abs. 2 EUV sprechen, wonach *die Union* – nicht die Unionsorgane – innerhalb der Kompetenzzuordnung der Verträge tätig werden. Allerdings ist die Verwendung des Begriffs Union in Art. 5 Abs. 2 EUV synonym für die Summe aller Unionsorgane zu verstehen, durch die die Union überhaupt erst Handlungsfähigkeit erlangt. Dem entspricht auch die Gleichzeitigkeit der Begründung von Verbands- und Organkompetenz<sup>58</sup> auf Ebene der EU. Schließlich ist zu bedenken, dass den Unionsorganen neue Zuständigkeiten durch eine Änderung der Verträge zu übertragen sind.<sup>59</sup> Jedenfalls in Fällen mit Berührungs punkten zur Union, wie es im Fall von Hilfsmaßnahmen zwischen den Euro-Mitgliedstaaten der Fall ist<sup>60</sup>, käme es einer Umgehung der strengen Voraussetzungen für eine Vertragsänderung gleich, würde man den Grundsatz

57 EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 60 zum ESM; *Kirchhof, P.*: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. X, 3. Aufl., Heidelberg, 2012, § 214, hier Rn. 80; *Oppermann, Th.*, a.a.O., 913; *Herrmann, Ch.*: Griechische Tragödie, a.a.O., 415.

58 *Bast, J./von Bogdandy, A.*, in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 5 EUV Rn. 19.

59 *Calliess, Ch.*, in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 5 EUV Rn. 6; *Zuleeg, M.*, in: von der Groeben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 5 EGV Rn. 2.

60 Aufgrund dieser Berührungs punkte liegt auch kein Fall der Kooperation mit einer internationalen Organisation vor, weshalb Art. 220 Abs. 2 AEUV als Kompetenznorm hier nicht in Betracht kommt; aA v. *Lewinski, K.*: Staatsverschuldung, a.a.O., Rn. 34.

der begrenzten Einzelermächtigung streng formal auf den Rahmen der Union begrenzen.<sup>61</sup> Demnach muss sich die Aufgabenübertragung an die Unionsorgane im Rahmen der *Greek Loan Facility* – mit Ausnahme des EuGH – am Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung messen lassen.<sup>62</sup>

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gilt für jede Form amtlichen Handelns, unabhängig von seinem Eingriffscharakter oder seiner Verbindlichkeit.<sup>63</sup> Demnach ist unerheblich, ob die Aufgaben der Europäischen Kommission innerhalb der *Greek Loan Facility* nur vorbereitenden, administrativen oder beratenden Charakter haben. Das Tätigwerden der Kommission im Rahmen der *Facility* bedarf also einer Ermächtigungsgrundlage. Das Unionsziel der Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 3 Abs. 4 EUV) kann eine solche Ermächtigung nicht erteilen: Unionsziele können für sich genommen keine Kompetenz begründen (vgl. Art. 3 Abs. 6 EUV, Art. 352 AEUV und die gegenüber Art. 5 Abs. 1 EGV veränderte Formulierung von Art. 5 Abs. 2 EUV).<sup>64</sup> Unerheblich ist schließlich auch die Tatsache, dass sämtliche EU-Mitgliedstaaten und damit die „Herren der Verträge“ der Übernahme von Aufgaben im Rahmen der *Greek Loan Facility* zugestimmt haben<sup>65</sup>: Die Zustimmung wurde nämlich außerhalb der Verträge erteilt. Die Verträge gehen dagegen in Art. 5 Abs. 2 EUV mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der Stellung der Mit-

61 S. auch BVerfG – ESM/Euro-Plus-Pakt, a.a.O., 958 f. wonach die Angelegenheiten der Europäischen Union iSv Art. 23 Abs. 2 S. 1 GG nicht auf das Primärrecht beschränkt sind, sondern insbesondere „völkerrechtliche Verträge unabhängig davon, ob sie auf eine förmliche Änderung der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union (Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG) gerichtet sind, zu den Angelegenheiten der Europäischen Union [gehören], wenn sie in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis zum Recht der Europäischen Union stehen“ (S. 958); ebenso BVerfG – ESM/Fiskalpakt, a.a.O., Rn. 286 und Kube, H./Reimer, E.: Die Sicherung der EWWU, a.a.O., 342 f. sowie – zum Fiskalvertrag – v. Lewinski, K.: Staatsverschuldung, a.a.O., Rn. 34.

62 Kritisch auch Müller-Graff, P.-Ch.: Neujustierung der EWWU, a.a.O., 11 f.; aA zur Einbindung der Europäischen Kommission im Rahmen des – ebenfalls als völkerrechtlichen Vertrag zu qualifizierenden – Fiskalvertrags: Hofmann, H./Konow, Ch.: Die neue Stabilitätsarchitektur der Europäischen Union, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 2012, 138 – 163, hier 152 mit der zirkelschlüssigen Begründung, dass „das Prinzip der Organleihe der Praxis des Unionsrechts nicht fremd“ sei, da sie bereits bei der privatrechtlichen EFSF praktiziert werde; ohnehin sei „die Frage der rechtlichen Zulässigkeit [...] im Ergebnis eher akademischer Natur“, da sie von den Mitgliedstaaten, die nicht Vertragspartei sind (Großbritannien und Tschechien), hingenommen würden – eine Anmerkung, die ein höchst befremdliches Verständnis von Rechtsstaatlichkeit offenbart.

63 Bast, J./von Bogdandy, A., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 5 EUV Rn. 23 ff.

64 Bast, J./von Bogdandy, A., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 5 EUV Rn. 21; Callies, Ch., in: Callies, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 5 EUV Rn. 8; Terhechte, J. P., in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 3 EUV Rn. 26; Ruffert, M., in: Callies, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 3 EUV Rn. 12.

65 Vgl. Abs. 2 Präambel IA.

gliedstaaten als „Herren der Verträge“ (vgl. Art. 1 Abs. 1 AEUV) davon aus, dass Zuständigkeiten allein im Wege der Vertragsänderung übertragen werden können.<sup>66</sup> Andernfalls würden die besonderen Anforderungen an eine Vertragsänderung umgangen. Demnach verstößt die Übertragung einiger Aufgaben an die Kommission im Rahmen der *Greek Loan Facility* gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 2 EUV.

