

Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus

Professor Dr. Hanno Kube und Professor Dr. Ekkehart Reimer*

Am 11. 5. 2010 haben parallel die Bundesregierung und die Koalitionsfraktionen im Deutschen Bundestag den Entwurf eines Gesetzes zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus (StabMechG) eingebracht (BT-Dr 17/1685). Nach geringfügigen Änderungsempfehlungen des Haushaltsausschusses vom 19. 5. 2010 (BT-Dr 17/1740) hat der Deutsche Bundestag dieses Gesetz am 21. 5. 2010 beschlossen; am 22. 5. 2010 wurde es im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl I 2010, 627); am 23. 5. 2010 ist es in Kraft getreten. Mit dem Gesetz wird der Bundesminister der Finanzen ermächtigt, bis zu einem Betrag von 147,6 Mrd. Euro Gewährleistungen für Verbindlichkeiten zu übernehmen, die eine europäische Zweckgesellschaft eingeht, um Hilfen für zahlungsschwache Euro-Staaten zu finanzieren. Der Beitrag skizziert das Maßnahmenpaket und unterzieht das Gesetz einer unions- und verfassungsrechtlichen Prüfung.

I. Das Regelwerk des Europäischen Stabilisierungsmechanismus

Mit der Einrichtung eines Europäischen Stabilisierungsmechanismus verfolgen die Mitgliedstaaten der Union ein doppeltes Ziel: Einerseits soll der Mechanismus die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit „einiger“, aber nicht näher genannter Euro-Staaten bannen und es aus diesem Grund ermöglichen, Hilfestellungen der Art, die Griechenland kurz zuvor erhalten hatte¹, potenziell auch anderen Mitgliedstaaten zu gewähren. Andererseits soll er die Finanzstabilität der Währungsunion insgesamt sichern². Während des Gesetzgebungsverfahrens in Deutschland stand der zweistufig ausgestaltete Europäische Stabilisierungsmechanismus erst in groben Zügen fest; inzwischen treten die Konturen deutlich hervor:

Auf der ersten Stufe, die auf einen Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 10. 5. 2010 zurückgeht und die in einer Verordnung Rechtsverbindlichkeit erlangt hat³, fordert die Union Mitgliedstaaten, die in eine finanzielle Schieflage geraten, dazu auf, Maßnahmen zur Haushaltskonsolidierung und damit zur Sicherung ihrer Finanzstabilität zu ergreifen. In diesem Zusammenhang kann die EU auf Vorschlag der EU-Kommission den betroffenen Mitgliedstaaten unter bestimmten Bedingungen finanziellen Beistand in Höhe von bis zu maximal circa 60 Mrd. Euro gewähren, wenn diese Mitgliedstaaten durch außergewöhnliche Ereignisse, die sich ihrer Kontrolle entziehen, von gravierenden Schwierigkeiten ernstlich bedroht sind. Garantiert wird dieses neue Instrument der Union durch den EU-Haushalt.

Auf der zweiten Stufe, die auf einer intergouvernementalen Vereinbarung der Euro-Staaten vom selben Tage beruht, können die anderen Staaten für den Fall, dass die Möglichkeiten der ersten Stufe ausgeschöpft sind, selbst finanzielle Hilfen gewähren. Hierzu ist am 7. 6. 2010 durch notariellen Vertrag eine luxemburgische Société Anonyme als Zweckgesellschaft unter der Firma „Europäische Finanzstabilisierungsfazilität“ (European Financial Stability Facility, EFSF) gegründet worden, die durch die Ausreichung von Krediten von bis zu 440 Mrd. Euro eine drohende Zahlungsunfähigkeit der betroffenen Mitgliedstaaten abwehren soll. Der Bestand dieser Zweckgesellschaft ist unbefristet; sie darf aber nach dem 30. 6. 2013 keine neuen Eventualverbindlichkeiten (Bürgschaften) übernehmen und keine neuen Darlehensprogramme auflegen. Die Gesellschaft refinanziert sich am Kapitalmarkt, erhält dafür aber Garantien von den Euro-Mitgliedstaaten. Rechtsgrundlage ist der so genannte EFSF-Rahmenvertrag vom 7. 6. 2010, den die 16 Euro-Staaten (noch ohne Estland) mit der EFSF S.A. geschlossen haben.

Kube, Reimer: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus (NJW 2010, 1911)

1912

Der Garantieanteil jedes Euro-Staates richtet sich nach dessen Anteil am Kapitalschlüssel der

Europäischen Zentralbank (EZB). Danach entfällt auf Deutschland ein Ausgangsbetrag (Grundbetrag) von 119,39 Mrd. Euro. Ergänzt wird das Maßnahmenpaket schließlich durch Hilfen des Internationalen Währungsfonds (IWF) von bis zu 250 Mrd. Euro. Dadurch erhält der Rettungsschirm einen Gesamtvolumen von 750 Mrd. Euro.

II. Das deutsche Begleitgesetz

Die in einem einzigen Paragraphen niedergelegten bundesgesetzlichen Regelungen haben nicht den Charakter eines Zustimmungsgesetzes zu den Beschlüssen des Europäischen Rates oder der intergouvernementalen Übereinkunft der Euro-Staaten. Sie beschränken sich ausweislich ihres Wortlauts vielmehr auf die innerstaatliche Sphäre. In ihrem materiellen Teil (§ 1 I, III, VI StabMechG) ermächtigen die Regelungen das Bundesministerium der Finanzen zur Übernahme von Gewährleistungen bis zum 30. 6. 2013 in einem Umfang von bis zu 123 Mrd. Euro. Dieser Betrag kann unter den verschärften Voraussetzungen des § 1 VI StabMechG um 20%, d.h. 24,6 Mrd. Euro, auf insgesamt 147,6 Mrd. Euro erhöht werden.

