

Refinanzierung des ESM bei der EZB

Welche Grenzen setzt das Recht?

Rechtsgutachten im Vorfeld der BVerfG-Entscheidung
am 12. September 2012

Das Rechtsgutachten wurde erstellt im Auftrag von
DIE FAMILIENUNTERNEHMER - ASU.

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. | Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht,
Europarecht, Finanz- und Steuerrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

29. August 2012

Kontakt

Bundesgeschäftsstelle Berlin
DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU e. V.
Charlottenstraße 24 | 10117 Berlin

Dr. Daniel Mitrenga

Tel. 030 300 65-412 | Fax 030 300 65-390
mitrenga@familienunternehmer.eu

Dr. Peer-Robin Paulus

Tel. 030 300 65-220 | Fax 030 300 65-390
paulus@familienunternehmer.eu

www.familienunternehmer.eu

Anmerkungen

Refinanzierung des ESM bei der EZB

Welche Grenzen setzt das Recht?

Vorsicht: Der ESM wird mehr können als er soll.

Noch während das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung dazu vorbereitet, ob es zum bereits vom Bundestag und vom Bundesrat akzeptierten ESM-Vertragsentwurf vorläufigen Rechtsschutz gewähren soll, haben DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU ein Gutachten erstellen lassen: Erlaubt der ESM-Vertrag eine Refinanzierung des ESM über die EZB wie bei einer Bank? Und wenn ja, dürfte dann die EZB dabei mittun? Die Frage ist heikel, denn von einem ESM mit einer (quasi) Bank-Lizenz war im Zuge des Ratifizierungsverfahrens nie die Rede gewesen. Die Antwort ist auch heikel. Sie lautet: Ja. Ja, der ESM kann sich über die EZB refinanzieren, sofern auf den, in Deutschland inzwischen schon fast ratifizierten, ESM-Vertragstext abgestellt wird.

Zu diesem ersten Ergebnis kommt der Staats-, Europa- und Finanzrechtler Professor Dr. Hanno Kube von der Universität Mainz.

Damit sind die Behauptungen der jüngeren Zeit falsifiziert, wonach der ESM sich nicht bei der EZB werde refinanzieren können, da er doch „keine Bank“ sei.

Rückblickend darf man wohl davon ausgehen, dass die (2/3) Mehrheit im Bundestag und auch die im Bundesrat sich dessen nicht bewusst gewesen sein werden, dass mit dem ESM-Vertrag bereits - konkludent - eine Banklizenz für den ESM bzw. eine Refinanzierbarkeit des ESM über die EZB ermöglicht worden ist. Beide Häuser haben der Ratifizierung des ESM-Vertrages zugestimmt – im guten Glauben und ohne zu wissen, was hier bereits inkludiert war. Davon ist nach allen bisherigen öffentlichen Stellungnahmen zu diesem Thema auszugehen.

Der ESM kann mehr als er können sollte. Das heißt aber auch: Der ESM kann mehr als er darf. Denn nach dem EU-Primärrecht (z.B. im AEUV) ist eine solche EZB-Refinanzierungsmöglichkeit verboten, wie Prof. Kube in seinem Gutachten weiter ausführt.

Für die anhängigen Klagen bedeutet dies folgendes:

Aus beidem ergibt sich für das BVerfG, das am 12. September eine Entscheidung fällen wird, folgendes: Es ist hier in einer historisch neuartigen Ausnahmesituation. Zwei Verfassungsorgane haben mit verfassungsändernder Mehrheit etwas beschlossen, was sie anders zu beschließen glaubten, weil sie in einem Unwissen handelten, dieses in Bezug auf eine „Banklizenz“ o. ä. m.

Sie befanden sich damit – zivilrechtlich gesprochen – in einer Art „Erklärungsirrtum“, als sie dem Ratifizierungsgesetz mit 2/3-Mehrheit zustimmten. Und der ESM widerspricht gemäß

dem jetzt vorliegenden ESM-Vertrag dem EU-Primärrecht, das wiederum Teil der verfassungsmäßigen Ordnung auch der Bundesrepublik Deutschland ist.

Für das BVerfG gewinnen diese Überlegungen im Rahmen der anhängigen Verfahren, die ganz überwiegend Verfassungsbeschwerden sind, an folgenden Stellen unmittelbare Prüf-Relevanz:

Grundrechtsverletzung I:

Der ESM-Vertrag ermöglicht die Refinanzierung des ESM bei der EZB wie auf der Grundlage einer Banklizenz. Der – beinahe ratifizierte - ESM-Vertrag und auch die geltende EZB-Satzung versperren nicht (bzw. nicht nachhaltig) den Weg in eine künftige ESM-EZB-Refinanzierung. Vielmehr lädt der ESM-Vertrag in seiner gegenwärtigen Fassung geradezu dazu ein. Damit ist nicht ein Vertrag Gegenstand des Ratifizierungsgesetzes geworden, dem die gemäß Art. 38 GG gewählten Volksvertreter mit vollem Wissen über den Entwurf zugestimmt haben. Denn eine „Banklizenz“ oder ähnliches für den ESM wurde bei der Diskussion im Bundestag nicht gesehen und damit auch gar nicht thematisiert. Dieses Problem des nicht, nicht vollständig oder falsch informierten Abgeordneten des Bundestages betrifft anhängige Verfassungsbeschwerden aus den Grundrechten aus Art. 20 und 38 GG.

Grundrechtsverletzung II:

Eine weitere grundrechtliche Verletzung ist auch darin zu sehen, dass mit dem ESM-Vertrag EU-Primärrecht, wenn nicht ausgehöhlt, so doch gefährdet wird. Damit sind ergänzend auch die Grundrechte auf Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung, Art. 19 IV und 20 III GG berührt. Die in Art. 20 III GG geschützte „verfassungsmäßige Ordnung“ umfasst auch das Gemeinschaftsrecht gemäß Art. 23, 24 GG.

Jedenfalls der ESM-Vertrag, möglichst auch die EZB-Satzung, müssen mit dem EU-Primärrecht deutlich so vereinbar gemacht werden, dass von keiner Quelle des Sekundärrechts Gefahr für dieses ausgeht. Das EU-Primärrecht verbietet eine Refinanzierung des ESM durch die EZB. Der ESM-Vertrag darf diesen (primär-)rechtlichen Deich nicht in Frage stellen oder aufweichen.

Politische Forderungen von DIE FAMILIENUNTERNEHMER

1) Es darf nicht dabei bleiben, dass der ESM, weil lückenhaft und missverständlich formuliert, und das in Kenntnis der EU-Rechtswirklichkeit seit 2010, mehr kann als er nach EU-Primärrecht darf. Seit dem 8. Mai 2010 wurde EU-Recht im Zweifel immer so ausgelegt wie es einer Politik der Haftungsvergemeinschaftung möglichst weit entgegen kam. Auch beim EZB-Rat verhindert derzeit lediglich ein mit einfacher Mehrheit änderbarer interner Leitlinien-Beschluss die Staatsfinanzierung über eine ESM-Kapitalisierung durch die Zentralbank. In Gefahr sind hier noch stärker als bisher die Stabilitätsbestimmungen in Art. 123 ff. AEUV. Der ESM darf so nicht ratifiziert werden. Er bleibt nachzuverhandeln, erneut zu beschließen und ggf. neu zu ratifizieren. Der ESM-Vertrag darf in dieser Form sowie Lückenhaftigkeit nicht in Kraft treten.