Die Frage nach der Vereinbarkeit der Aufgabenübertragung mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung problematisiert die Einbindung der Unionsorgane aus dem Blickwinkel der Mitgliedstaaten und der ihnen überlassenen Entscheidung über die Reichweite der Kompetenzübertragung auf die Union. Aber auch aus der Perspektive der Union erscheint die Einbindung der Unionsorgane in die *Greek Loan Facility* problematisch: Das Tätigwerden der Unionsorgane – vor allem das der Kommission – verlangt von diesen einen erheblichen Aufwand, insbesondere an Personal. Dieser erhöhte Personalaufwand kann entweder dadurch aufgefangen werden, dass weiteres Personal eingestellt wird, oder aber das vorhandene Personal erfüllt diese Aufgaben neben den originären Aufgaben des Organs. Im ersten Fall steigen die Personalkosten, die Aufgabenübertragung führt also zu einer Belegung finanzieller Ressourcen. Im zweiten Fall werden personelle Ressourcen belegt, die nunmehr für die originären Tätigkeiten des Organs nicht mehr zur Verfügung stehen. In jedem Fall führt die Aufgabenübertragung auf die Unionsorgane dazu, dass deren Ressourcen für ihren originären Tätigkeitsbereich anderweitig belegt werden und hierfür nicht mehr zur Verfügung stehen – all dies *pro bono*, allerdings mit dem Einverständnis aller EU-Mitgliedstaaten<sup>67</sup>.

#### **4. Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF)**

##### *a) Verstoß gegen die no-bail-out-Klausel, Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV*

*aa) Die für die Greek Loan Facility entwickelten Grundsätze zur Frage eines Verstoßes von bilateralen Hilfsmaßnahmen gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV*<sup>68</sup> sind auch im Rahmen der Prüfung der Hilfsmaßnahmen im Rahmen der EFSF

66 Calliess, Ch., in: Calliess, Ch./Ruffert, M. (Hg.), a.a.O., Art. 5 EUV Rn. 6; Zuleeg, M., in: von der Groben, H./Schwarze, J. (Hg.), a.a.O., Art. 5 EGV Rn. 2. Dagegen messen Oppermann, Th./Classen, C. D./Nettesheim, M., a.a.O., § 11 Rn. 7 einer einstimmigen Entscheidung der Mitgliedstaaten im Rat Legitimationswirkung zu.

67 Vgl. Abs. 2 Präambel IA.

68 S. oben II. 3. c).

anzuwenden. Aufgrund der Gestaltung der EFSF, die als rechtlich selbständige Zweckgesellschaft die Hilfen an die betroffenen Mitgliedstaaten ausreicht, während die Mitgliedstaaten lediglich die Refinanzierungsmaßnahmen der EFSF sichern (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 StabMechG)<sup>69</sup>, selbst also unmittelbar keine Hilfen gewähren, könnten die Hilfsmaßnahmen der EFSF – im Gegensatz zur Greek Loan Facility – mit Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV vereinbar sein. Die rechtliche Selbständigkeit der Zweckgesellschaft ist (jedenfalls in einem ersten Schritt) zu beachten<sup>70</sup>: Die Mitgliedstaaten übernehmen die Gewährleistung gegenüber der EFSF für deren Refinanzierung (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 StabMechG), damit nicht gegenüber einem Mitgliedstaat; die Hilfe an einen betroffenen Mitgliedstaat wird durch die EFSF, damit nicht durch einen Mitgliedstaat gewährt. Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV ist insoweit also nicht verletzt.

*ab)* Das Zwischenschalten der EFSF als Zweckgesellschaft könnte jedoch eine Umgehung des Unionsrechts darstellen, damit der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts (*effet utile*) entgegen stehen, sodass die Hilfsmaßnahmen der EFSF wie Hilfsmaßnahmen der Mitgliedstaaten zu behandeln wären und daher gegen Art. 125 Abs. 1 S. 1 AEUV verstößen würden. Dagegen könnte sprechen, dass die EFSF im Vergleich zur Alternative der bilateralen Hilfsmaßnahmen eine praktische Funktion erfüllt, indem sie ein koordiniertes Vorgehen der Mitgliedstaaten gewährleistet, Verwaltungsaufgaben bündelt und eine günstige Refinanzierung – insbesondere für Mitgliedstaaten ohne erstklassige Bonität – sicherstellt. Allerdings widerspräche es dem Zweck von Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV, seiner Funktion als umfassend wirkendes Verbot und deren wirksamer Umsetzung, ließe man eine solche „Flucht ins Privatrecht“ zu.<sup>71</sup> Demnach stellt das Zwischenschalten einer Zweckgesellschaft eine Umgehung des Verbots nach Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV dar. Die Hilfsmaßnahmen durch die EFSF müssen sich also an Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV messen lassen. Sie verstößen gegen das Haftungs- und Eintrittsverbot.

69 Insoweit unterscheidet sich die Ausgestaltung von der Absicherung des KfW-Darlehens an Griechenland, bei der das Darlehen selbst gesichert wurde (§ 1 Abs. 1 S. 2 WFStG).

70 Wieland, J.: Rettungsschirm für Irland, a.a.O., 342; Kube, H./Reimer, E.: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, a.a.O., 1913. Anders wohl EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 130 ff. zum – ebenfalls rechtlich selbständigen – ESM, dessen finanzielle Unterstützung der EuGH den Mitgliedstaaten unmittelbar zuzurechnen scheint.

71 So auch: Kube, H./Reimer, E.: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, a.a.O., 1913; Kube, H./Reimer, E.: Die Sicherung der EWWU, a.a.O., 336; Bück, M./Schalast, Ch./Schanz, K.-M., a.a.O., 2525; Hentschelmann, K., a.a.O., 306; aa wohl Wieland, J.: Rettungsschirm für Irland, a.a.O., 342; zurückhaltend Calliess, Ch.: Perspektiven des Euro, a.a.O., 266.

b) *Organe der EU als „geliehene Organe“ im multilateralen, völkerrechtlichen Handeln der Euro-Staaten*

Auch durch den EFSF-Rahmenvertrag werden vor allem der Europäischen Kommission verschiedene Aufgaben übertragen.<sup>72</sup> Insoweit stellen sich dieselben rechtlichen Probleme wie im Rahmen der *Greek Loan Facility*. Auf die dortigen Ausführungen<sup>73</sup> wird verwiesen.