1. Materielle Anforderungen

Tatbestandlich ist die Übernahme einer Gewährleistung nur zulässig, wenn dies zum Erhalt der Zahlungsfähigkeit eines Euro-Staates erforderlich ist. Mit diesem Erfordernis ist zugleich das erste, vordergründige Telos der Maßnahme beschrieben (§ 1 I 1 Halbs. 2 StabMechG). In einem Nachsatz nennt der Gesetzgeber ein zweites Telos, das zwar – im Unterschied zum ersten – nicht unmittelbar in die Erforderlichkeitsprüfung eingebunden, im Rahmen einer teleologischen Auslegung gleichwohl zu berücksichtigen ist: Das Bundesministerium der Finanzen soll handeln, „um die Finanzstabilität in der Währungsunion sicherzustellen“ (§ 1 I 1 Halbs. 3 StabMechG).

2. Verfahrensrechtliche Anforderungen

Verfahrensrechtlich steht die Gewährleistungsübernahme unter der Voraussetzung, dass der betroffene Mitgliedstaat mit dem IWF und der EU-Kommission unter Mitwirkung der EZB ein wirtschafts- und finanzpolitisches Programm vereinbart hat, das von den Euro-Staaten einvernehmlich gebilligt wird (§ 1 I 2 StabMechG). Die Gefährdung der Zahlungsfähigkeit des betroffenen Mitgliedstaats muss zuvor durch die Euro-Staaten unter Ausschluss des betroffenen Mitgliedstaats gemeinsam mit dem IWF und der EZB einvernehmlich festgestellt worden sein (§ 1 I 3 StabMechG).

Im Verhältnis zur ersten Stufe des Stabilisierungsmechanismus setzt die Gewährleistungsübernahme darüber hinaus voraus, dass die Euro-Staaten unter Ausschluss des betroffenen Mitgliedstaats, unter Mitwirkung der EZB und im Benehmen mit dem IWF einvernehmlich übereinkommen, dass Notmaßnahmen auf der ersten Stufe nicht oder nicht in vollem Umfang ausreichen, um die Gefährdung der Zahlungsfähigkeit des betreffenden Mitgliedstaats abzuwenden (§ 1 II StabMechG). Gerade in diesem Sinne, zudem mit Blick auf die Beteiligung des IWF, wird die Gewährleistungsübernahme in der Gesetzesbegründung als *Ultima Ratio* bezeichnet⁴.

Abgerundet wird das Gesetz durch Verfahrensregelungen zum Binnenverhältnis zwischen Bundesregierung und Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags, die auf Grund der Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses⁵ deutlich verschärft worden sind: Nach § 1 IV StabMechG muss sich die Bundesregierung vor der Gewährleistungsübernahme bemühen, Einvernehmen mit dem Haushaltsausschuss herzustellen. Der Haushaltsausschuss hat das Recht zur Stellungnahme. Sofern aus zwingenden Gründen eine Gewährleistung bereits vor Herstellung eines Einvernehmens übernommen werden muss, ist der Haushaltsausschuss unverzüglich nachträglich zu unterrichten; die Unabweisbarkeit der Übernahme der Gewährleistung vor Herstellung des Einvernehmens ist eingehend zu begründen. Der Haushaltsausschuss ist darüber hinaus vierteljährlich über die übernommenen Gewährleistungen und die ordnungsgemäße Verwendung zu unterrichten. Im Übrigen hat das Bundesministerium der Finanzen dem Haushaltsausschuss vor der Gewährleistungsübernahme den Vertrag über die Zweckgesellschaft vorzulegen (§ 1 V StabMechG).

III. Unionsrechtliche Vorgaben

Das primäre Unionsrecht schließt die Gewährung von Darlehen und Sicherheiten durch die EZB oder die EU-Mitgliedstaaten zu Gunsten anderer Mitgliedstaaten der Euro-Gruppe grundsätzlich aus.

1. Darlehensvergabe (Art. 123 AEUV)

Für die Darlehensvergabe ergibt sich dieses Verbot aus Art. 123 I AEUV (bis 30. 11. 2009: Art. 101 EG). Ihrem sachlichen Anwendungsbereich nach erfasst diese Vorschrift Überziehungs- oder andere Kreditfazilitäten bei der EZB und den nationalen Zentralbanken. Der persönliche Anwendungsbereich ist zwar zunächst auf die EZB und die mitgliedstaatlichen Zentralbanken beschränkt; dem Wortlaut des Art. 123 I AEUV nach sind nur sie Adressaten des Verbots. Ein Umkehrschluss zu Art. 123 II AEUV, der auf Seiten des Darlehensnehmers andere Kreditinstitute in öffentlichem Eigentum von dem Verbot ausdrücklich ausnimmt⁶, spricht indes dafür, dass derartige Kreditinstitute auf Seiten des Darlehensgebers dem Verbot unterliegen. Daher verstieße Deutschland gegen Art. 123 I AEUV, wenn der Bund die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) dazu veranlasste, Kredite an notleidende Euro-Staaten zu vergeben.

Die Mitgliedstaaten als solche sind im Kreis der Verbotsadressaten nicht genannt; sie tauchen lediglich im Objektatbestand (d. h. in der Bezeichnung potenzieller Darlehensnehmer) auf. Da ihr fiskalisches Handeln aber keinen geringeren Beschränkungen unterliegen darf als das Handeln ihrer Zentralbanken, erfasst Art. 123 AEUV, zumal im Interesse des *effet utile*, auch die Haushalte der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen. Insofern stehen „Zentralbank“ und „Zentralbankgeld“ in Art. 123 AEUV *pars pro toto* für die öffentlichen Haushalte der Mitgliedstaaten und die darin vorgehaltenen Mittel.