Auch Schadensbegrenzungen im Rahmen etwa eines deutschen Begleitgesetzes bieten keine hinreichend effizienten Eindämmungen für völkerrechtlich vereinbarte Risiken-Übernahmen.

2) Über das hier aufgezeigte Risiko einer (Re-)Kapitalisierung des ESM durch die EZB bleibt die Einrichtung eines Rettungsmechanismus dieser Art auch generell zu kritisieren und zu ändern:

Auch der ESM wird - wie der Rettungsschirm EFSF - keine strikte Konditionalität aufweisen. Der Gestaltungsspielraum, gemeinschaftlich bereitgestellte Gelder oder auch nur Garantien eines Rettungsschirmes wie dem ESM für nicht genau definierte Ereignisse zu verwenden, ist groß. Dies schmälert vor allem den Reformdruck in potentiellen Empfängerländer. Der ESM ist derart breit in seinen Einsatzmöglichkeiten konstruiert, dass der Abruf von Mitteln sehr wahrscheinlich und eben nicht eine Ausnahme bleiben wird. Der ESM setzt politische Fehlanreize, da die ESM-Mittel eine Vergemeinschaftung der Haftung für Staatsschulden bedeuten. Der ESM ist eben kein Mechanismus, der in einer marktwirtschaftlichen Logik eine Umschuldung unter Einbeziehung von Gläubigern und Anteilignern ermöglicht. Die Zeit seit Beginn der Krise wurde nicht genutzt, um einen Umschuldungsmechanismus für Euro-Länder zu entwickeln. Im Gegenteil ermöglicht der ESM de facto überschuldeten Staaten die Verschleppung von Umschuldungen und die willkürliche Stützung insolventer nationaler Banken.

Dies ist nicht das Fundament auf dem sich eine Gemeinschaftswährung solide entwickeln kann. Deutschland ist für sich zu klein, um im 21. Jahrhundert zu bestehen. Gerade deshalb brauchen wir eine durch intakte Anreizsetzung starke Europäische Union.

**Refinanzierung des Europäischen
Stabilitätsmechanismus
bei der Europäischen Zentralbank –
Europarechtliche Möglichkeiten und Grenzen**

Rechtsgutachten

Gliederung des Gutachtens

A. Ausgangslage und Gutachtenauftrag

B. Ermächtigung des ESM zur Kapitalaufnahme bei der EZB nach Maßgabe des ESM-Vertrags

- I. Befugnis zur Kapitalaufnahme gemäß Art. 3 Satz 2 i. V. m. Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag
- II. Beschluss des Gouverneursrats mit qualifizierter Mehrheit
- III. Zustimmungsvorbehalt des Bundestages

C. Ermächtigung der EZB zur Refinanzierung des ESM nach Maßgabe der ESZB/EZB-Satzung

- I. Befugnis zur Kreditvergabe gemäß Art. 18.1. ESZB/EZB-Satzung
- II. Art. 1 der Leitlinie der EZB vom 20.9.2011 i. V. m. Anhang I
- III. Beschluss des EZB-Rats mit einfacher Mehrheit
- IV. Bezugnahme auf Art. 123 AEUV in Art. 21.1. ESZB/EZB-Satzung

D. Verstoß gegen EU-Primärrecht

- I. Reichweite des Art. 136 Abs. 3 AEUV
- II. Verstoß gegen Art. 123 Abs. 1, 1. Alt AEUV wegen Staatsfinanzierung durch die EZB
- III. Verstoß gegen Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 1, Art. 282 Abs. 2 Satz 2 AEUV wegen Abkehr der EZB vom vorrangigen Ziel der Preisstabilität
- IV. Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV wegen Haftungs begründung jenseits des Rahmens des ESM
- V. Infragestellung der Rechtsgemeinschaft
- VI. Erforderliche Klarstellung auf vertrags- und satzungsrechtlicher Ebene

E. Gesamtergebnis

A. Ausgangslage und Gutachtauftrag

Im Angesicht der politischen Entwicklungen der jüngeren und jüngsten Vergangenheit wird verstärkt darauf hingewiesen, dass der Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag)¹ Haftungsrisiken für die Vertragsstaaten begründe, die über das Volumen ihrer Anteile am genehmigten Stammkapital des ESM zum Nennwert hinausgehen (für den Fall der Bundesrepublik Deutschland rund 190 Mrd. Euro).

Ein wesentlicher Gesichtspunkt ist dabei die seit einiger Zeit diskutierte Perspektive einer praktisch unbeschränkten Refinanzierung des ESM bei der Europäischen Zentralbank (EZB), die in Betracht kommt, wenn und soweit die EZB den ESM im Rahmen ihrer Offenmarkt und Refinanzierungspolitik² als zulässigen Geschäftspartner einordnet und die vom ESM aufgekauften Staatsanleihen als Sicherheiten akzeptiert. Die Beschränkung der mitgliedstaatlichen Haftung auf den jeweiligen Anteil am genehmigten Stammkapital des ESM könnte in diesem Fall dadurch ausgehebelt werden, dass ganz erhebliche zusätzliche Haftungsrisiken bei der EZB und damit letztlich bei deren Mitgliedern entstehen, die anteilig für die Verbindlichkeiten der EZB haften³.

Vor diesem Hintergrund hat mich der Wirtschaftsverband DIE FAMILIENUNTERNEHMER – ASU um die rechtsgutachtliche Prüfung folgender Fragen gebeten:

- Braucht der ESM gemäß dem von Bundestag und Bundesrat bereits verabschiedeten ESM-Vertragsentwurf noch eine Banklizenz, um sich bei der EZB (in beliebiger Höhe) refinanzieren zu können? Oder kann der ESM dies schon nach jetzigem Vertragsentwurf, sobald dieser von genügend Vertragsstaaten ratifiziert worden sein wird?
- Kann die EZB nach jetzigem, für sie einschlägigem Recht (EZB-Statut, AEUV) mit dem künftigen ESM Kreditgeschäfte (zu dessen Refinanzierung) abschließen, und zwar a) mit einer ausdrücklichen Banklizenz des ESM oder b) auch ohne eine solche?

Die gutachtliche Prüfung gliedert sich in drei große Abschnitte. Zunächst ist auf die im ESM-Vertrag angelegten Befugnisse des ESM mit Blick auf eine Refinanzierung bei der EZB einzugehen (unter B.). Sodann ist – unter Zugrundelegung der Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank (ESZB/EZB-Satzung)⁴ – zu behandeln, ob und inwieweit die EZB zur Refinanzierung des ESM ermächtigt ist (unter C.). Im dritten Teil sind darauf die Vorgaben des EU-Primärrechts an eine Refinanzierung des ESM bei der EZB anzulegen (unter D.). Die Prüfung schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (unter E.).

¹ Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 02.02.2012, abgedruckt unter BTDRs. 17/9045, S. 6 ff.

² Dazu ausführlich Hahn/Häde, Währungsrecht, 2. Aufl. 2010, S. 170 ff.

³ Zum großen Volumen der auf diesem Wege vorstellbaren Hebelung der ESM-Mittel Sester, EWS 2012, S. 80 (87), der auf den geringen Sicherheitsabschlag auf Staatsanleihen im Rahmen von Kreditgeschäften und Rückkaufvereinbarungen nach EZB-Regeln hinweist.