## 5. Europäischer Stabilitätsmechanismus (ESM)

a) *Art. 136 Abs. 3 AEUV-E als rechtmäßige Grundlage zur Einrichtung des ESM*

aa) Nach Auffassung des Europäischen Rats soll der ESM auf Art. 136 Abs. 3 AEUV-E gestützt sein.<sup>74</sup> Dieser Abs. 3 sollte im Wege des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 6 EUV durch Beschluss des Rats vom 25. März 2011<sup>75</sup> mit Wirkung zum 1. Januar 2013<sup>76</sup> eingefügt werden. Bislang fehlt für die Wirksamkeit der Änderung jedoch die Ratifikation durch die Tschechische Republik. Nach deren Abschluss tritt Art. 136 Abs. 3 AEUV-E in Kraft; er lautet:

„(3) <sup>1</sup>Die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, können einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren. <sup>2</sup>Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen.“

Der EuGH sieht in Art. 136 Abs. 3 AEUV lediglich eine Kompetenznorm zugunsten der Mitgliedstaaten.<sup>77</sup> Gegen diese Qualifikation bestehen jedoch erhebliche Bedenken: Anders als die Europäische Union, die nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung für jedes Handeln einer Ermächtigungsgrundlage

72 Die Kommission ist insbesondere zuständig für die Verhandlung und den Abschluss der MoU (vorbehaltlich der Genehmigung durch die *Eurogroup Working Group*, Art. 2 Abs. 1 lit. a (i) EFSF-Rahmenvertrag („RV“)), den Vorschlag der wesentlichen Bestimmungen des *Financial Assistance Facility Agreements* (Art. 2 Abs. 1 lit. a (ii) RV) sowie den Bericht über die Einhaltung des MoU als Grundlage der Entscheidung der Sicherungsgeber über die Auszahlung weiterer Tranchen (Art. 3 Abs. 1 RV).

73 S. oben II. 3. d).

74 Europäischer Rat v. 25.3.2011, Beschluss Nr. 2011/199 /EU, Abl. 2011 L 91 (Erwägungsgrund 2).

75 Beschlusses des Europäischen Rats v. 25.3.2011 – Abl. 2011 L 91, S. 1.

76 Art. 2 des Beschlusses des Europäischen Rats v. 25.3.2011 – Abl. 2011 L 91, S. 1.

77 EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 72, 184; so auch ausdrücklich Generalanwältin Kokott, Stellungnahme vom 26.10.2012, Rs. C-370/12 - Pringle vs. Ireland, Rn. 64, 203

bedarf, sind die Mitgliedstaaten souveräne Staaten, die (lediglich) einen Teil ihrer Kompetenzen auf die Union übertragen haben; sie haben als solche die Kompetenz-Kompetenz. Die Mitgliedstaaten können daher ohne unionsrechtliche Ermächtigungsgrundlage handeln.<sup>78</sup> Da die Maßnahmen zur Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion auch nicht zum Bereich der „Währungspolitik“ gehören<sup>79</sup> und damit nicht in den ausschließlichen Kompetenzbereich der EU fallen, ist eine Ermächtigungsgrundlage für die Einrichtung eines Stabilisierungsmechanismus durch die Mitgliedstaaten gar nicht erforderlich. Damit führt die Auslegung des EuGH im Ergebnis dazu, dass Art. 136 Abs. 3 AEUV-E überflüssig ist. Dies widerspricht nicht nur der Auffassung des vertragsändernden Gesetzgebers<sup>80</sup>, sondern ist darüber hinaus ein sinnwidriges Auslegungsergebnis. Demnach scheidet eine Qualifikation von Art. 136 Abs. 3 AEUV-E als schlichte Kompetenznorm aus. Vielmehr fügt sich Art. 136 Abs. 3 AEUV-E als zugunsten der Mitgliedstaaten bestehende Ausnahme von den Verboten der Art. 123, 125 AEUV in das System der Europäischen Wirtschaftsverfassung ein.<sup>81</sup> Damit ist Art. 136 Abs. 3 AEUV-E das für die Euro-Mitgliedstaaten geltende Pendant zu Art. 122 Abs. 2 AEUV, der allein die Union ermächtigt.

*ab)* Art. 136 Abs. 3 AEUV-E kann jedoch nur dann als Ausnahme von den Verboten der Art. 123, 125 AEUV und so als Grundlage für die Gründung des ESM dienen, wenn er selbst rechtmäßig ist. Dies wäre nicht der Fall, wenn die Vertragsänderung im Wege des vereinfachten Änderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 6 EUV gegen europäisches Primärrecht verstößt. Art. 136 Abs. 3 AEUV-E verstieße insbesondere gegen europäisches Primärrecht, wenn die Voraussetzungen für die Wahl des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens nicht vorlagen.

Das vereinfachte Änderungsverfahren ist beschränkt auf die Änderung von Bestimmungen des Dritten Teils des AEUV, der die internen Politiken und Maßnahmen der Union regelt (Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 S. 1 EUV). Art. 136 AEUV

78 S. statt aller: *Nettesheim, M.*, in: Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M. (Hg.), a.a.O., Art. 1 AEUV Rn. 21.

79 *Kirchhof, P.*: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, a.a.O., Rn. 80; *Oppermann, Th.*, a.a.O., 913; *Herrmann, Ch.*: Griechische Tragödie, a.a.O., 415.

