

Rechtsanwalt Dr. Jens Brauneck*

Verändert Corona den rechtlichen Konsens der Europäischen Finanzverfassung?

Das Prinzip der Solidarität vs Konditionalität

Ist solidarische EU-Hilfe ohne nennenswerte Auflagen erlaubt, die weitgehend sicherstellen würden, dass die Stabilität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten dabei nicht in wirtschaftliche Gefahr gerät? Die vom Europäischen Rat beschlossenen Hilfsmaßnahmen zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise werden als historischer Kompromiss gefeiert, dürften die Europäische Finanzverfassung aber tiefgreifend umgestalten, ohne sie dabei formell anzutasten. Das politische Ermessen der Europäischen Kommission und die öffentliche Meinung haben zu einer schrittweisen Neutralisierung des Prinzips einer konditionierenden, soliden Haushaltspolitik durch weite Auslegung des Solidaritätsprinzips geführt. Damit könnte der Europäischen Union ein völlig neues Gepräge verliehen werden, das nicht nur eine Schuldenunion deutlich näherbringen, sondern wesentliche Stabilitätsgrundsätze der Europäischen Verträge aufgeben würde.

I. Einleitung

Für Bundeskanzlerin Merkel ist „Europäische Solidarität (...) nicht einfach nur eine humane Geste, sondern eine nachhaltige Investition.“ Europäischer Zusammenhalt sei nicht nur etwas, das politisch geboten sei, sondern etwas, das sich lohne. Damit Europagegner die Corona-Krise nicht für ihre Zwecke missbrauchen können, sei es wichtig und richtig, „dass die besonders von der Krise betroffenen Regionen und vor allem die Menschen, die dort leben, auf unsere Solidarität zählen können.“ Sie sei überzeugt, dass jeder in der Krise zur außergewöhnlichen Solidarität bereit sei, Deutschland sei es.¹ Hingegen scheitert eine Politik, die auf Mitleid gründet, Hannah Arendt zufolge daran, stabile demokratische Verhältnisse zu erzeugen, Emotionen und Politik stünden in einem Verhältnis gegenseitiger Destruktion.² Zur Bewältigung der Corona-Krise bringt die Europäische Union milliardenschwere Hilfsprogramme auf den Weg. Erstmals sollen Zuschüsse und Kredite ohne nennenswerte Bedingungen ausgereicht werden. Das hat eine öffentliche

Diskussion um die Vergemeinschaftung der hierfür aufzunehmenden Schulden ausgelöst, die – jenseits der juristischen Frage nach der Unionsrechtskonformität einer gesamtschuldnerischen bzw. anteilmäßigen Haftung der Mitgliedstaaten („Euro-“ bzw. „Corona-Bonds“)³ – grundlegende rechtliche Veränderungen entfalten könnte. Das vom EuGH in seinem Pringle-Urteil⁴ entscheidend hervorgehobene Prinzip der Konditionalität einer soliden Haushaltspolitik als Stabilitätsgrundsatz der Wirtschafts- und Währungsunion gerät immer stärker zugunsten des Solidaritätsprinzips unter Druck.

1. Das Solidaritätsprinzip und die normative Kraft des Faktischen

Im Jahr 2016 zeigte Hilpold sich überrascht, wie sehr die Diskussion um die Flüchtlingskrise geeignet war, Emotionen zu wecken, wenn auf das Solidaritätsprinzip Bezug genommen wurde. Zugleich warnte er davor, dessen reziproke Natur aufzugeben und Solidarität primär als Verpflichtung zu verstehen, altruistisch zu handeln und vorhandene Ressourcen umzuverteilen, um zB über eine Transferunion die Budgetsünden eines Mitgliedstaates zentral zu kompensieren. Dies könne die Funktionsfähigkeit der EU und den Grundkonsens gefährden, auf dem diese ruhe.⁵ Dass Solidarität heute so häufig beschworen und eingefordert werde wie selten zuvor, hielt Nettesheim im Jahr 2018, also ebenfalls

* Der Verf. ist Rechtsanwalt in Neuss.

1 Rede von Bundeskanzlerin Merkel zur deutschen EU-Ratspräsidentschaft 2020 vor dem Europäischen Parlament am 8.7.2020 in Brüssel, <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/rede-von-bundeskanzlerin-merkel-zur-deutschen-eu-ratspraesidentschaft-2020-vor-dem-europaeischen-parlament-am-8-juli-2020-in-bruessel-1767368>.