⁴ Protokoll (Nr. 4) über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank, ABl. EU vom 30. 3. 2010, Nr. C 83/230.

B. Ermächtigung des ESM zur Kapitalaufnahme bei der EZB nach Maßgabe des ESM-Vertrags

I. Befugnis zur Kapitalaufnahme gemäß Art. 3 Satz 2 i. V. m. Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag

Nach Art. 3 Satz 1 ESM-Vertrag ist es der Zweck des ESM, „Finanzmittel zu mobilisieren und ESM-Mitgliedern, die schwerwiegende Finanzierungsprobleme haben oder denen solche Probleme drohen, unter strikten, dem gewählten Finanzhilfeeinstrument angemessenen Auflagen eine Stabilitätshilfe bereitzustellen, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt und seiner Mitgliedstaaten unabdingbar ist.“ Zu diesem Zweck stehen dem ESM die nach Art. 8 Abs. 2 ESM-Vertrag anfänglich einzubezahlenden sowie die nach Art. 9 ESM-Vertrag jederzeit abrufbaren Anteile am Stammkapital zur Verfügung. Darüber hinaus benennt Art. 3 Satz 2 ESM-Vertrag weitere, dem Zweck des ESM dienende Befugnisse. So ist der ESM „berechtigt, Mittel aufzunehmen, indem er Finanzinstrumente begibt oder mit ESM-Mitgliedern, Finanzinstituten oder sonstigen Dritten finanzielle oder sonstige Vereinbarungen oder Übereinkünfte schließt“. Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag konkretisiert Letzteres dahingehend, dass der ESM befugt ist, „zur Erfüllung seiner Aufgaben an den Kapitalmärkten bei Banken, Finanzinstituten oder sonstigen Personen und Institutionen Kapital aufzunehmen“. Dem Wortlaut nach⁵ kann die Refinanzierung des ESM über die EZB als Form der Kapitalaufnahme jedenfalls bei einem „sonstigen Dritten“ angesehen werden. Die Subsumtion der Kapitalaufnahme des ESM bei der EZB unter Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag entspricht auch dem Telos dieser Vorschrift, dies im Lichte der übergeordneten Zwecksetzung von Art. 3 Satz 1 ESM-Vertrag. Denn die Kapitalaufnahme erweitert das zur Verfügung stehende Ausleihvolumen des ESM und damit die Möglichkeiten der Gewährung von Finanzhilfen.

Eine historische Auslegung führt an dieser Stelle nicht weiter. Weder aus den Erwägungsgründen zum ESM-Vertrag noch aus sonstigen Materialien⁶ lassen sich, soweit ersichtlich, konkrete Schlüsse darüber ziehen, ob die Vertragsparteien bei der Ausgestaltung von Art. 21 Abs. 1 des Vertrages auch eine Refinanzierung bei der EZB erwogen haben⁷.

In systematischer Hinsicht ist hier schließlich die Regelung des Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag mit zu berücksichtigen, die im Gesamtrahmen des Art. 32 ESM-Vertrag steht, der die Überschrift „Rechtsstatus, Vorrechte und Befreiungen“ trägt. Nach Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag ist der ESM „von jeglicher Zulassungs- oder Lizenzierungspflicht, die nach dem Recht eines ESM-Mitglieds für Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsunternehmen oder

⁵ Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge nach Wortlaut, Telos, Systematik, und Historie (vgl. Art. 31 WVRK) Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, S. 137 ff.; Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, S. 168 ff.; Herdegen, Völkerrecht, 11. Aufl. 2012, S. 129 ff.; v. Arnould, Völkerrecht, 2012, S. 87 f.

⁶ Auch die unter BT-Drs. 17/9045, S. 29 ff. abgedruckte Denkschrift enthält zu Art. 21 ESM-Vertrag keinerlei Ausführungen.

⁷ Das weitgehende Fehlen öffentlich zugänglicher Dokumente über die Vertragsverhandlungen, also das intergouvernementale Verhandeln hinter verschlossenen Türen, erschwert die Rechtsfindung insoweit in rechtsstaatlich durchaus problematischer Weise.

sonstige der Zulassungs- oder Lizenzierungspflicht sowie der Regulierung unterliegende Unternehmen gilt, befreit“. Die Vorschriften des Art. 32 ESM-Vertrag dienen insgesamt dazu, „dem ESM die Erfüllung seines Zwecks zu ermöglichen“ (Art. 32 Abs. 1 Satz 1 ESM-Vertrag). Hierzu soll der ESM in allen Mitgliedstaaten über volle Rechtspersönlichkeit verfügen, rechts- und geschäftsfähig sein; der ESM, sein Eigentum, seine Mittelausstattung und seine Vermögenswerte sollen von gerichtlichen Verfahren wie auch von Durchsuchungen und ähnlichen Maßnahmen immun sein; seine Archive und Geschäftsräume haben als unverletzlich zu gelten. In diesem Zusammenhang steht auch Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag. Die Vorschrift zielt darauf ab, dem ESM die Verfolgung seines Zwecks dadurch zu erleichtern, dass er von jeglichen mitgliedstaatlichen Zulassungs- und Lizenzierungspflichten im Bereich des Bankensektors wie auch allgemein der regulierten Wirtschaft befreit ist. Unter bankenaufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten bedeutet dies insbesondere, dass der ESM in den Mitgliedstaaten keiner Banklizenz bedarf. Im Hinblick auf eine mögliche Refinanzierung des ESM bei der EZB wirft der Bedeutungsgehalt von Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag Fragen auf. So befreit die Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur von mitgliedstaatlichen, nicht aber von europarechtlich begründeten Lizenzierungserfordernissen. Weiterhin ist zu beachten, dass die materielle Reichweite der Befreiung durch die Zwecksetzung des ESM (Art. 32 Abs. 1 ESM-Vertrag) begrenzt ist. Schließlich ist zu erwägen, ob das Recht des ESZB und der EZB die Refinanzierung bei der EZB überhaupt unter den Vorbehalt einer Banklizenz stellt. Diese Fragen können im Rahmen der hier gegenständlichen systematischen Auslegung von Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag jedoch dahinstehen. Denn unter dem Gesichtspunkt der Ausstrahlungswirkung von Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag auf Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag lässt sich doch jedenfalls feststellen, dass Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag die eine Refinanzierungsmöglichkeit bei der EZB bejahende Auslegung von Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag tendenziell unterstützt, dieser Auslegung aber auf keinen Fall entgegensteht. Auf die Frage, ob die Refinanzierung bei der EZB eine Banklizenz erfordert, ist an späterer Stelle, bei Anlegung des Regelungsregimes der EZB, zurückzukommen⁸. So lässt sich zusammenfassen, dass die grammatikalische und die teleologische, ergänzend auch die systematische Auslegung von Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag insgesamt deutlich dafür sprechen, dass sich der ESM nach Maßgabe des ESM-Vertrags bei der EZB refinanzieren können soll. Die historische Auslegung ist ohne Ertrag und steht diesem Ergebnis nicht entgegen.

⁸ Siehe unten C. I.

II. Beschluss des Gouverneursrats mit qualifizierter Mehrheit

Zur Entscheidungskompetenz verhält sich innerhalb des Art. 21 ESM-Vertrag nur dessen Abs. 2, wonach „die Modalitäten der Anleiheoperationen ... vom Geschäftsführenden Direktor in Einklang mit den vom Direktorium zu beschließenden detaillierten Leitlinien festgelegt“ werden.