2. Haftungsübernahme (Art. 125 AEUV)

Für Haftungsübernahmen ist zusätzlich Art. 125 AEUV zu beachten. Adressaten der dort niedergelegten Regelungen sind nebeneinander die Union (Art. 125 I 1 AEUV) und die EU-Mitgliedstaaten (Art. 125 I 2 AEUV). Im Unterschied zu Art. 123 AEUV, der eine ausdrückliche Ausnahme für Kreditinstitute in öffentlichem Eigentum enthält, erstreckt sich das Verbot aus Art. 125 I 2 AEUV schuldnerseitig auch auf

Kube, Reimer: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus (NJW 2010, 1911)

1913

diese Kreditinstitute, also etwa auf die deutsche KfW. Trotz ihrer indikativischen Formulierungen („haftet nicht“, „tritt nicht ein“) haben diese Regelungen den Charakter echter Sollenssätze. Sie verbieten beiden Ebenen die Übernahme einer Haftung oder einer haftungsähnlichen Pflichtenstellung namentlich im Hinblick auf Darlehensverbindlichkeiten der Mitgliedstaaten (arg. aus Art. 125 II AEUV: „in diesem Artikel vorgesehen[e] Verbote“).

Dabei kommt es – anders als bei Art. 123 AEUV – nicht darauf an, wer Gläubiger (Darlehensgeber) des notleidenden Mitgliedstaats ist; Art. 125 AEUV betrifft auch und gerade Darlehen, die Dritte (etwa private Banken oder Nicht-EU-Staaten) an einen EU-Mitgliedstaat ausgereicht haben. Unerheblich ist auch, wem gegenüber die Haftungsübernahme erklärt wurde: Art. 125 AEUV erfasst gleichermaßen Haftungsübernahmen gegenüber dem Gläubiger, Haftungsübernahmen gegenüber dem Hauptschuldner und Haftungsübernahmen in beiderlei Richtung.

Im Unterschied zu Art. 123 AEUV, dessen Wortlaut deutliche Lücken aufweist, wirkt das Bail-out-Verbot des Art. 125 AEUV jedenfalls auf Tatbestandsebene lückenlos: Den Mitgliedstaaten und der Union ist tatbestandlich jede Absicherung von Krediten, die einem Mitgliedstaat gewährt werden, untersagt.

Vorbehaltlich eines Rechtfertigungsgrundes (dazu unten III 4) verstieße Deutschland deshalb mit der Übernahme einer unmittelbaren Gewährleistung für Kredite, die Dritte – etwa die in § 1 I 1 StabMechG genannte Zweckgesellschaft – einem der Euro-Staaten gewährt haben, gegen das Verbot aus Art. 125 I 2 AEUV. Hierzu ermächtigt § 1 I 1 StabMechG das Bundesministerium der Finanzen aber gerade nicht: Die Vorschrift betrifft ihrem klaren Wortlaut nach nicht die von der Zweckgesellschaft an notleidende Euro-Staaten ausgereichten Kredite, sondern von der Zweckgesellschaft aufgenommene Kredite. Für diese Kredite auf der Eingangsseite der Gesellschaft ist nicht ein notleidender Mitgliedstaat, sondern die

Zweckgesellschaft selbst Darlehensnehmerin. Ihre Verbindlichkeiten sind jedenfalls rechtlich nicht identisch mit den Verbindlichkeiten des oder der notleidenden Euro-Staaten. Dies gilt umso mehr, als die Zweckgesellschaft nicht im Lager des notleidenden Mitgliedstaats steht: „Zweckgesellschaft“ i.S. des § 1 I StabMechG kann vielmehr nur eine Gesellschaft sein, die von „den“ (d.h. allen) Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets (sc. gemeinsam) gegründet worden ist. Gesellschaften, die von dem notleidenden Mitgliedstaat allein gegründet oder beherrscht werden, erfüllen also von vornherein nicht die Voraussetzungen des § 1 I StabMechG.

3. Umgehung der Verbote durch Zweckgesellschaften?

Gleichwohl bestehen an der Einschaltung einer Zweckgesellschaft im vorliegenden Zusammenhang erhebliche Zweifel. Das Institut einer Zweckgesellschaft wird von Union und Mitgliedstaaten gezielt zur Umgehung der Beschränkungen aus Art. 123 und 125 AEUV eingesetzt. Damit muss sich diese Konstruktion an den Grundsätzen des allgemeinen europarechtlichen Missbrauchsvorbehalts messen lassen.

Dieser Missbrauchsvorbehalt prägt als allgemeiner Rechtsgrundsatz das gesamte Unionsrecht jedenfalls insoweit, als subordinationsrechtliche Ge- oder Verbote in Rede stehen⁷. Unter besonders günstigen Laborbedingungen hat der *EuGH* ihm für die harmonisierten Teilgebiete des Steuerrechts klare Konturen gegeben⁸ und ihn mit diesen Konturen zugleich – auch außerhalb des Steuerrechts – auf den Bereich des Primärrechts erstreckt⁹. In der bisherigen Rechtsprechung ging es dabei zumeist um die (potenziell) missbräuchliche Berufung Privater auf begünstigende Vorschriften des Gemeinschafts- oder Unionsrecht im Staat-Bürger-Verhältnis; so wirkt der Missbrauchsvorbehalt z.B. als Rechtfertigungsgrund für tatbestandliche Beschränkungen der Grundfreiheiten. Für die Umgehung belastender, d.h. kompetenzbeschränkender Vorgaben des Unionsrechts für die Unionsorgane selber, im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten oder zwischen den Mitgliedstaaten können angesichts des Abstraktionsniveaus, auf dem der allgemeine Missbrauchsvorbehalt angesiedelt ist, indes keine grundsätzlich verschiedenen Regeln gelten¹⁰. Auch und gerade dort, wo das Unionsrecht – jedenfalls außerhalb der das Staat-Bürger-Verhältnis betreffenden Teile des Strafrechts, für die besondere Bestimmtheitsanforderungen gelten – Verbote errichtet, erstrecken sich diese Verbote auf alle diejenigen rein künstlichen Sachverhalte und Rechtsgestaltungen, die in offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Weise den Wortlaut des jeweiligen Verbots umgehen. Das kann sich innerhalb seiner Wortlautgrenzen bereits aus einer teleologischen Auslegung dieses Verbots („Innentheorie“) ergeben; im Übrigen folgt es aus dem *effet utile* des Unionsrechts („Außentheorie“).