80 Vgl. Europäischer Rat v. 25.3.2011, Beschluss Nr. 2011/199/EU, Abl. 2011 L 91 (Erwägungsgrund 2).

81 So im Ergebnis ebenfalls: *Kube, H.*, a.a.O., 246; *Kube, H./Reimer, E.*: Die Sicherung der EWWU, a.a.O., 339; *Rathke, H.*, a.a.O., 756; vgl. auch *Kempen, B.*, in: *Streinz, R.* (Hg.): EUV/AEUV, 2. Aufl., München, 2012, Art. 136 AEUV Rn. 1; *Rodi, M.*, in: *Vedder, Ch./Heintschel von Heinegg, W.* (Hg.): Europäisches Unionsrecht, Baden-Baden, 2012, Art. 136 AEUV Rn. 8; v. *Lewinski, K.*: Staatsverschuldung, a.a.O., Rn. 69. Auch das BVerfG scheint davon auszugehen, dass Art. 136 Abs. 3 AEUV-E keine rein deklaratorische Kompetenznorm ist, vgl. BVerfG – ESM/Fiskalpakt, a.a.O., Rn. 232 („grundlegende Umgestaltung der bisherigen Wirtschafts- und Währungsunion“).

gehört zu diesem Dritten Teil des AEUV. Die Ergänzung durch den neuen Abs. 3 hat auch keine Auswirkungen auf Regelungen außerhalb des Dritten Teils des AEUV, da die Einrichtung von Stabilitätsmechanismen insbesondere Teil der Wirtschaftspolitik, nicht Teil der Währungspolitik ist, für die nach Art. 3 Abs. 1 die Union ausschließlich zuständig ist.<sup>82</sup> Eine Vertragsänderung durch ein vereinfachtes Änderungsverfahren ist nach Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 EUV ferner ausgeschlossen, wenn sie zu einer Ausdehnung der Zuständigkeiten der Union führt. Eine solche Ausdehnung der Zuständigkeiten der Union könnte man mit der Begründung ablehnen, dass der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV-E nicht die Union ermächtigt, sondern lediglich eine Ausnahme von den Verboten der Art. 123, 125 AEUV zugunsten der Mitgliedstaaten statuiert.<sup>83</sup> Hieran könnten zwar angesichts der wesentlichen Veränderung der Grundannahmen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion sowie der damit angestoßenen Vertiefung der politischen Integration<sup>84</sup> Zweifel erwachsen, jedoch betrifft dies keine Kompetenzgewährung durch den neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV-E selbst.<sup>85</sup> Allerdings darf Art. 136 Abs. 3 AEUV-E nicht zu einer Kompetenzerweiterung „durch die Hintertür“ führen, da andernfalls die Voraussetzungen des ordentlichen Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 2-5 EUV umgangen würden. Dies macht eine einschränkende Auslegung dahingehend notwendig, dass Art. 136 Abs. 3 AEUV-E keine Ermächtigunggrundlage für die Übertragung von Kompetenzen an Unionsorgane im Rahmen eines von den Mitgliedstaaten eingerichteten Stabilitätsmechanismus schafft.<sup>86</sup>

82 EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 47 ff. Ebenfalls für die Zuordnung zur Wirtschaftspolitik: *Kirchhof, P.*: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, a.a.O., Rn. 80; *Oppermann, Th.*, a.a.O., 913; *Herrmann, Ch.*: Griechische Tragödie, a.a.O., 415.

83 BVerfG – ESM/Fiskalpakt, a.a.O., Rn. 233, 236; *Kube, H.*, a.a.O., 246; *Kube, H./Reimer, E.*: Die Sicherung der EWWU, a.a.O., 339; *Rathke, H.*, a.a.O., 756; *Rohleder, K./Richter, C.*: Etablierung eines dauerhaften Europäischen Stabilitätsmechanismus im vereinfachten Vertragsänderungsverfahren, in: *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Aktueller Begriff – Europa, Nr. 04/11 (14.3.2011), hier 2.

84 *Pilz* spricht von einer „neuen Stufe der Integration“, zitiert nach: *Pilz, St./Städter, St.*: Kolloquium zum Europäischen Stabilitätsmechanismus, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2011, 654. Trotz der wesentlichen Umgestaltung der Wirtschafts- und Währungsunion stellt Art. 136 Abs. 3 AEUV-E jedoch wegen seines Charakters als Ausnahmeverordnung mit eng gefassten Grenzen nicht die Grundausrichtung der Währungsunion als Stabilitätsunion in Frage, vgl. BVerfG – ESM/Fiskalpakt, a.a.O., Rn. 232 f. sowie Rn. 221 f. zur Vereinbarkeit dieser Umgestaltung mit Art. 20 Abs. 1, 2 iVm Art. 79 Abs. 3 GG.

85 *Calliess, Ch.*: Perspektiven des Euro, a.a.O., 277 f.

86 Vgl. *Hufeld, U.*, a.a.O., 124; *Ohler, Ch.*, in: *Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M.* (Hg.), a.a.O., Art. 48 EUV Rn. 44; aA *Rathke, H.*, a.a.O., 756, der das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren „trotz des bestimmenden Einflusses der Kommission im Rahmen der Vorbereitung und Überwachung der Stabilitätshilfe“ für ausreichend hält.

Ein Verstoß gegen europäisches Primärrecht läge ferner vor, wenn das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren bei grundlegenden Strukturänderungen im Vertragswerk nicht anwendbar wäre und Art. 136 Abs. 3 AEUV-E die Ausgestaltung der Währungsunion als Stabilitätsunion grundlegend verändert. Allerdings enthält Art. 48 Abs. 6 EUV – abgesehen von der Beschränkung der Anwendbarkeit auf bestimmte Politikbereiche und dem Ausschluss von Kompetenzerweiterungen – keine Einschränkung hinsichtlich des Inhalts und des Umfangs einer Vertragsänderung im vereinfachten Änderungsverfahren.<sup>87</sup> Darüber hinaus verändert Art. 136 Abs. 3 AEUV-E zwar grundlegend die bisherige Ausgestaltung der Währungsunion<sup>88</sup>, beschränkt sich aber darauf, den Mitgliedstaaten eine eng gefasste Ausnahme von Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV zu gewähren und so die Möglichkeit zu verschaffen, unter besonderen Anforderungen und zu eng umrissenen Zwecken Finanzhilfen zu gewähren; Art. 136 Abs. 3 AEUV-E behält damit die stabilitätsorientierte Ausrichtung der Währungsunion im Kern bei.<sup>89</sup> Demnach verstößt die Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV-E im vereinfachten Vertragsänderungsverfahren – bei entsprechend einschränkender Auslegung – nicht gegen primäres Unionsrecht.