Als Anleiheoperation in diesem Sinne ist auch die Kapitalaufnahme bei der EZB zu betrachten⁹. Die Festlegung der „Modalitäten“ der Anleiheoperationen dürfte jedoch nicht die Entscheidung über das Ob einer – zumal umfangreicheren – Anleihebegebung umfassen. Hierauf deutet das Profil des Geschäftsführenden Direktors nach Art. 7 ESM-Vertrag (Führung der „laufenden Geschäfte“ nach Weisung des Direktoriums, Art. 7 Abs. 5 ESM-Vertrag) in Gegenüberstellung zur Bedeutung derartiger Operationen hin. In Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag ist dementsprechend von einer Zuständigkeit des „ESM“ zur Kapitalaufnahme die Rede.

Dies verweist in kompetenzieller Hinsicht auf die Bestimmungen in Art. 5 und 6 ESM-Vertrag. Grundsätzlich zuständig ist nach Art. 6 Abs. 6 ESM-Vertrag das Direktorium, soweit nicht eine Zuständigkeit des Gouverneursrats aus Art. 5 ESM-Vertrag herzuleiten ist. In Betracht kommt hier allein die Regelung des Art. 5 Abs. 7 lit. n ESM-Vertrag, nach der der Gouverneursrat mit qualifizierter Mehrheit von 80 Prozent der abgegebenen Stimmen (Art. 4 Abs. 5 ESM-Vertrag) „sonstige erforderliche Beschlüsse“ fasst, „die in diesem Vertrag nicht ausdrücklich genannt sind“¹⁰. „Erforderlich“ kann ein Beschluss des Gouverneursrats vor allem wegen der Bedeutung des Gegenstandes erscheinen. Von einer derartigen Bedeutung ist im Fall jeglicher Kreditaufnahme des ESM in nicht unerheblicher Höhe auszugehen. Soll Kapital bei der EZB aufgenommen werden, hat dies somit der Gouverneursrat mit qualifizierter Mehrheit zu beschließen. Nach Maßgabe des ESM-Vertrags ist dieser Beschluss nicht vom vorherigen Abschluss entsprechender mitgliedstaatlicher Verfahren abhängig (vgl. allein Art. 10 Abs. 1 ESM-Vertrag).

III. Zustimmungsvorbehalt des Bundestages

Im Rahmen des deutschen Rechts ist zu beachten, dass der deutsche Vertreter im Gouverneursrat jedenfalls nicht unerheblichen Kapitalaufnahmen des ESM bei der EZB nur nach vorheriger Zustimmung des Plenums des Bundestages zustimmen dürfte, weil die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Bundestages in einer Angelegenheit des ESM betroffen wäre (§ 4 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 des Gesetzes zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz)¹¹), namentlich infolge des gesteigerten deutschen Haftungsrisikos im Bereich der EZB¹².

⁹ Dies umso mehr bei Berücksichtigung des englischsprachigen Vertragstextes, wo allgemein von „borrowing operations“ die Rede ist.

¹⁰ Die dem Gouverneursrat zugewiesene Kompetenz zur Beschlussfassung über die Gewährung von Hilfen (Art. 5 Abs. 6 lit. f ESM-Vertrag) umfasst dagegen nicht die Kompetenz zur Entscheidung über die (Re-)Finanzierungsform.

¹¹ Siehe BT-Drs. 17/9048 und BT-Drs. 17/10126.

¹² Vgl. Nettesheim, EuR 2011, S. 765 (779 f.), der eine unmittelbare „Haushaltswirksamkeit“ bei entsprechender Hebelung der EFSF verneint, zugleich aber auf die „Gesamtbelastung“ infolge der Anteilseignerschaft an der EZB hinweist und insofern die absoluten Höchstgrenzen verfassungsrechtlich zulässiger Verpflichtungen „schon bei einem geringen Hebelsatz erreicht“ sieht.

C. Ermächtigung der EZB zur Refinanzierung des ESM nach Maßgabe der ESZB/EZB-Satzung

I. Befugnis zur Kreditvergabe gemäß Art. 18.1. ESZB/EZB-Satzung

Die in Art. 129 Abs. 2 AEUV angelegte ESZB/EZB-Satzung regelt in Art. 18.1. Folgendes:

„Zur Erreichung der Ziele des ESZB und zur Erfüllung seiner Aufgaben können die EZB und die nationalen Zentralbanken auf den Finanzmärkten tätig werden, indem sie auf Euro oder sonstige Währungen lautende Forderungen und börsengängige Wertpapiere sowie Edelmetalle endgültig (per Kasse oder Termin) oder im Rahmen von Rückkaufsvereinbarungen kaufen und verkaufen oder entsprechende Darlehensgeschäfte tätigen; Kreditgeschäfte mit Kreditinstituten und anderen Marktteilnehmern abschließen, wobei für die Darlehen ausreichende Sicherheiten zu stellen sind.“ Der EZB ist die Kreditvergabe gegen ausreichende Sicherheiten also nicht nur an Kreditinstitute, sondern auch an „andere Marktteilnehmer“ gestattet. Der ESM kann durchaus als ein solcher, anderer Marktteilnehmer angesehen werden. Ob es zur Kreditvergabe an den ESM kommt, hängt insoweit allein von der Bereitschaft der EZB ab, den ESM als Geschäftspartner und die von ihm angebotenen Sicherheiten (Staatsanleihen) als notenbankfähig anzuerkennen. Auf das Bestehen einer Banklizenz kommt es auf dieser Regelungsebene also von vornherein nicht an¹³; die genaue Reichweite von Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag kann wiederum dahingestellt bleiben¹⁴. Art. 18.1. ESZB/EZB-Satzung trägt insoweit die Refinanzierung des ESM.

II. Art. 1 der Leitlinie der EZB vom 20.9.2011 i. V. m. Anhang I

Nach Art. 18.2. ESZB/EZB-Satzung stellt „die EZB ... allgemeine Grundsätze für ihre eigenen Offenmarkt- und Kreditgeschäfte und die der nationalen Zentralbanken auf; hierzu gehören auch die Grundsätze für die Bekanntmachung der Bedingungen, zu denen sie bereit sind, derartige Geschäfte abzuschließen“.

Diese allgemeinen Grundsätze¹⁵ sind zuletzt in einer Leitlinie¹⁶ der EZB vom 20.9.2011¹⁷ konkretisiert worden, die in Art. 1 für die einheitliche Geldpolitik auf die Anhänge I und II verweist. Der mit „Die Durchführung der Geldpolitik im Euro-Währungsgebiet. Allgemeine Regelungen für die geldpolitischen Instrumente und Verfahren des Eurosystems“ überschriebene Anhang I verhält sich in Kapitel 2 zu den zugelassenen Geschäftspartnern¹⁸. Geschäftspartner bei den geldpolitischen Geschäften des Eurosystems müssen danach bestimmte allgemeine Zulassungskriterien erfüllen. So müssen sie in das Mindestreserve-

¹³ Wenn Kampeter, Deutsche Haftung für ESM bleibt begrenzt, in: FAZ vom 3.8.2012 betont, dass es sich beim ESM um eine internationale Institution und nicht um eine Bank handelt, um zu begründen, dass die Kapitalaufnahme nicht möglich sei, setzt er sich über die Weite von Art. 18 Abs. 1 der ESZB/EZB-Satzung hinweg.