2 Mohrman, Affekt und Revolution: Politisches Handeln nach Arendt und Kant, 2015, 45.

3 Siehe zur unionsrechtlichen Zulässigkeit von Corona-Bonds Brauneck, WM 2020, 2209.

4 EuGH, C-372/12, ECLI:EU:C:2012:756 = NVwZ 2013, 49 – Pringle.

5 Hilpold, EuR 2016, 373.

noch vor der Corona-Krise, fest. Über Solidarität werde in juristisch-vertraglichen Kontexten, im politischen Prozess und im gesellschaftlichen Zusammenleben gesprochen. „Das ist kein gutes Zeichen“. Die Beschreibung guter politischer Gemeinschaften komme allerdings weiterhin nicht ohne diesen Begriff aus.⁶ Quasi im vorausseilenden Gegenzug stellte Potacs schon 2013 anlässlich der Einführung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) durch Art. 136 III AEUV fest, dass das Prinzip der staatlichen Eigenverantwortlichkeit ein gutes Stück zurückgenommen worden sei. „Es handelt sich dabei wohl um ein Paradebeispiel der von Jelinek so genannten „normativen Kraft des Faktischen““. Allerdings sei auch zu konstatieren, dass diese Gewichtsverlagerung zugunsten des Solidaritätsprinzips nicht allzu weitgehend erfolgt sei.⁷ Ahnungsvoll fügte er hinzu, die Situation könne sich freilich ändern, wenn gänzlich neue Formen der „Solidarisierung“ geschaffen würden, wie etwa die von Frankreich präferierte Vergemeinschaftung der Schulden in Form von Eurobonds oder ein gemeinsamer Schuldentilgungsfonds.⁸

2. Aktuelle Hilfsvorhaben

Nun ist es soweit. Die Präsidentin der Europäischen Zentralbank (EZB), *Christine Lagarde*, bezeichnet die Coronavirus-Pandemie als einen „extrem gravierenden wirtschaftlichen Schock, der eine ambitionierte, koordinierte und sofortige Reaktion der Politik an allen Fronten erfordert, damit betroffene Menschen und Unternehmen Unterstützung erhalten.“ Der Schock betreffe alle Länder und alle Teile der Gesellschaft, im Grunde sei ein Großteil der Wirtschaft vorübergehend lahmgelegt. Hier müsse mit Maßnahmen der öffentlichen Hand geholfen werden. Darum habe der EZB-Rat (zunächst) eine neue Pandemie-Notfallankaufprogramm (PEPP) mit einem Gesamtumfang von 750 Mrd. Euro angekündigt, das bis Ende des Jahres zur Verfügung stehe,⁹ zwischenzeitlich erhöht auf 1.350 Mrd. Euro.¹⁰

a) *Vorschläge*. Deutschland und Frankreich haben vorgeschlagen, dass die EU zur Bewältigung der Corona-Krise 500 Mrd. Euro an den Finanzmärkten aufnehme und damit einen zeitlich befristeten Wiederaufbaufonds finanziert, der das Geld anschließend als nicht rückzahlbaren Zuschuss an die Mitgliedstaaten ausreicht.¹¹ Wenig später hat die EU-Kommission einen Wiederaufbaufonds (Next Generation EU) iHv 750 Mrd. Euro vorgeschlagen,¹² von denen 500 Mrd. Euro als nicht rückzahlbare Zuwendungen und 250 Mrd. Euro als Kredite fließen sollen.¹³ Dabei müssen die Mitgliedstaaten nationale Aufbau- und Resilienzpläne als Teil ihrer nationalen Reformprogramme vorlegen, die von der Kommission danach bewertet werden sollen, ob sie die wettbewerbshaltige Nachhaltigkeit, die wirtschaftliche und soziale Resilienz, nachhaltiges Wachstum und die grüne und die digitale Wende der Mitgliedstaaten fördern.¹⁴ Von einer konditionierenden nationalen Haushaltsdisziplin zwischen diesen Plänen und dem Fluss der Mittel ist dort hingegen nicht die Rede. Nach den Vorstellungen des Präsidenten Europäischen Rates findet die Überprüfung der mitgliedstaatlichen Pläne zwar unter der Überschrift „Governance und Konditionalität“ statt, aber auch nicht im Zusammenhang mit Haushaltsdisziplin und sogar erst 2022 statt,¹⁵ wenn der Mittelfluss schon begonnen haben dürfte. Die aus Anleiheemissionen der Kommission aufgenommenen Mittel werden aus künftigen EU-Haushaltsplänen gedeckt werden, deren Rückzahlung soll durch zusätzliche neue, noch vorzuschlagende Eigenmittel erleichtert werden.¹⁶ Als Rechtsgrundlage für die Finanzierung ihres Vorschlags gibt die Kommission den Eigenmittelbeschluss nach Art. 311 III