ac) Selbst wenn man – wie hier – die Möglichkeit der Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV-E im Wege des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens bejaht, stellt sich folgendes Problem: Die Änderung tritt erst mit Abschluss des noch laufenden Ratifikationsprozesses in der Tschechischen Republik in Kraft. Der ESM-Vertrag tritt dagegen nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 des ESM-Gründungsvertrags bereits an dem Tag in Kraft, an dem die Ratifikationsurkunden von Mitgliedern hinterlegt wurden, die 90 Prozent des genehmigten Stammkapitals repräsentieren. Dies erfolgte mit der Hinterlegung der deutschen Ratifizierungsurkunde am 27. September 2012. Die Gründung des ESM wurde damit vor Inkrafttreten der Änderung von Art. 136 AEUV vollzogen. Damit stellt sich die Frage nach den Folgen dieser vorzeitigen Gründung auf noch nicht gesicherter Rechtsgrundlage. Maßgeblich ist die dogmatische Einordnung von Art. 136

<sup>87</sup> Heintschel von Heinegg, W., in: Vedder, Ch./Heintschel von Heinegg, W. (Hg.), a.a.O., Art. 48 EUV Rn. 13.

<sup>88</sup> Ebenso BVerfG – ESM/Fiskalpakt, a.a.O., Rn. 232; aA EuGH – Pringle vs. Ireland, a.a.O., Rn. 72, 184, der Art. 136 Abs. 3 AEUV-E im Ergebnis für überflüssig hält (so auch ausdrücklich Generalanwältin Kokott, Stellungnahme vom 26.10.2012, Rs. C-370/12 - Pringle vs. Ireland, Rn. 64, 203; s. hierzu ausführlich oben II. 5. a) aa).

<sup>89</sup> BVerfG – ESM/Fiskalpakt, a.a.O., Rn. 232 f. sowie Rn. 221 f. zur Vereinbarkeit dieser Umgestaltung mit Art. 20 Abs. 1, 2 iVm Art. 79 Abs. 3 GG. Kritischer Kube, H./Reimer, E.: Die Sicherung der EW-WU, a.a.O., 340.

Abs. 3 AEUV-E: Sollte er eine Ermächtigungsgrundlage sein, wäre Art. 136 Abs. 3 AEUV-E überflüssig, da die Mitgliedstaaten auch ohne Ermächtigung einen Stabilitätsmechanismus errichten können; das verspätete Inkrafttreten hätte dann keine Auswirkung. Wäre Art. 136 Abs. 3 AEUV-E dagegen als Ausnahmeverordnung gegenüber den Verboten der Art. 123, 125 AEUV zu qualifizieren, läge bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung zwar ein etwaiger Verstoß mangels wirksamer Ausnahmeverordnung vor, ab Inkrafttreten entfiele ein solcher Verstoß jedoch. Wie bereits gezeigt<sup>90</sup>, ist Art. 136 Abs. 3 AEUV-E entgegen der Ansicht des EuGH nicht als (überflüssige) Ermächtigungsgrundlage zu sehen, sondern statuiert eine Ausnahme vom Verbot des Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV. Das verspätete Inkrafttreten von Art. 136 Abs. 3 AEUV-E führt also dazu, dass bis zum Inkrafttreten der Änderung ein etwaiger Verstoß der Hilfsmaßnahmen des ESM gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV nicht ausnahmsweise zulässig ist.

b) *Verstoß gegen die no-bail-out-Klausel, Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV*

Für den Verstoß von Hilfsmaßnahmen durch den ESM gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV gilt grundsätzlich dieselbe Bewertung wie im Rahmen des EFSF<sup>91</sup>, da auch der ESM nach Art. 32 Abs. 2 Gründungsvertrag mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist. Ab Inkrafttreten von Art. 136 Abs. 3 AEUV-E wirkt dieser allerdings – entsprechend Art. 122 Abs. 2 AEUV für das Handeln der Union – als Ausnahmeverordnung vom Haftungs- und Eintrittsverbot aus Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV<sup>92</sup>. Ein Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV liegt dann nicht mehr vor. Seit dem Inkrafttreten des ESM-Gründungsvertrags am 27. September 2012 und bis zur Wirksamkeit der Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV-E verstoßen Hilfsmaßnahmen des ESM gegen Art. 125 Abs. 1 S. 2 AEUV.

c) *Organe der EU als „geliehene Organe“ im multilateralen, völkerrechtlichen Handeln der Euro-Staaten*

Auch im Rahmen des ESM werden insbesondere der Europäischen Kommission verschiedene Aufgaben übertragen. Insoweit stellen sich dieselben rechtlichen Probleme wie im Rahmen der *Greek Loan Facility* und der EFSF.<sup>93</sup> Eine Verän-

90 S. oben II. 5. a) aa).

91 S. oben II. 4. a).

92 S. oben II. 5. a) aa).

93 S. oben II. 3. d) und II. 4. b).

derung der rechtlichen Bewertung könnte sich jedoch dadurch ergeben, dass der ESM im Gegensatz zur *Greek Loan Facility* und dem EFSF ab Inkrafttreten der Änderung des AEUV auf Art. 136 Abs. 3 AEUV-E beruht. Allerdings ist Art. 136 Abs. 3 AEUV-E aufgrund der Einführung im Wege des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens einschränkend so auszulegen, dass diese Vorschrift ein Handeln von Unionsorganen nicht legitimieren kann.<sup>94</sup> Demnach besteht hinsichtlich der rechtlichen Bewertung der Aufgabenübertragung an Unionsorgane und insbesondere die Europäische Kommission kein Unterschied zwischen ESM einerseits und der *Greek Loan Facility* sowie der EFSF andererseits: Die Aufgabenübertragung im Rahmen des ESM verstößt ebenfalls gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung.