¹⁴ Vgl. oben B. I.

¹⁵ Zu dieser Handlungsform Hahn/Häde, Währungsrecht, 2. Aufl. 2010, S. 196 f.

¹⁶ Dazu Hahn/Häde, Währungsrecht, 2. Aufl. 2010, S. 195 f.

¹⁷ Leitlinie der Europäischen Zentralbank vom 20.9.2011 über geldpolitische Instrumente und Verfahren des Eurosystems (Neufassung) (EZB/2011/14), ABI. EU vom 14.12.2011, Nr. L 331/1.

¹⁸ Siehe auch Hahn/Häde, Währungsrecht, 2. Aufl. 2010, S. 174.

system des Eurosystems einbezogen sein (Art. 19.1. ESZB/EZB-Satzung). Es muss sich um finanziell solide Institute handeln, die zumindest einer Form der auf Unions- bzw. EWR-Ebene harmonisierten Aufsicht durch die nationalen Behörden unterliegen. Schließlich müssen die Geschäftspartner auch sämtliche operationalen Kriterien erfüllen, die in vertraglichen oder öffentlich-rechtlichen Regelungen der betreffenden nationalen Zentralbank (NZB) oder der EZB niedergelegt sind, um eine effiziente Durchführung der geldpolitischen Geschäfte des Eurosystems zu gewährleisten.

Selbst unter Berücksichtigung von Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag erfüllt der ESM nach Maßgabe des ESM-Vertrags diese Kriterien nicht. Dies gilt insbesondere für die Anforderung an die Einbeziehung in das Mindestreservesystem¹⁹. Die Leitlinie steht der Refinanzierung des ESM durch die EZB also entgegen²⁰.

III. Beschluss des EZB-Rats mit einfacher Mehrheit

Allerdings könnte die – ohnehin nur Innenwirkung entfaltende – Leitlinie auf Grundlage des Satzungsrechts des ESZB und der EZB jederzeit durch einfachen Mehrheitsbeschluss des EZB-Rats (Art. 10.2 und Art. 12.1. ESZB/EZB-Satzung) geändert werden, um dem ESM Zugang zur Refinanzierung bei der EZB zu verschaffen.

Dementsprechend könnten gegebenenfalls auch die in der Leitlinie niedergelegten Anforderungen an die bereitzustellenden Sicherheiten (Kapitel 6 des Anhangs I: „Notenbankfähige Sicherheiten“) angepasst werden.

IV. Bezugnahme auf Art. 123 AEUV in Art. 21.1. ESZB/EZB-Satzung

Ergänzend ist allerdings zu berücksichtigen, dass Art. 21 ESZB/EZB-Satzung auf Art. 123 AEUV verweist, wonach „Überziehungs- oder andere Kreditfazilitäten bei der EZB oder den nationalen Zentralbanken für Organe, Einrichtungen oder sonstige Stellen der Union, Zentralregierungen, regionale oder lokale Gebietskörperschaften oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder öffentliche Unternehmen der Mitgliedstaaten ebenso verboten“ sind (1. Alt.) „wie der unmittelbare Erwerb von Schuldtiteln von diesen durch die EZB oder die nationalen Zentralbanken“ (2. Alt.). Art. 21.3. ESZB/EZB-Satzung verweist seinerseits auf Art. 123 Abs. 2 AEUV; die Bestimmungen des Art. 21 ESZB/EZB-Satzung gelten daher „nicht für Kreditinstitute in öffentlichem Eigentum; diese werden von der jeweiligen nationalen Zentralbank

¹⁹ Zu diesem System, auch zu der von der EZB geführten und veröffentlichten Liste der mindestreservspflichtigen Kreditinstitute, Hahn/Häde, Währungsrecht, 2. Aufl. 2010, S. 175 ff.

²⁰ Implizit ebenso Nettessheim, EuR 2011, S. 765 (779), der mit Blick auf eine Refinanzierung der EFSF bei der EZB auf die Eigenkapitalanforderungen hinweist, „die an die EFSF zu richten wären“ und die ihren „Handlungsspielraum reduzieren“ würden.

und der EZB, was die Bereitstellung von Zentralbankgeld betrifft, wie private Kreditinstitute behandelt“²¹.

Dies wirft die Frage auf, ob Art. 123 AEUV durch Art. 21 ESZB/EZB-Satzung in das Satzungsrecht inkorporiert wird und wie ein solchermaßen inkorporiertes Recht zu – dem nicht inkorporierten Gehalt des – Art. 136 Abs. 3 AEUV stünde. Weiterhin fragt sich, unter welchen Voraussetzungen Art. 21 ESZB/EZB-Satzung geändert werden könnte. Diese Fragen können vorliegend aber dahingestellt bleiben, weil und soweit Art. 123 AEUV den hier gegenständlichen Sachverhalt ohnehin auf EU-primärrechtlicher Ebene regiert. Welche Bedeutung der Norminhalt des Art. 123 AEUV für die Refinanzierung des ESM bei der EZB hat, wird deshalb im Folgenden im Rahmen der Anlegung der EU-primärrechtlichen Maßstäbe behandelt (siehe sogleich unter D. II.).

²¹ Nach Art. 21.2. können „die EZB und die nationalen Zentralbanken ... als Fiskalagent für die in Artikel 21.1 bezeichneten Stellen tätig werden“. Unabhängig von der Frage, ob von den in Art. 21.1. (und damit Art. 123 Abs. 1 AEUV) genannten Stellen auch der ESM umfasst ist, kann festgestellt werden, dass die Tätigkeit als Fiskalagent von vornherein von der Tätigkeit als Kreditgeber zu unterscheiden ist.

D. Verstoß gegen EU-Primärrecht

Es bleibt danach zu prüfen, ob die Refinanzierung des ESM mittels Kapitalaufnahme bei der EZB durch höherrangige Normen eingeschränkt ist. Solche Beschränkungen könnten sich insbesondere aus den Vorschriften der Art. 119 ff. AEUV über die Wirtschafts- und Währungspolitik ergeben.

I. Reichweite des Art. 136 Abs. 3 AEUV

Nach der neu in den AEUV aufzunehmenden, in Deutschland ebenso wie der ESM und der Fiskalpakt durch Zustimmungsgesetz zu beschließenden Vorschrift des Art. 136 Abs. 3 AEUV²² können die Euro-Staaten „einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren. Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen.“

Art. 136 Abs. 3 AEUV bindet den ESM an das unionale Primärrecht an. Die Errichtung des völkervertraglichen ESM ist den Euro-Staaten durch Art. 136 Abs. 3 AEUV gleichwohl nicht aufgegeben, sondern nur erlaubt. Art. 136 Abs. 3 Satz 1 AEUV hat insofern die Funktion, die Mitgliedstaaten von einem möglichen Verbot entsprechenden, international koordinierten Handelns außerhalb der Unionsverträge freizustellen. Materiellrechtlich befreit Art. 136 Abs. 3 Satz 1 AEUV die Euro-Staaten, nicht dagegen die Union und die EZB, im Rahmen des Mechanismus darüber hinaus vom Verbot des Art. 125 AEUV (Verbot des Bail-out) wie auch vom Verbot des Art. 123 Abs. 1 AEUV²³, soweit diese Vorschrift erweiternd als auch an die Mitgliedstaaten gerichtetes Verbot der Kreditvergabe zu nicht marktüblichen Konditionen verstanden werden kann²⁴.