Danach stellt sich das kollusive Ansinnen von Union und Mitgliedstaaten, durch Zwischenschaltung einer Zweckgesellschaft eine unmittelbare Besicherung der den notleidenden Mitgliedstaaten gewährten Darlehen zu vermeiden und die Besicherung stattdessen auf einer Vorstufe (Darlehen an die Zweckgesellschaft) anzusiedeln, als unbeachtliche Umgehung der Haftungsverbote aus Art. 125 I AEUV dar.

Zwar hat die Zweckgesellschaft durchaus eine wirtschaftliche Funktion: Sie bündelt die Haftungsbeiträge der einzelnen Mitgliedstaaten, kann also am Kapitalmarkt als besonders gewichtiger Akteur auftreten, Synergien nutzen und gegenüber dem Hauptschuldner – dem notleidenden Mitgliedstaat – mit einer Stimme sprechen. Diese wirtschaftliche Funktion der Zweckgesellschaft rechtfertigt deren Zwischenschaltung indes nicht. Erst recht nimmt sie der Zwischenschaltung nicht den Charakter einer bloßen Umgehung des Art. 125 AEUV. Das ergibt sich aus der umfassenden Anlage des Art. 125 AEUV, der in seinem Absatz 1 auch und gerade die Union als solche zur Verbotsadressatin macht, und aus seinem historischen Telos als starker Garantie einer Stabilität der Gemeinschaftswährung. In der Sache kann hier nichts anderes gelten als in sonstigen Fällen, in denen finanz(verfassungs)rechtliche Beschränkungen auf ausgelagerte Organisationseinheiten des Staates angewandt werden, weil sich die effektive Geltungskraft dieser Beschränkungen nur so gewährleisten lässt¹¹: Auch aus den finanzrechtlichen Verboten

Kube, Reimer: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus (NJW 2010, 1911)

1914

des Art. 125 AEUV ist eine „Flucht in das Privatrecht“ nicht möglich; seine Verbote wirken vielmehr

auch hier.

4. Unionsrechtliche Rechtfertigung?

Die Verbote der Art. 123 und 125 AEUV wirken dem Wortlaut des Vertrags nach kategorisch; sie sind also an sich keiner Rechtfertigung zugänglich. Allerdings ist erwogen worden, dass Verstöße gegen Art. 123 und Art. 125 AEUV durch die Kommissionskompetenz zur Hilfe in außergewöhnlichen Fällen (Art. 122 II AEUV) gerechtfertigt sein oder durch den Regelungsvorbehalt des Art. 125 II AEUV relativiert werden könnten.

a) *Art. 122 II AEUV.* Für beide Stufen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus kommt der Notkompetenz des Rates aus Art. 122 II AEUV besondere Bedeutung zu. Nach dieser Vorschrift kann der Rat auf Vorschlag der Kommission beschließen, einem Mitgliedstaat einen finanziellen Beistand der Union zu gewähren, wenn dieser Mitgliedstaat auf Grund von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Ereignissen, die sich seiner Kontrolle entziehen, von Schwierigkeiten betroffen oder von gravierenden Schwierigkeiten ernstlich bedroht ist. Für die Verordnung zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus hat sich der Rat ausdrücklich auf diese Notkompetenz berufen¹²; auch für die zweite Stufe des Stabilisierungsmechanismus könnte Art. 122 II AEUV als Rechtfertigungsgrund für die tatbestandliche Verletzung des Art. 125 I AEUV fungieren.

Beides ist im Ergebnis aber abzulehnen. Die von einem Staat selbst über einen langen Zeitraum herbeigeführten Krisen, bei deren Entstehung die anderen Mitgliedstaaten und die Unionsorgane (die Verbotsadressaten) in einer mindestens fahrlässigen Weise untätig geblieben sind, lassen sich weder als Naturkatastrophe noch als ein Ereignis ansehen, das sich der Kontrolle des Mitgliedstaats entzogen hätte.

Der Rekurs auf Art. 122 II AEUV als Rechtfertigungsgrund für Verstöße gegen Art. 125 I AEUV scheidet zudem daran, dass Art. 122 II AEUV schon seiner Stellung nach nicht als *lex specialis* zu Art. 123 und Art. 125 AEUV anzusehen sein kann; systematisch ist das Gegenteil richtig. Und schließlich passt insoweit auch die Rechtsfolge nicht: Art. 122 II AEUV erlaubt Hilfen der Union, nicht aber die – unabhängig vom EU-Haushalt gesammelten – Hilfen anderer Mitgliedstaaten.

b) *Art. 125 II AEUV.* Der Regelungsvorbehalt des Art. 125 II AEUV ist ebenfalls nicht geeignet, die Verbote der Art. 123 und 125 I AEUV zu relativieren. Art. 125 II AEUV gibt dem Rat lediglich die Kompetenz zur Definition der in den Verbotstatbeständen enthaltenen Tatbestandsmerkmale; die insbesondere in Art. 125 I AEUV niedergelegten Rechtsfolgen lässt er indes vollständig unangetastet.

c) *Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.* Ob darüber hinaus ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen können, ist schon dogmatisch fraglich: Die Existenz geschriebener Vorbehalte – namentlich in Art. 122 und 125 AEUV – könnte ein Hinweis auf die ansonsten kategorische Anwendbarkeit der in den Art. 122ff. AEUV niedergelegten Verbote sein. Dies gilt jedenfalls, wenn die tatsächliche oder prognostische Grundlage für das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes exakt die Situation ist, für die die Verbote in Art. 123, 125 AEUV vereinbart wurden (finanzielle Schieflage eines oder mehrerer Staaten der EU oder des Euro-Währungsgebiets). Es gilt umso mehr, als der Bestand der gemeinsamen Währung als solcher ersichtlich nicht auf dem Spiel steht: Das freiwillige oder unter dem Druck der Verhältnisse unausweichliche Ausscheiden einzelner Euro-Staaten aus der Währungsgemeinschaft dürfte die gemeinsame Währung tendenziell eher stärken. Im Ergebnis muss es also unionsrechtlich bei der Regel des „no bail-out“ bleiben.