## 6. Maßnahmen der Europäischen Zentralbank

Auch die Europäische Zentralbank ist im Zuge der Staatsverschuldungskrise aktiv geworden, um den Stabilisierungsprozess zu unterstützen. Im Mai 2010 beschloss der Rat der Europäischen Zentralbank die Einrichtung des *Securities Markets Programme* (SMP) zum Ankauf von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt.<sup>95</sup> Dieses Programm wurde mit Beschluss vom 6. September 2012 durch sogenannte *Outright Monetary Transactions* (OMT) abgelöst, die sich vom SMP vor allem dadurch unterscheiden, dass die Anleihekäufe nur unter der Bedingung getätigten werden, dass für den betroffenen Mitgliedstaat ein Programm der EFSF oder des ESM beschlossen wurde und dieser die Auflagen des Programms erfüllt<sup>96</sup>. Beide Maßnahmen nähren Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit der Verpflichtung der Europäischen Zentralbank auf die Preisniveaustabilität als vorrangigem Ziel ihrer Tätigkeit gemäß Art. 127 Abs. 1 S. 1 und 2 AEUV (a) sowie mit dem Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung nach Art. 123 Abs. 1 Alt. 2 AEUV (b).<sup>97</sup> Unabhängig davon hat sich die Europäische Zentralbank durch den Ankauf von Staatsanleihen refinanzierungsschwacher Mitgliedstaaten in einen Interessenkonflikt zwischen der Vermeidung von Verlusten aus diesen Anleihekäufen und der Verfolgung des Hauptziels der Preisniveaustabilität begeben<sup>98</sup> und ge-

94 S. oben II. 5. a) ab).

95 Beschluss des EZB-Rats v. 14.5.2010, ECB/2010/5 – Abl. 2010, L 124, S. 8 f.

96 Vgl. Pressemitteilung der EZB v. 6.9.2012 – Technical features of Outright Monetary Transactions (abrufbar unter: [www.ecb.int/press/pr/date/2012/html/pr120906\\_1.en.html](http://www.ecb.int/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html), 9.1.2013).

97 Ob damit ausbrechende Rechtsakte der Europäischen Zentralbank vorliegen, wird das BVerfG in der Rs. BvR 1390/12 u.a. im Hauptsacheverfahren klären, vgl. BVerfG – ESM/Fiskalpakt, a.a.O., Rn. 202.

98 Meyer, D.: Unabhängigkeit und Legitimität der EZB im Rahmen der Staatsschuldenkrise, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 2011, 127 – 130, hier 129.

fährdet damit ihre eigene, durch Art. 130 AEUV geschützte Unabhängigkeit<sup>99</sup>. Als Gegenstück zu ihrer Unabhängigkeit unterliegt die Europäische Zentralbank einer strengen Rechtsbindung, um die demokratische Legitimation ihrer Tätigkeit sicherzustellen.<sup>100</sup> Damit ist die Frage der Rechtmäßigkeit der Anleihegeschäfte von besonderer Bedeutung.

a) *Missachtung der Preisniveaustabilität als vorrangigem Ziel, Art. 127 Abs. 1 S. 1 und 2 AEUV*

Durch den Ankauf von Staatsanleihen refinanzierungsschwacher Mitgliedstaaten könnte die EZB ihr vorrangiges Ziel, die Sicherung des Preisniveaus (Art. 127 Abs. 1 S. 1 und 2 AEUV), missachtet haben. Zwar darf die Europäische Zentralbank auch Nebenziele – etwa die Stabilisierung der Wirtschaftslage – verfolgen, dies jedoch nur, soweit dadurch die Preisniveaustabilität nicht negativ betroffen<sup>101</sup> ist (Art. 127 Abs. 1 S. 2 AEUV). Tatsächlich besteht im Rahmen des SMP die Gefahr, dass durch die Anleihekäufe die Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten und damit die Preisniveaustabilität leidet.<sup>102</sup> Bei den OMT ist diese Gefährdungslage durch die strikte Konditionalität mit den Auflagen aus dem EFSF/ESM-Programm nicht gegeben. In beiden Programmen besteht darüber hinaus das Risiko, dass die Preisniveaustabilität aufgrund des Interessenkonflikts der Europäischen Zentralbank leidet, da sie als Anleiheeignerin Verluste aus den Staatsanleihen vermeiden will.<sup>103</sup>

Entscheidend ist jedoch, dass der Europäischen Zentralbank allein *das Ziel* der Preisniveaustabilität verbindlich vorgeschrieben ist, ihr die Wahl der Mittel und Wege zur Zielverwirklichung dagegen offen steht, weshalb ihr insoweit, insbesondere auch vor dem Hintergrund ihrer Unabhängigkeit nach Art. 130 AEUV,

99 So auch *Kerber, M./Städter, St.*: Die EZB in der Krise: Unabhängigkeit und Rechtsbindung als Spannungsverhältnis, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 536 – 540, hier 537; vgl. auch *Bandilla, R.*, in: *Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M.* (Hg.), a.a.O., Art. 123 AEUV Rn. 3.

100 *Iissing, O.*: The Eurosystem: Transparent and Accountable or „Willem in Euroland“, in: Journal of Common Market Studies 1999, 503 – 519, hier 508 f.; *Bini Smaghi, L.*: The Democratic Accountability of the European Central Bank, in: Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review 1998, 119 – 143, hier 119 ff.; *Meyer, D.*, a.a.O., 127. Vgl. zum Verhältnis von Unabhängigkeit der Zentralbank und Demokratieprinzip auch BVerfGE 89, 155 (207 ff.) – Maastricht.

101 Eine solche Beeinträchtigung befürchten *Kube, H./Reimer, E.*: Die Sicherung der EWWU, a.a.O., 349 und *Müller-Graff, Ch.-P.*: Vertragskonforme Rettung der Währungsunion, a.a.O.

102 Ausführlich: *Sester, P.*: Die Rolle der EZB in der europäischen Staatsschuldenkrise, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2012, 80 – 90, hier 80 f.

103 *Sester, P.*, a.a.O., 80.

ein Einschätzungsspielraum zusteht<sup>104</sup>. Die Begründung der Europäischen Zentralbank, dass der Ankauf von Staatsanleihen in der aktuellen Situation mittel- und langfristig der Stabilisierung des Preisniveaus dient<sup>105</sup>, ist jedenfalls plausibel.<sup>106</sup> Insbesondere wurde die durch SMP und OMT zusätzlich geschaffene Geldmenge durch Gegenmaßnahmen sterilisiert.<sup>107</sup> Demnach fällt es schwer, eine Missachtung des Primärziels der Preisniveaustabilität durch die Anleihekäufe im Rahmen von SMP und OMT festzustellen.