Die EZB ist danach in jedem Fall, ob im oder außerhalb des Gegenstandsbereichs des ESM, durch Art. 123 AEUV und durch das sonstige, sie adressierende Primärrecht gebunden. Die Mitgliedstaaten sind ihrerseits nur insoweit von den materiellrechtlichen Vorgaben der Art. 123 und 125 AEUV befreit, als sie sich innerhalb des Stabilitätsmechanismus im Sinne von Art. 136 Abs. 3 AEUV bewegen. Dies ist der folgenden Subsumtion zugrunde zu legen.

²² Siehe BT-Drs. 17/9047 und BT-Drs. 17/10159.

²³ Zu diesen Wirkungen Kube, WM 2012, S. 245 (246).

²⁴ Letzteres ist umstritten; vielfach wird vertreten, dass Adressaten des Art. 123 Abs. 1 AEUV ausschließlich die EZB und die nationalen Zentralbanken sind; bei dieser Lesart relativiert Art. 136 Abs. 3 AEUV die Vorgabe des Art. 123 Abs. 1 AEUV von vornherein nicht; dazu einerseits Kube/Reimer, NJW 2010, S. 1911 (1912); Rathke, DÖV 2011, S. 753 (754); andererseits Wieland, NVwZ 2011, S. 340 (341); Calliess, ZEuS 2011, S. 213 (254 f.).

II. Verstoß gegen Art. 123 Abs. 1, 1. Alt AEUV wegen Staatsfinanzierung durch die EZB

Art. 123 Abs. 1, 1. Alt. AEUV untersagt „Überziehungs- und andere Kreditfazilitäten bei der Europäischen Zentralbank ... für ... Zentralregierungen, regionale oder lokale Gebietskörperschaften oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder öffentliche Unternehmen der Mitgliedstaaten“. Ausgenommen sind von diesem Kreditfinanzierungsverbot allein „Kreditinstitute in öffentlichem Eigentum“, die die EZB „wie private Kreditinstitute behandelt“ (Art. 123 Abs. 2 AEUV). Nimmt der ESM bei der EZB Kapital auf, ist Art. 123 Abs. 1, 1. Alt. AEUV bei rein formaler Betrachtungsweise nicht betroffen, weil der ESM als Rechtsperson von den Mitgliedstaaten als seinen Mitgliedern zu unterscheiden ist. In der Sache dient der ESM aber ausschließlich dazu, Finanzmittel zu mobilisieren, um diese an notleidende Mitgliedstaaten auszureichen (Art. 3 ESM-Vertrag). Mittel, die der ESM aufnimmt, werden also völkervertraglich zwingend zugunsten einzelner Mitgliedstaaten eingesetzt. Aufgrund dieser Zweckbindung muss die Kreditaufnahme des ESM bei der EZB der Kreditaufnahme eines Mitgliedstaats bei der EZB gleichgesetzt werden. Normativ speist sich dies aus einer teleologischen Interpretation von Art. 123 Abs. 1, 1. Alt. AEUV, der eine monetäre Staatsfinanzierung mittels der Notenpresse zu unterbinden bestimmt ist. Jede Kapitalaufnahme des ESM bei der EZB verstößt daher gegen Art. 123 Abs. 1, 1. Alt. AEUV und ist somit ungeachtet der vertrags- und satzungsmäßigen Spielräume für eine solche Kapitalaufnahme (siehe oben B. und C.) rechtswidrig. Rechtfertigungsgründe oder sonstige Ausnahmen kommen nicht in Betracht²⁵. Die EZB selbst hat dies in einer Stellungnahme vom 17.03.2011 ebenso beurteilt²⁶:

„Während die EZB gemäß Artikel 21.2 der Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbanken (nachfolgend „ESZB-Satzung“) in der gleichen Weise wie im Rahmen der Fazilität des mittelfristigen finanziellen Beistands der Union, des EFSM und der EFSF als Fiskalagent für den ESM handeln darf, würde Artikel 123 AEUV in Bezug auf die Rolle der EZB und des Eurosystems dem ESM nicht erlauben, ein Geschäftspartner des Eurosystems im Sinne von Artikel 18 der ESZB-Satzung zu werden. Bezüglich des Letzteren erinnert die EZB daran, dass das Verbot der monetären Finanzierung in Artikel 123 AEUV sowohl aus Gründen der Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten als auch zur Erhaltung der Integrität der einheitlichen Geldpolitik und der Unabhängigkeit der EZB und des Eurosystems eine der Säulen der Rechtsstruktur der WWU ist.“

Strukturell ist die Problematik vergleichbar mit der Problematik der vorübergehend eingerichteten EFSF (Europäische Finanzstabilisierungsfazilität) im Hinblick auf das Bail-out-Verbot des Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV (vor Geltung von Art. 136 Abs. 3 AEUV). Denn die Anteilseigner der EFSF besichern nicht etwa die an die notleidenden Mitgliedstaaten

²⁵ Art. 125 Abs. 2 AEUV erlaubt lediglich verbotskonkretisierende Vorschriften, Art. 122 Abs. 2 AEUV ermöglicht allein finanziellen Beistand durch die Union. Weitergehenden allgemeinen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen (Verweis auf die allgemeinen Vertragsziele, Loyalität, Solidarität) ist von vornherein mit Skepsis zu begegnen, da die Vorschriften der Art. 119 ff. AEUV für ihren Gegenstandsbereich abschließende Regelungen treffen.

²⁶ Stellungnahme der Europäischen Zentralbank vom 17. März 2011 zu einem Entwurf des Beschlusses des Europäischen Rates zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (CON/2011/24), ABl. EU vom 11.5.2011, Nr. C 140/8.

ausgereichten Darlehen, sondern vielmehr die Darlehen, die die EFSF zur Refinanzierung der Hilfestellung aufgenommen hat. Auch diese Form der back-to-back-Finanzierung ist materiell zu betrachten mit der Folge, dass die Konstruktion nach weithin geteilter Anschauung²⁷ wegen Verstoßes gegen Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV europarechtswidrig ist.

Zu ergänzen ist, dass die Besicherung der Kapitalaufnahme des ESM bei der EZB durch aufgekaufte Staatsanleihen zudem Art. 123 Abs. 1, 2. Alt. AEUV berührt, das an die EZB gerichtete Verbot, unmittelbar Schuldtitel von den Mitgliedstaaten zu erwerben; dies insoweit, als der Primär- und der Sekundärmarkt für Staatsanleihen angesichts der gesetzten Vertrauenstatbestände verschwimmen und sich das Sicherungsgeschäft bei vor auszusehender Risikoverwirklichung effektiv als Kaufgeschäft einordnen lässt.

III. Verstoß gegen Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 1, Art. 282 Abs. 2 Satz 2 AEUV wegen Abkehr der EZB vom vorrangigen Ziel der Preisstabilität

„Vorrangiges Ziel“ des ESZB ist es nach Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 1, Art. 282 Abs. 2 Satz 2 AEUV, „die Preisstabilität zu gewährleisten“. Die Preisstabilität, auf die das ESZB primärrechtlich zwingend vorrangig festgelegt ist und die auch die Geschäftsgrundlage der Mitwirkung Deutschlands am ESZB war und ist²⁸, ist vom Begriff der Systemstabilität zu unterscheiden, der in der jüngeren Diskussion in den Vordergrund gerückt wird, als solcher aber keine rechtliche Grundlage hat.