5. Zwischenergebnis

Der Europäische Stabilisierungsmechanismus verstößt gegen Art. 125 I AEUV und darf schon aus der Innenperspektive des Europarechts nicht weiter verfolgt werden. Zugleich steht der Anwendungsvorrang, der dem Verbot aus Art. 125 I 2 AEUV zukommt, einer Ausübung der Gewährleistungsermächtigung aus § 1 StabMechG durch das Bundesministerium der Finanzen entgegen.

IV. Vorgaben aus Art. 109 II GG

Der hier festgestellte Verstoß gegen primäres Unionsrecht hat auch verfassungsrechtliche Bedeutung.

Anknüpfungspunkt ist dabei vorrangig Art. 109 II GG.

1. Erfüllung der Verpflichtungen der Maastrichter Konvergenzkriterien

In seinem ersten Halbsatz verpflichtet Art. 109 II GG Bund und Länder zur Erfüllung der gesamtstaatlichen Verpflichtungen aus Rechtsakten der EU auf Grund des Art. 104 EG (bis 30. 11. 2009; jetzt Art. 126 AEUV). Selbst wenn man diesen engen Verweis auf Art. 126 AEUV im Sinne einer teleologischen Auslegung auf das normative Umfeld dieser Norm bezieht und ihn damit auch auf die „no bail-out“-Regelungen zur Vermeidung übermäßiger Defizite in Art. 123 i.V. mit 125 AEUV erstreckte, fehlt es vorliegend doch an einem Rechtsakt der EG bzw. EU: Denn die Verpflichtung, gegen die hier verstoßen wird, ist eine primärrechtliche Verpflichtung (aus Art. 125 I AEUV); das Primärrecht zählt aber nicht zu den Rechtsakten i.S. des Art. 109 II Halbs. 1 GG. Ein Verstoß gegen Art. 109 II Halbs. 1 GG scheidet daher aus.

2. Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts

Anders stellt sich die Rechtslage hinsichtlich der Verpflichtung des Bundes und der Länder auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht (Art. 109 II Halbs. 2 GG) dar. Zwar besteht diese Verpflichtung heute (anders als unter Art. 109 II GG i.d.F. bis Juli 2009) nicht mehr vollständig unabhängig von den europarechtlichen Vorgaben. Sie ist aber weiterhin einer separaten Prüfung zugänglich.

Durch die weite Formulierung („in diesem Rahmen“) verdeutlicht der verfassungsändernde Gesetzgeber zunächst, dass der 2006 zunächst als Art. 109 V GG eingefügte, dann 2009 in Art. 109 II GG verlagerte und hier mit dem traditionell volkswirtschaftlich verstandenen Gleichgewichtserfordernis verschränkte Hinweis auf die Maastrichter Konvergenzkriterien strenger ist als Art. 109 II GG a.F. War die frühere Verpflichtung der Haushaltsgesetzgeber auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ein Programmsatz, der im Wesentlichen ein Einfallstor für das vom einfachen Gesetzgeber definierte bewegliche System konkurrierender Optimierungsgebote¹³ bot, liegt in der heute in Art. 109 II GG niedergelegten Verweisung auf die zentralen Vorgaben des Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakts eine erhebliche Schärfung und Verschärfung der bisherigen Vorgaben. Dies gilt namentlich für die Defizitbegrenzung und die Begrenzung der aggregierten Gesamtverschuldung.

Kube, Reimer: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus (NJW 2010, 1911)

1915

Daneben öffnet Art. 109 II GG den unbestimmten Rechtsbegriff des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts aber auch einer spezifisch europarechtskonformen Auslegung. Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht kann beim gegenwärtigen Integrationsstand nur eine Lage sein, die mit den zentralen Vorgaben des Unionsrechts in Einklang steht. Eine Haushaltspolitik, die durch Gewährleistungsübernahmen aktuell gegen Europäisches Primärrecht (hier: Art. 125 I 2 AEUV) und potenziell – für den künftigen Sicherungsfall – gegen zwei der drei Konvergenzkriterien, namentlich die Defizitbegrenzung und die Gesamtverschuldungsgrenze, verstößt, wahrt das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht deshalb nicht.

Auch hier greift weder von Unions- noch von Verfassungsrechts wegen ein Rechtfertigungsgrund ein. Damit verstößt § 1 StabMechG gegen Art. 109 II Halbs. 2 GG.

V. Unmittelbare Vorgaben aus Art. 109 III i.V. mit Art. 115 II GG

Im Unterschied zu Art. 109 II GG (o. IV) begrenzt die Schuldenbremse der Art. 109 III und 115 II GG nur die Einnahmen aus Krediten, d.h. die Einräumung von Kreditermächtigungen und die tatsächliche Aufnahme von Krediten. Bloße Gewährleistungsermächtigungen und die tatsächliche Übernahme von Gewährleistungen im Außenverhältnis werden dagegen von Art. 109 III und 115 II GG nicht ausdrücklich erfasst. Das ergibt sich aus der klaren Wortlautdifferenz von Art. 115 II gegenüber Art. 115 I GG¹⁴. Sie ist verfassungspolitisch bedenklich¹⁵, de constitutione lata aber grundsätzlich hinzunehmen.

VI. Mittelbare Wirkungen der Art. 109 III i.V. mit Art. 115 II GG

Potenzielle Ausgaben größeren Ausmaßes könnten allerdings zusätzlichen ungeschriebenen Grenzen aus Art.