AEUV an.¹⁷ Gemäß Art. 311 I UAbs. 2 AEUV wird der Haushalt der Union unbeschadet der sonstigen Einnahmen vollständig aus Eigenmitteln finanziert.

b) *Einigung des Europäischen Rates*. Im Ergebnis einigte sich der Europäische Rat am 21.7.2020 auf „Next Generation EU“ mit einem Gesamtvolumen von 750 Mrd. Euro, davon allerdings 390 Mrd. in Zuschüssen und 360 Mrd. in Krediten – ohne echte Konditionen, allerdings sollen letztlich Kommission, nationale Regierungen und Rat zusammen über die Auszahlung entscheiden.¹⁸ Aus diesen Schlussfolgerungen des Europäischen Rates ist das Aufbauinstrument „Next Generation EU“ (VO [EU] 2020/2094 vom 14.12.2020) geschaffen worden, dessen Durchführung durch Einrichtung einer Aufbau- und Resilienzfazilität erfolgt (VO [EU] 2021/241 v. 12.2.2021). Der Mittelfluss hängt von nationalen Reformplänen auf der Grundlage der Empfehlungen des Europäischen Semesters ab, die Pläne werden von der Kommission bewertet und müssen im Rat mit qualifizierter Mehrheit gebilligt werden.¹⁹ Das *BVerfG* hat am 15.4.2021 einen Eilantrag gegen das deutsche Ratifizierungsgesetz abgelehnt.²⁰ Als erstes EU-Mitglied hat Portugal im April 2021 einen Aufbau- und Resilienzplan offiziell bei der EU-Kommission eingereicht, die ersten Zahlungen für alle Pläne sollen bis Sommer 2021 erfolgen.²¹ Diese von den Mitgliedstaaten vorzulegenden Aufbau- und Resilienzpläne für die Jahre 2021–2023 sollten ursprünglich allerdings erst 2022 überprüft und erforderlichenfalls angepasst werden, um der endgültigen Mittelzuweisung für 2023 Rechnung zu tragen.²² Die Kommission bewertet diese Pläne innerhalb von zwei Monaten, wobei die Kriterien Übereinstimmung mit den länderspezifischen Empfehlungen sowie Stärkung des Wachstumspotenzials, Schaffung von Arbeitsplätzen und wirtschaftliche und soziale Resilienz des Mitgliedstaats die höchste Punktzahl bei ihrer Bewertung erhalten müssen.²³ Von einer konditionierenden nationalen Haushaltspolitik ist auch dort nicht die Rede, vor dem Hintergrund des Schutzes der

6 *Nettesheim*, Konzeptionen und Dimensionen von Solidarität im Recht der Europäischen Union, 2018, 2.

7 *Potacs*, EuR 2013, 133 (141, 142).

8 *Potacs*, EuR 2013, 133 (143).

9 *Lagarde*, Der EZB-Blog – Unsere Reaktion auf den Coronavirus-Notfall, 19.3.2020, https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2020/html/ecb.blog200319~11f421e25_e_de.html.

10 *Lagarde/De Guindos*, Pressekonferenz v. 10.9.2020, https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2020/html/ecb.is200910~5c43e3a591_de.html.

11 *Kafsack*, Zukunft der EU – Sind das Corona-Bonds durch die Hintertür?, 19.5.2020, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eu-wiederaufbaufonds-sind-das-corona-bonds-durch-die-hintertuer-16776900.html>.

12 Europäische Kommission, Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan, 27.5.2020, COM(2020) 442 final.

13 *Beckmann*, Vorschlag der EU-Kommission – Wie der Wiederaufbaufonds aussehen könnte, 27.5.2020, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/wiederaufbaufonds-eu-101.html>.