Je stärker sich die EZB im Bereich der direkten oder indirekten Staatsfinanzierung engagiert, also eine fiskalpolitische Aufgabe wahrnimmt, desto deutlicher entfernt sie sich zugleich von ihrer geldpolitischen Aufgabe. Denn die mit der Staatsfinanzierung einhergehende Ausweitung der Geldmenge nimmt auf die Preisstabilität effektiv kaum Rücksicht. Die EZB begibt sich damit – auf politischen Druck hin – immer mehr auf ein Gebiet, auf dem sie keine rechtliche Kompetenz hat, und vernachlässigt das rechtlich Gebotene²⁹.

Konkrete Verstöße gegen Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 1, Art. 282 Abs. 2 Satz 2 AEUV sind grundsätzlich schwer festzustellen, weil der Maßstab vergleichsweise unbestimmt bleibt. Zugleich aber handelt es sich um einen im Gefüge des ESZB zentralen, rechtsverbindlichen und justiziablen Maßstab³⁰, der sich der direkten oder auch – durch hybride Konstruktionen und hochtrabende Rhetorik – verschleierte Abwendung vom vorrangigen Ziel der Preisstabilität wirksam entgegenhalten lässt. Es spricht sehr viel dafür, dass das Stabilitätsgebot bei einer erheblichen EZB-seitigen Kreditfinanzierung des ESM und damit der Krisenstaaten zur fiskalischen Nothilfe endgültig verletzt wird³¹.

²⁷ Etwa Kube/Reimer, NJW 2010, S. 1911 (1913 f.); dies., ZG Bd. 26 (2011), S. 332 (336); Rathke, DÖV 2011, S. 753 (754); zögerlich Calliess, ZEuS 2011, S. 213 (266).

²⁸ BVerfGE 89, 155 (200 ff.).

²⁹ Dazu auch Blankart, Die Euro-Zauberlehrlinge, in: FAZ vom 13.8.2012.

³⁰ Zur Bindungswirkung Häde, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 127 Rdnr. 2 und 6.

³¹ Von einem möglichen „Missbrauch“ spricht auch Sester, EWS 2012, S. 80 (87).

Dies gilt umso mehr deshalb, weil die EZB bei dieser Gestaltung nur eingeschränkt Einfluss auf die Fiskalpolitik der unterstützten Länder erlangen könnte (siehe Art. 13 Abs. 1 ESM-Vertrag)³².

IV. Verstoß gegen Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV wegen Haftungs begründung jenseits des Rahmens des ESM

Gemäß Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV haftet ein Mitgliedstaat „nicht für die Verbindlichkeiten ... eines anderen Mitgliedstaats und tritt nicht für derartige Verbindlichkeiten ein...“ Die Nobail-out-Klausel, die seit längerem im Mittelpunkt der EU-rechtlichen Diskussion um die europäische Staatsschuldenkrise steht, soll nach Art. 136 Abs. 3 AEUV im Rahmen des ESM keine Anwendung haben (siehe oben D. I.). Zur Sicherung der Stabilität der Euro-Staaten soll es in diesem Rahmen vielmehr zu einer gegenseitigen Haftungsübernahme kommen können.

Eine derartige, im Umfang begrenzte Haftungsübernahme haben die Euro-Staaten dementsprechend beschlossen und im ESM-Vertrag festgeschrieben. Jenseits des ESM und der für ihn charakteristischen, für die Zustimmung der Mitglieder ausschlaggebenden begrenzten gegenseitigen Haftung (siehe den nachdrücklich formulierten Art. 8 Abs. 5 ESM-Vertrag) bleibt es dagegen beim Bail-out-Verbot des Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV. Nimmt der ESM nun Kapital bei der EZB auf, um dieses Kapital an notleidende Mitgliedstaaten auszureichen, und hinterlegt er zur Sicherheit Staatsanleihen, die in ihrer Bonität fragwürdig sind, wird ein zusätzliches, im Volumen entgrenztes Haftungsrisiko bei der EZB und damit letztlich bei deren Mitgliedern begründet (vgl. Art. 33.2. ESZB/EZB-Satzung). Eine solche Haftungsentgrenzung, von der rund 27 Prozent durch Deutschland zu tragen wäre, ist von Art. 136 Abs. 3 AEUV nicht gedeckt. Sie verstößt gegen Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV. Rechtfertigungsgründe sind wiederum nicht ersichtlich (siehe bereits oben D. II.).

V. Infragestellung der Rechtsgemeinschaft

Käme es aufgrund der vertrags- und satzungsmäßigen Rechtsgrundlagen des ESM und der EZB (siehe oben B. und C.) zu einer Refinanzierung des ESM durch die EZB, verstieße diese Refinanzierung somit in mehrfacher Weise massiv gegen das EU-Primärrecht (siehe oben D.). Erneut würde sich die EU-Politik in bewusster und eklatanter Form über die Union konstituierenden Rechtsgrundlagen hinwegsetzen. Als Rechtsgemeinschaft wäre die Europäische Union damit endgültig in Frage gestellt. In Deutschland erschiene die 1992 mit ganz anderer, optimistischer Perspektive konzipierte Zielbestimmung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG in neuem Licht. Wenn Deutschland sich in dieser Zielbestimmung darauf festlegt und damit auch seinen europäischen Partnern verspricht, zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei der Entwicklung der Europäischen Union mitzuwirken, die unter anderem rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtet ist, fragt sich, was dies bedeuten kann, wenn sich die Union und andere Mitgliedstaaten in fundamentaler Weise von rechtsstaatlichen Grundsätzen abwenden; dies dadurch, dass sie das geltende Vertragsrecht, seit 60 Jahren

³² Dies gibt, bezüglich des früheren Vorschlags einer Refinanzierung der EFSF bei der EZB, auch Nettesheim, EuR 2011, S. 765 (779 Fußn. 65) zu bedenken; zum Umfang des Einflusses auch Sester, EWS 2012, S. 80 (86 f.).

die gemeinsame Sprache, das eigentlich Verbindende zwischen den Partnern, als lästige, sachgerechten Lösungen entgegenstehende und deshalb abzustreifende Fessel erscheinen lassen³³.

Die Abwendung vom Recht führt zu Maßstablosigkeit, zur Durchsetzung politischer Interessen je nach den Machtverhältnissen, in Finanzfragen zum Obsiegen der Verantwortungslosigkeit gerade auch dann, wenn die Verantwortungslosigkeit in der Mehrheit ist. Willkür und Ungerechtigkeit begründen Verdruss und innere Abkehr. Nichts ist dem großartigen Projekt der europäischen Integration abträglicher.

VI. Erforderliche Klarstellung auf vertrags- und satzungsrechtlicher Ebene

Vor diesem Hintergrund ist eine Klarstellung auf vertrags- und satzungsrechtlicher Ebene dringend erforderlich, die es ausschließt, dass die beteiligten Institutionen die Ermächtigungsgrundlagen im ESM-Vertrag und in der ESZB/EZB-Satzung unter Verstoß gegen das EU-Primärrecht nutzen. Wenngleich diese Ermächtigungsgrundlagen die Refinanzierung des ESM bei der EZB unter Berücksichtigung des höherrangigen EU-Primärrechts freilich schon nach gegenwärtiger Rechtslage nicht tragen, lassen es die Erfahrungen der Vergangenheit angezeigt erscheinen, dies im Wortlaut der Ermächtigungsgrundlagen ausdrücklich zu verankern. Nur so kann sichergestellt werden, dass sich die Institutionen nicht auf vermeintliche Unklarheiten des EU-Primärrechts berufen oder dieses gänzlich ignorieren, um ihr Finanzierungsziel zu erreichen. So ist Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag um die Feststellung zu ergänzen, dass eine Kapitalaufnahme bei der EZB unzulässig ist.