109 III und Art. 115 II GG unterliegen, die Ausdruck einer Vorwirkung dieser Vorschriften sind. Die These lautet: Der Bundesgesetzgeber darf auch dort, wo er nicht unmittelbar Kreditermächtigungen erteilt, den späteren Haushaltsgesetzgeber nicht in eine Lage bringen, in der ein Verstoß gegen die Schuldenbremse faktisch zur einzigen Handlungsoption wird.

Dabei ist nicht zu verkennen, dass der Ausschluss von Gewährleistungsübernahmen und darauf bezogenen gesetzlichen Ermächtigungen aus dem Regelwerk über die Schuldenbremse (o.V) offenbar gewollt war. Dieser Ausschluss hat auch insofern einen guten Sinn, als potenzielle Verbindlichkeiten – etwa aus der Übernahme von Bundesbürgschaften – in der Regel nicht in voller Höhe in aktuellen Verbindlichkeiten oder auch Kreditaufnahmen münden. Vielfach hat die Hingabe von Bürgschaften ökonomisch gerade den Charakter einer self-destroying prophecy: Allein die Übernahme der Bürgschaft sichert die Bonität des Hauptschuldners auf dem Kreditmarkt und erübrigt damit eine Inanspruchnahme des Bürgen. Die Erfahrung mit Bundesbürgschaften zu Gunsten der Privatwirtschaft zeigt, dass der Bund typischerweise tatsächlich nur in geringem Ausmaß als Bürge in Anspruch genommen wird. In dieser Lage hätte der verfassungsändernde Gesetzgeber mit einer Einbeziehung von Gewährleistungsübernahmen in die Tatbestände der Art. 109 III und 115 II GG zwei haushaltswirtschaftlich im Grundsatz gänzlich ungleiche Maßnahmen (Kreditaufnahme einerseits, Gewährleistungsübernahme andererseits) einander unnötig gleich gestellt. Dazu bestand kein Anlass.

Davon streng zu trennen ist indes die Frage, ob den Vorgaben der Art. 109 III und 115 II GG zur Absicherung der dort niedergelegten Kreditaufnahmegrenzen weitere Normgehalte zuzuschreiben sind, insbesondere mit Blick auf die Übernahme erheblicher Risiken, die sich voraussichtlich realisieren werden. Zuschreibungen weiterer, normzweckabstützender Normgehalte sind der Schuldenbremse nicht fremd. So ist die Exekutive etwa gehalten, bei der Quantifizierung der Neuverschuldungsgrenzen Aufhellungen der Konjunktur im Laufe des Haushaltsjahres in Rechnung zu stellen. Wenn sich im Zeitpunkt der Kreditaufnahme abzeichnet, dass der konjunkturbedingte Nettoneuverschuldungsrahmen wegen einer verbesserten konjunkturellen Lage enger ist als noch vom Gesetzgeber angenommen, kann eine volle Ausschöpfung des gesetzlich abgesteckten Rahmens verfassungsrechtlich problematisch sein¹⁶.

In der Sache liegt es nahe, den Ausschluss exorbitanter, auf eine tatsächliche Inanspruchnahme hinauslaufender Gewährleistungsermächtigungen und Gewährleistungsübernahmen als eine ungeschriebene Funktionsvoraussetzung für das Regelwerk der Art. 109 III, 115 II GG anzusehen. Bildlich gesprochen: Die Gesetzgeber des Bundes und der Länder unterliegen einem haushaltswirtschaftlichen Selbstverstümmelungsverbot und dürfen sich nicht – im Sinne einer *actio libera in causa* – in eine Situation manövrieren, in der die spätere Verletzung der Schuldenbremse durch Kreditaufnahmen unausweichlich wird. Wie kaum andere Verfassungsvorgaben sind die Vorgaben aus Art. 109 III und 115 II GG in ihrer Zeitbezogenheit zu würdigen. Verschuldung entsteht und wächst über die Zeit. Verschuldungsbegrenzende Maßnahmen sind daher je rechtzeitig zu treffen. Dies legt es nahe, den normativen Anspruch der Art. 109 III und 115 II GG zeitlich auch über das Haushaltsjahr hinaus vorwirkend ausstrahlen zu lassen¹⁷.

Ob im Fall des hier zur Prüfung gestellten Gesetzes eine spätere Verletzung der Schuldenbremse droht, bedarf indes aus mehrfachen Gründen einer sorgfältigen Prüfung.

1. Zeitliche Aspekte der Schuldenbremse

Erstens ist unklar, zu welchem Zeitpunkt ein Verstoß gegen die Schuldenbremse eintritt oder eintreten kann. Die Schuldenbremse gilt für den Bund in voller Schärfe erst ab dem Haushaltsjahr 2016 (Art. 143d I 5 GG); in den Jahren 2011 bis 2015 trifft den Bund lediglich eine verfassungsrechtliche Soll-Verpflichtung, mit dem Abbau des bestehenden Defizits zu beginnen (Art. 143d I 6 GG). Im Einzelnen ist vor diesem Hintergrund von Folgendem auszugehen:

a) *Ausgaben in den Jahren ab 2016.* Grundsätzlich ausgeschlossen ist eine Bindung, die der Bundesgesetzgeber heute für die Jahre ab 2016 eingeht und die erkennbar (dazu sogleich unter VI 2 und 3) die Grenze nach Art. 115 II 2 unter Berücksichtigung von 115 III 3 GG sprengen würde. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme i.S. von Art. 115 II 6 GG sind hier im Übrigen nicht erfüllt.

b) *Ausgaben in den Jahren 2011 bis 2015.* Für die Jahre 2011 bis 2015 gilt dagegen ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis: Im Zeitraum von 2011 bis 2015 suspendiert Art. 143d I 5 GG die strenge Defizitbegrenzung (0,35% des BIP) aus Art. 115 II 2 GG; stattdessen gilt für Ausgaben in

Kube, Reimer: Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus (NJW 2010, 1911)

1916

diesen Jahren verfassungsrechtlich¹⁸ nur Art. 143d I 6 GG („soll ... begonnen werden“), der in begründeten Fällen Abweichungen zulässt. Manches spricht allerdings dafür, dass der Sollenssatz aus Art. 143d I 6 GG einen ausnahmeresistenten Kern hat. Er betrifft exorbitante Ausgaben, die in den Jahren 2011 bis 2015 kassen- und kreditwirksam werden. Dieser kategorische Verbotskern bindet den Bundesgesetzgeber bereits heute (2010) insoweit, als er in der aktuellen (Gewährleistungs-)Gesetzgebung Rücksicht auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben nehmen muss, die das GG für die kassen- und kreditwirksamen Ausgaben der Zukunft enthält. In diese Richtung zielt auch Art. 143d I 7 GG.