*b) Verstoß gegen das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung, Art. 123 Abs. 1 Alt. 2 AEUV*

*aa)* SMP und OMT könnten gegen das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung gemäß Art. 123 Abs. 1 Alt. 2 AEUV verstößen. Ein von dem Verbot ausdrücklich erfasster Erwerb von Staatsanleihen am Primärmarkt liegt in keinem der beiden Fälle vor. Deren mittelbarer Erwerb (am Sekundärmarkt) ist dagegen als Offenmarktgeschäft erlaubt, sofern es sich um börsengängige Wertpapiere handelt (vgl. Art. 18.1 ESZB-Satzung). Die Börsengängigkeit der im Rahmen von SMP und OMT aufgekauften Papiere wird teilweise verneint, da die Europäische Zentralbank gezielt nur Anleihen von Mitgliedstaaten mit akuten Refinanzierungsschwierigkeiten erwirbt.<sup>108</sup> Allerdings zielt das Merkmal der Börsengängigkeit – wie ein Textvergleich mit anderen Sprachfassungen der ESZB-Satzung deutlich macht – nicht auf die Frage eines liquiden Handels der betroffenen Anleihe, sondern soll lediglich Offenmarktgeschäfte auf solche Wertpapiere beschränken, die an einem geregelten Markt im Sinne der RL 2004/39/EG zum Handel zugelassen sind.<sup>109</sup> Demnach waren die im Rahmen von SMP und OMT

<sup>104</sup> Sester, P., a.a.O., 85; Meyer, D., a.a.O., 127; Rodi, M., in: Vedder, Ch./Heintschel von Heinegg, W. (Hg.), a.a.O., Art. 127 AEUV Rn. 3.

<sup>105</sup> EZB, Monthly Bulletin 09/2012, 7 ff. (abrufbar unter: [www.ecb.int/pub/pdf/mobu/mb201209en.pdf](http://www.ecb.int/pub/pdf/mobu/mb201209en.pdf), 9.1.2013).

<sup>106</sup> So auch Herrmann, Ch.: Die Bewältigung der Euro-Staatsschulden-Krise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, 805 – 812, hier 810.

<sup>107</sup> Zum SMP s. Pressemitteilung der EZB vom 10.5.2010 – ECB decides on measures to address severe tensions in financial markets (abrufbar unter: [www.ecb.int/press/pr/date/2010/html/pr100510.en.html](http://www.ecb.int/press/pr/date/2010/html/pr100510.en.html), 9.1.2013); zu den OMT s. EZB, Monthly Bulletin 09/2012, a.a.O., 11.

<sup>108</sup> Seidel, M.: Der Ankauf nicht markt- und börsengängiger Staatsanleihen, namentlich Griechenlands, durch die Europäische Zentralbank und durch nationale Zentralbanken – rechtlich nur fragwürdig oder Rechtsverstoß?, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 521; Meyer, D., a.a.O., 130.

<sup>109</sup> Herrmann, Ch.: Griechische Tragödie, a.a.O., 646; Mayer, M.: Die gegenwärtige und künftige Rolle der Europäischen Zentralbank bei der Verhütung und Bewältigung von Finanzkrisen, in: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2011, 25 – 32, hier 29.

erworbenen Staatsanleihen börsengängig im Sinne von Art. 18.1 ESZB-Satzung. Die Anleiheläufe verstößen insoweit nicht gegen das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung.

*ab)* Ein solcher Verstoß läge aber vor, wenn durch die Ausgestaltung von SMP und OMT das Verbot von Primärmarktankaufen umgangen würde. Für eine Umgehung spricht, dass aufgrund der vorherigen Ankündigung der Anleihekäufe die Grenze zwischen einem Erwerb auf dem Primärmarkt und einem Ankauf auf dem Sekundärmarkt verschwimmt.<sup>110</sup> Unabhängig davon läge eine Umgehung des Verbots des Erwerbs von Staatsanleihen auf dem Primärmarkt jedenfalls vor, wenn die Anleihekäufe darauf zielten, die Refinanzierungskosten des jeweiligen Mitgliedstaats zu senken.<sup>111</sup> Hierfür sprechen gute Gründe<sup>112</sup>, wenngleich auch die Begründung der Europäischen Zentralbank für ihre Maßnahmen<sup>113</sup> plausibel ist. Entscheidend muss daher mit Blick auf den Zweck des Verbots von Primärmarktankaufen – der Verhinderung einer monetären Haushaltsfinanzierung – sein, ob durch den Erwerb der Staatsanleihen ein Ressourcentransfer in den Mitgliedstaat stattfindet, der die Anleihe begibt.<sup>114</sup> Ein solcher Ressourcentransfer ist abhängig davon, ob der Kaufpreis dem Kreditrisiko entspricht. Unbestritten – auch von *Mario Draghi* und *Jens Weidmann* so vertreten<sup>115</sup> – läge eine verbotene monetäre Staatsfinanzierung vor, wenn die Europäische Zentralbank mit den erworbenen Staatsanleihen einen Verlust erwirtschaftet, sei es bei einem Weiterverkauf an eine staatliche Einrichtung oder durch einen freiwilligen Schuldenabschnitt. Dann muss der Europäischen Zentralbank aber bereits verboten sein, ein sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verwirklichendes Verlustrisiko einzugehen. Damit kann ein Verstoß gegen das Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung aus Art. 123 Abs. 1 Alt. 2 AEUV durch SMP und OMT nicht pauschal

<sup>110</sup> Müller-Graff, Ch.-P.: Neujustierung der EWWU, a.a.O., 4 und 6; Kube, H./Reimer, E.: Die Sicherung der EWWU, a.a.O., 337; vgl. auch Kerber, M./Städter, St., a.a.O., 537.

<sup>111</sup> BVerfG – ESM/Fiskalpakt, a.a.O., Rn. 278; vgl. auch Erwägungsgrund 7 der VO (EG) 3603/93.

<sup>112</sup> Vgl. Kerber, M./Städter, St., a.a.O., 536. Insbesondere die strikte Konditionalität der OMT mit der Einhaltung von Auflagen aus dem EFSF/ESM-Programm spricht dafür, dass zwar ein dauerhafter Transfer nicht gewollt ist, eine Senkung der aktuellen Refinanzierungskosten aber eintritt.