Die EZB hat schon im März 2011 zur Verbotswirkung von Art. 123 Abs. 1 AEUV gegenüber einer Refinanzierung des ESM Stellung genommen³⁴, was zu begrüßen ist. Rechtsstaatlich geboten ist darüber hinaus eine entsprechende Ergänzung von Art. 18.1. oder Art. 21 ESZB/EZB-Satzung.

Diese Normklarstellung kann Zweifel am Willen der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten, die Unionsverträge zu befolgen, ausräumen, das Vertrauen der Bürger in die Rechtstreue in Europa neu stärken und damit der europäischen Integration besser dienen, als dies Finanztransfers jemals könnten³⁵.

Doch auch ohne die Klarstellung ist die Refinanzierung des ESM bei der EZB in jedem Fall EU-primärrechtlich verboten.

³³ Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Griechenlandhilfe angedeutet, dass eine Mitwirkung deutscher Staatsgewalt an EU-primärrechtswidrigen Maßnahmen auf Unionsebene zugleich verfassungswidrig sein kann; BVerfG, NJW 2011, S. 2946 (2949).

³⁴ Siehe oben D. II.

³⁵ Siehe Kirchhof, Verfassungsnot!, in: FAZ v. 12.7.2012 („Eine Instabilität des Rechts wiegt schwerer als eine Instabilität der Finanzen.“).

E. Gesamtergebnis

1. Art. 21 Abs. 1 ESM-Vertrag erlaubt dem ESM – vorbehaltlich des EU-Primärrechts (siehe sogleich unter 3. ff.) – die Kapitalaufnahme bei der EZB; dies nach Maßgabe von Wortlaut und Telos der Vorschrift, ergänzend auch unter Berücksichtigung von Art. 32 Abs. 9 ESM-Vertrag, der den ESM von mitgliedstaatlichen Erfordernissen einer Banklizenz befreit. Soll Kapital bei der EZB aufgenommen werden, bedarf es eines entsprechenden Beschlusses des Gouverneursrats des ESM mit qualifizierter Mehrheit von 80 Prozent der abgegebenen Stimmen (Art. 4 Abs. 5, Art. 5 Abs. 7 lit. n ESM-Vertrag). Die Stimmabgabe des deutschen Vertreters im Gouverneursrat erforderte die vorherige Zustimmung des Plenums des Bundestages, dies jedenfalls bei nicht unerheblichem Volumen der Kapitalaufnahme (§ 4 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 ESM-Finanzierungsgesetz).
2. Art. 18.1. ESZB/EZB-Satzung erlaubt der EZB die Kreditvergabe an den ESM als „anderen Marktteilnehmer“ gegen ausreichende Sicherheiten, dies wiederum vorbehaltlich des EU-Primärrechts (siehe sogleich unter 3. ff.). Die in einer Leitlinie der EZB niedergelegten Anforderungen an die Geschäftspartner im Eurosystem erfüllt der ESM zwar nicht. Doch kann diese Leitlinie jederzeit durch einen mit einfacher Mehrheit zu fassenden Beschluss des EZB-Rats geändert werden, um dem ESM Zugang zur Refinanzierung bei der EZB zu verschaffen.

Ergänzend ist allerdings zu berücksichtigen, dass in Art. 21 ESZB/EZB- Satzung auf Art. 123 AEUV verwiesen wird. Welcher Natur dieser Verweis ist und wie er zu Art. 136 Abs. 3 AEUV steht, kann vorliegend offen bleiben, weil eine mögliche Refinanzierung des ESM durch die EZB ohnehin am EU-Primärrecht zu messen ist und Art. 123 AEUV in diesem Rahmen (siehe sogleich unter 3. ff.) angelegt wird.

3. Art. 136 Abs. 3 AEUV befreit die Euro-Staaten, nicht dagegen die Union und die EZB, im Rahmen des ESM von Art. 123 und 125 AEUV.
4. Reicht die EZB Kredite an den ESM aus, die der ESM nach seiner Zwecksetzung (Art. 3 ESM-Vertrag) an notleidende Mitgliedstaaten weiterreicht, verstößt dies – nach Maßgabe einer teleologischen Interpretation – gegen Art. 123 Abs. 1, 1. Alt AEUV, das Verbot der Staatsfinanzierung durch EZB-Kredite. Die EZB hat dies in einer Stellungnahme von März 2011 ebenso beurteilt. Soweit sich die Besicherung der Kredite durch Staatsanleihen bei voraussehender Risikoverwirklichung als effektiver Kauf dieser Anleihen durch die EZB einordnen lässt, ist zugleich Art. 123 Abs. 1, 2. Alt. AEUV berührt, zumal der Primär- und der Sekundärmarkt für Staatsanleihen angesichts der gesetzten Vertrauenstatbestände verschwimmen.
5. Bei einer Kreditfinanzierung des ESM verstößt die EZB darüber hinaus gegen die in Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 1 und Art. 282 Abs. 2 Satz 2 AEUV festgeschriebene Verpflichtung auf das vorrangige Ziel der Preisstabilität. Denn die fiskalpolitische Zwecksetzung des Handelns tritt hier ganz deutlich in den Vordergrund.

6. Schließlich ist zu bedenken, dass Art. 136 Abs. 3 AEUV die Euro-Staaten nur im Rahmen des ESM, der durch gegenseitige Hilfe im Umfang einer begrenzten Haftung gekennzeichnet ist, von Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV (Bail-out-Verbot) freistellt. Nimmt der ESM Kapital bei der EZB auf, wird ein zusätzliches, im Volumen entgrenztes Haftungsrisiko bei der EZB und damit bei ihren Mitgliedern geschaffen. Eine solche Haftungsentgrenzung ist von Art. 136 Abs. 3 AEUV nicht gedeckt, verstößt mithin gegen Art. 125 Abs. 1 Satz 2 AEUV.
7. Käme es aufgrund der vertrags- und satzungsmäßigen Rechtsgrundlagen des ESM und der EZB zu einer Refinanzierung des ESM durch die EZB, verstieße diese Refinanzierung somit in mehrfacher Weise klar gegen EU-Primärrecht. Als Rechtsgemeinschaft stünde die Europäische Union damit noch stärker als bislang schon in Frage.
8. Vor diesem Hintergrund muss das hier einschlägige Vertrags- und Satzungsrecht klarstellend an das EU-Primärrecht angepasst werden, um zu vermeiden, dass die beteiligten Institutionen die Ermächtigungsgrundlagen im ESM-Vertrag und in der ESZB/EZB-Satzung unter Verstoß gegen das EU-Primärrecht nutzen. So ist im Wortlaut von Art. 21 ESM-Vertrag und von Art. 18.1. oder Art. 21 ESZB/EZB-Satzung zu verdeutlichen, dass eine Refinanzierung des ESM bei der EZB unzulässig ist. Doch auch ohne diese Klarstellung ist die Refinanzierung des ESM bei der EZB EU-primärrechtlich in jedem Fall verboten.

Eltville am Rhein, den 21. August 2012
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M.