2. Quantifizierung des Risikos

Zweitens stellt sich die Frage, mit welchem Gewicht Eventualverbindlichkeiten wie diejenigen aus einer Gewährleistungsübernahme in die Haushalts- und Defizitprognose einzustellen sind, mit welchem Faktor kleiner 1 sie also zu multiplizieren sind. Vieles spricht dafür, dass dieser Faktor im vorliegenden Zusammenhang nicht ganz unerheblich ist; zumal dann, wenn man nicht auf den künftigen völkerrechtlichen Vertragsbruch (treaty override) baut.

3. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Die beiden vorgenannten Fragen haben materiell-rechtlichen Charakter, werfen zugleich aber – drittens – eine zentrale Kompetenzfrage auf: Inwieweit ist die Einschätzung des Gesetzgebers über Zeitpunkt und Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme verfassungsgerichtlich überprüfbar? Damit ist nicht nur die allgemeine Frage der Justiziabilität der Finanzverfassung angesprochen, die – speziell für die hier relevanten Art. 109 III und 115 II GG¹⁹ – heute nahezu einhellig bejaht wird²⁰. Vielmehr ist ganz konkret danach zu fragen, ob dem Gesetzgeber Grenzen bei der Prognose bezüglich der Inanspruchnahme aus einer Gewährleistungsübernahme und bezüglich der auf Grund dessen erforderlich werdenden Kreditaufnahmen gesetzt sind; derartige Grenzen kommen, auf Grund der Gesamtumstände, vorliegend durchaus in Betracht.

4. Vorrangig anzuwendendes Unionsrecht

Wiederum zu prüfen ist schließlich – viertens – der Einfluss, den der Anwendungsvorrang des Unionsrechts hat. Auch die Art. 109 III und 115 II GG sind – gerade im Hinblick auf ihre Vorwirkungen – im Lichte der europarechtlichen Vorgaben zu lesen. Das gilt prinzipiell in beide Richtungen: Wenn und soweit die Mitwirkung Deutschlands an dem Europäischen Stabilisierungsmechanismus unionsrechtlich geschuldet wäre, käme dieser Verpflichtung Anwendungsvorrang im Rahmen des nach Art. 23 I 3 GG Zulässigen zu; das könnte die vorlaufende Bindungswirkung aus Art. 109 III und Art. 115 II GG reduzieren. Wenn aber umgekehrt – wie hier vertreten (o. III) – bereits die Haftungsübernahme gegen primäres Unionsrecht verstößt und zudem der Eintritt des Sicherungsfalls zwingend zu einem Verstoß gegen Art. 126 AEUV führen muss, verengt sich der Spielraum des mitgliedstaatlichen Gewährleistungsgesetzgebers auch von Unionsrechts wegen auf null; die Vorwirkungen der Art. 109 III und 115 II GG werden dadurch gestärkt.

VII. Demokratieprinzip

Staatliches Handeln wirkt immer in die Zukunft, schafft Präjudizien, und ist in dieser Zukunftswirkung weder in sachlicher noch in finanzieller Hinsicht per se demokratiewidrig. Je gravierender die über die Legislaturperiode hinaus gesetzten Risiken aber sind, und je wahrscheinlich ihre Verwirklichung ist, desto höher sind zugleich die demokratischen Anforderungen an die Rechtfertigung der periodenübergreifenden Festlegungen, desto höher sind die Anforderungen an die Wahrung der Formenstrenge und desto höher ist schließlich auch die (verfassungs-)gerichtliche Kontrollidichte²¹: Wegen der Tragweite der Entscheidungen im Rahmen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus und des nicht geringen Risikos, dass der in § 1

StabMechG bezeichnete Sicherungsfall eintritt, kann die Rechtmäßigkeitskontrolle nicht allein Sache der Selbsteinschätzung von Bundesregierung und Parlament sein; vielmehr streitet hier auch das Demokratieprinzip für eine Stärkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte.

VIII. Fazit

Die Begründung des Europäischen Stabilisierungsmechanismus verstößt gegen Art. 125 I AEUV und gegen bindende Vorgaben der bundesstaatlichen Finanzverfassung (Art. 109 II Halbs. 2 GG sowie Art. 109 III, Art. 115 GG). Alle diese Maßstabsnormen sind voll justiziabel. Einen Ausweg bietet in dieser Lage allein eine Änderung der Verträge. Sofern das Primärrecht dabei nur minimal-invasiv (d. h. durch Aufhebung der Verbote aus Art. 123 und 125 AEUV) korrigiert wird, ist zusätzlich eine Verfassungsänderung erforderlich, die die Schuldenbremse partiell außer Kraft setzt. Und schließlich hat der deutsche Gesetzgeber bei seiner Zustimmung zu Änderungen des Primärrechts die – auf die Haushaltsautonomie bezogenen – Integrationsgrenzen zu wahren, die das *BVerfG* in der Lissabon-Entscheidung gezogen hat²².

Damit sind die rechtlichen Rahmenbedingungen markiert. Sie lassen Raum für ökonomisch sinnvolles Handeln, stehen aber für sich. Solange sich die zuständigen Organe nicht zur Änderung dieser Regeln bereit finden, beanspruchen die Regeln Geltung und Beachtung – auch und gerade unabhängig davon, wie gegenwärtige Regierungen und Gesetzgeber die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit des Bail-out-Verbots einschätzen²³.