<sup>113</sup> EZB, Monthly Bulletin 09/2012, a.a.O., 7 ff.

<sup>114</sup> Vgl. Mandl, M./Tillmann, P.: Das Securities Market Programme der EZB: Ein Ressourcentransfer durch die Hintertür?, in: ifo Schnelldienst 21/2010, 8 – 10, hier 8 f.

<sup>115</sup> *Mario Draghi*: „It depends, if you make a loss on the sales (to the EFSF which he states is „like a government“) that is monetary financing.“ und *Jens Weidmann*: „Ich habe kein Problem damit, Risikopositionen [...] wieder aus der Bilanz zu nehmen – solange die Herausnahme zu keinem Verlust führt. Der entscheidende Punkt ist, dass es uns nicht erlaubt ist, auf Forderungen gegenüber einem Staat zu verzichten. Das wäre eine Form der monetären Staatsfinanzierung.“, jeweils zit. nach Sester, P., a.a.O., 85.

festgestellt werden, dieser ist vielmehr für jeden Anleiheerwerb vom konkreten Verlustrisiko abhängig. Jedenfalls der Erwerb griechischer Staatsanleihen, für die im Februar und Herbst 2012 vielfach und nachdrücklich eine Beteiligung der Europäischen Zentralbank am Schuldenschnitt gefordert wurde, verstieß gegen Art. 123 Abs. 1 Alt. 2 AEUV. Für Anleihekäufe im Rahmen der OMT ist zu beachten, dass aufgrund der Stellung der Europäischen Zentralbank als Gläubiger *pari passu*<sup>116</sup> mit den übrigen Gläubigern ein erhöhtes Ausfallrisiko besteht.

### III. Würdigung des Krisenmanagements

Die Bewertung der verschiedenen Rettungsmechanismen am Maßstab des Europarechts hat gezeigt, dass sämtliche Rettungsschirme gegen europäisches Primärrecht verstößen. Das Primärrecht beansprucht Geltung und Beachtung – auch und gerade durch die Mitgliedstaaten, die zwar die „Herren der Verträge“ sind, damit das Primärrecht ändern können, ohne eine solche Änderung im Rahmen eines förmlichen Vertragsänderungsverfahrens aber gleichfalls durch das Unionsrecht gebunden sind.

Dennoch ist das Dilemma, vor dem die Politik seit Beginn der Staatsverschuldungskrise steht, offenkundig: Auf der einen Seite verlangt diese Krise von ihr eine angemessene Reaktion und ein wirksames Krisenmanagement, um den Erhalt der Währungsunion zu sichern. Auf der anderen Seite sah und sieht<sup>117</sup> das Unionsrecht keinerlei Werkzeuge zur Gestaltung eines solchen Krisenmanagements vor. Es beschränkt sich vielmehr auf die Verbote der Art. 123 ff. AEUV, die eine solche Krise präventiv verhindern sollen. Wie sich nun zeigt, haben diese Präventionsmechanismen ihre Wirkung nicht entfalten können. Mit dem Ausbruch der Staatsverschuldungskrise ist damit eine Situation entstanden, die durch die Verträge nicht vorgesehen war, für die sie jedenfalls keinen rechtlichen Rahmen bereitstellen.<sup>118</sup> Angesichts dieses Dilemmas erscheint es plausibel, der Politik unter Rückgriff auf ungeschriebenes Nothilferecht die Möglichkeit zuzugestehen, auf diese zuvor nicht gesehene Situation zu reagieren.<sup>119</sup> Dabei kommt

116 Pressemitteilung der EZB v. 6.9.2012 – Technical features of Outright Monetary Transactions, a.a.O.

117 Erst die geplante Einführung von Art. 136 Abs. 3 AEUV-E beginnt diese Situation zu ändern.

118 Vgl. *Kirchhof, P.*: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, a.a.O., Rn. 75; *Kirchhof, P.*: Deutschland im Schuldensog, München, 2012, hier 76.

119 *Oppermann, Th.*, a.a.O., 914 f. mit Nachweisen zur grundsätzlichen staats- und völkerrechtlichen Anerkennung eines Rückgriffs auf ungeschriebenes Notrecht zur Abwendung einer existenziellen Gefährdungslage für das Gemeinwesen. Vgl. auch *Kirchhof, P.*: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, a.a.O., Rn. 82; *Kirchhof, P.*: Schuldensog, a.a.O., 77.

ein solcher Rückgriff auf ungeschriebenes Nothilferecht jedoch zeitlich nur höchst begrenzt in Betracht: Allein während einer Übergangszeit, die für die förmliche Etablierung neuer, auf die veränderte Situation angepasster Regelungen zwingend erforderlich ist, wären Hilfsmaßnahmen auf Grundlage von ungeschriebenem Nothilferecht zulässig.<sup>120</sup> Den ersten Schritt in Richtung einer Etablierung angepasster Regelungen könnte die Änderung von Art. 136 AEUV darstellen, auf dessen neu einzuführendem Abs. 3 der ESM – jedenfalls ab Abschluss der Ratifizierung durch die Tschechische Republik – beruht. Allerdings kann der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV nicht als Rechtsgrundlage für das Tätigwerden der Organe der EU im Rahmen des ESM herangezogen werden.<sup>121</sup> Es bedarf also weiterer, möglichst baldiger Anpassungen des Primärrechts, um dem Krisenmanagement ein rechtliches Fundament zu geben und vom Notrecht zurück auf den Pfad des Rechts zu gelangen. Parallel muss das System der gemeinsamen Währung von seinen Konstruktionsfehlern befreit werden, müssen die Lehren aus der Krise gezogen werden, um nach ihrer Überwindung eine funktionierende, rechtlich verankerte Währung vorzufinden.

120 Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen ist, dass sie jeweils zu einem Zustand führen, der näher am Recht ist als der vorherige, s. *Kirchhof, P.*: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, a.a.O., Rn 85 ff.; *Kirchhof, P.*: Schuldensog, a.a.O., 79 ff.

121 S. oben II. 5. c).