*

Der Autor *Kube* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz; der Autor *Reimer* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europäisches und Internationales Steuerrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

1

Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen zum Erhalt der für die Finanzstabilität in der Währungsunion erforderlichen Zahlungsfähigkeit der Hellenischen Republik (WFStG) v. 7. 5. 2010, BGBl I 2010, 537.

2

BT-Dr 17/1740, 1.

3

Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates v. 11. 5. 2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABIEU Nr. L 118, S. 1.

4

BT-Dr 17/1685, S. 4.

5

BT-Dr 17/1740, S. 3.

6

Hierzu näher *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, 4. Erg.-Lfg. (Stand: Okt. 2009) Art. 101 EGV Rdnr. 7; *Hattenberger*, in: *J. Schwarze*, EU-Kommentar, 2. Aufl. (2009), Art. 101 EGV Rdnr. 7; *Gnan*, in: v. der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. (2003), Art. 101 EGV Rdnr. 26.

7

Hierzu allg. *Engsig Sørensen*, Abuse of Rights in Community Law: A Principle of substance or merely Rhetoric, in: CMLR 2006, 423.

8

EuGH, Slg.1996I857 = BeckRS 2004, 74128 – Inzo; Slg.1996I5063 = BeckRS 2004, 75976 – Denavit Internationaal BV u.a.; Slg.1997I4161 = EuZW 1997, 658 – Leur-Bloem; Slg.2005I1599 = DStRE 2005, 596 – Fini H; ferner drei wegweisende Urteile v. 21. 2. 2006: Slg.2006I1609 = DStRE 2006, 420 – Halifax u.a.; Slg.2006I1685 = DStRE 2006, 424 – BUPA; Slg.2006I1751 = DStRE 2006, 1139 – University of Huddersfield. Zu Parallelentscheidungen außerhalb des Steuerrechts s. *Wolfgang Schön*, Gestaltungsmissbrauch im europäischen Steuerrecht, IStR-Beih. zu H. 2/1996, S. 1ff.; und

demnächst *Niemann*, Der allgemeine europarechtliche Missbrauchsvorbehalt nach der Rechtsprechung des EuGH (in Vorbereitung).

9
Statt aller *EuGH*, Slg.2006I7995 = EuZW 2006, 633 – Cadbury Schweppes.

10
Vgl. in diesem Sinne etwa *EuGH*, EuZW 2009, 739 Rdnr. 31 – Fallimento Olimpclub: Vorrang gemeinschaftsrechtlicher Normen zur Missbrauchsabwehr vor begünstigenden mitgliedstaatlichen Normen.

11
S. etwa zu Art. 115 II GG *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG, 57. Erg.-Lfg. (Stand: Jan. 2010), Art. 115 Rdnrn. 61, 71 und 128.

12
Erwägungsgrund 1 der Verordnung (o. Fußn. 3).

13
Das sog. magische Viereck (§ 1 Stabilitätsgesetz).

14
Kube, in: Maunz/Dürig (o. Fußn. 11), Art. 115 Rdnr. 124.

15
Zutr. Kritik bei *Siekman*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. (2009), Art. 115 Rdnr. 21.

16
Kube, in: Maunz/Dürig, GG (o. Fußn. 11), Art. 115 Rdnr. 230.

17
Der Vorwirkungsanspruch ergibt sich mithin aus dem Telos der Regelungen selbst; hierzu verwandt, aber zugleich abzugrenzen, ist die mögliche Vorwirkung von Gesetzentwürfen, auf die *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, ausführlich eingeht.

18
Einfachrechtlich konkretisiert freilich § 9 II G 115 die Soll-Vorgabe des Art. 143d I 6 GG als Pflicht zum Abbau des Defizits in gleichmäßigen Schritten, was die Argumentation noch unterstützt.

19
Wie kaum eine andere Vorschrift haben Art. 109 und Art. 115 GG im Laufe der Zeit textliche Präzisierungen erfahren, die etwa im Fall des Art 109 III 4 GG n.F. inzwischen eine Auslegungsgenauigkeit auf die zweite Nachkommastelle erfordern und damit eine signifikant erhöhte gerichtliche Prüfungsdichte nahelegen (*Seiler*, JZ 2009, 721 [723]; *Reimer*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK-GG, Ed. 6 [Stand: 1. 2. 2010], Art. 109 Rdnr. 8).

20
Prokisch, Die Justiziabilität der Finanzverfassung, 1993; *Vogel/Waldhoff*, in: BK-GG, 145. Erg.-Lfg. (Stand: April 2010), Vorb. Art 104a–115 Rdnrn. 622ff. = *dies.*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts, 1999, S. 411ff.

21
Zum Verhältnis zwischen zukunftswirksamer Staatsverschuldung und dem Demokratieprinzip als Prinzip der Herrschaft auf Zeit kritisch bereits *Püttner*, Staatsverschuldung als Rechtsproblem, 1980, S. 10ff.; auch *P. Kirchhof*, in: v. *Arnim/Littmann* (Hrsg.), Finanzpolitik im Umbruch: Zur Konsolidierung öffentlicher Haushalte, 1984, S. 271 (277); *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 474, 523; *Isensee*, in: Festschr. f. K. H. Friauf, 1996, S. 705 (706f.); *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 304f.; *Pünder*, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR V, 3. Aufl. (2007), § 123 Rdnrn. 58f.

22
BVerfGE 123, 267 (361f.) = NJW 2009, 2267 (2274f.); s. auch *Peter-Christian Müller-Graff*, FAZ v. 20. 5. 2010, S. 8.

23

Im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz hat das *BVerfG* den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch Beschluss vom 9. 6. 2010 (2 BvR 1099/10, BeckRS 2010, 49704) auf Grund einer Folgenabwägung, nicht wegen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Begehrens in der Hauptsache, abgelehnt; das Hauptsacheverfahren ist anhängig.