14 Europäische Kommission, 27.5.2020, ANNEX, COM(2020) 442 final, 2.

15 *Michel*, Vorschlag des Präsidenten, 10.7.2020, <https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/european-council/2020/07/17-18/>.

16 Europäische Kommission, Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan, 27.5.2020, COM(2020) 442 final, 17.

17 Europäische Kommission, Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan, 27.5.2020, COM(2020) 442 final, 16.

18 N.N., EU-Gipfel einigt sich auf Mrd.-Finanzpaket, 21.7.2020, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/deal-in-bruessel-eu-gipfel-einigt-sich-auf-milliarden-finanzpaket-16869710.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2.

19 *RiosMorgan*, EU-Rat einigt sich: Einschnitte im Haushalt, wenig Drängen auf Rechtsstaatlichkeit, 21.7.2020, <https://www.euractiv.de/section/eu-innenpolitik/news/eu-rat-einigt-sich-einschnitte-im-haushalt-wenig-draengen-auf-rechtsstaatlichkeit/>.

20 *BVerfG*, Pressemitteilung v. 21.4.2021 Nr. 29/2021.

21 EU-Kommission, Pressemitteilung v. 22.4.2021, IP/21/1869.

22 Europäischer Rat, EUCO 10/20, 21.7.2020, 5, A18.

23 Europäischer Rat, EUCO 10/20, 21.7.2020, 5, A18.

finanziellen Interessen der Union und der Achtung der Rechtsstaatlichkeit lediglich von einer Konditionalitätsregelung zum Schutz des (EU-)Haushalts und von „Next Generation EU“, bei Verstößen schlägt die Kommission Maßnahmen vor, die der Rat mit qualifizierter Mehrheit annimmt.²⁴ Die Anrufung des Europäischen Rats durch einen Mitgliedstaat setzt voraus, dass dieser die Mittelvergabe für nicht regelkonform hält.²⁵

3. Motiv der Solidarität

„Rückbesinnung auf Ziele und Leitimperative tut not in Zeiten der Krise“ – ausgehend vom Lehman-Jahr 2008 als Krisenschaltjahr und der von der Kommission in der Verkettung von Finanzkrise – Staatsschuldenkrise – Vertrauenskrise gesehenen Bedrohung für das EU-Modell der sozialen Marktwirtschaft.²⁶ Im Jahr 2020 betont die Kommission, dass ihr Plan für den Wiederaufbau Europas auf dem Fundament der gemeinsamen Grundsätze und Werte der Union steht und auf Solidarität und Gerechtigkeit beruht.²⁷ Eine zügige Einigung hierüber werde die europäische Solidarität und Entschlossenheit in einer Zeit, in der die Herausforderungen kaum größer sein könnten, bekräftigen.²⁸ Um die Wettbewerbsfähigkeit, die Resilienz und die Position Europas als globaler Akteur zu stärken, müsse der Wiederaufbau in Europa von Solidarität, Zusammenhalt und Konvergenz getragen sein. „Kein Mensch, keine Region und kein Mitgliedstaat sollte auf der Strecke bleiben.“²⁹ Die EU müsse bei der Bekämpfung von COVID-19 weiterhin Solidarität mit ihren Partnern in der ganzen Welt unter Beweis stellen.³⁰ Unter den außergewöhnlichen Umständen, unter denen die nationalen Haushalte krisenbedingt belastet seien, sei es gerechtfertigt, einen Finanzierungsmechanismus zu nutzen, der rechtzeitig deutlich höhere Ausgaben ermöglichen würde, ohne dass die nationalen Schulden zunehmen, als Ausdruck von Solidarität in einem der Krise angemessenen Umfang.³¹ Damit bleibt letztlich unklar, ob die oben zitierte Gerechtigkeit die Solidarität zugunsten der Geberländer einbremsen oder zu ihren Lasten verstärken soll. Denn zwischen Solidarität und Gerechtigkeit bewegt sich krisenunabhängig die Finanzierung der EU in einem Spannungsverhältnis, in dem sie einerseits für eine gleichgewichtige Belastung und Beteiligung der Mitgliedstaaten zu sorgen hat und andererseits nach den Art. 3 EUV und 174 AEUV dem Solidaritätsziel verpflichtet ist und für den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt zu sorgen und die harmonische Entwicklung der Union zu fördern hat.³² Art. 175 III AEUV, nach dessen Absatz 1 Satz 2 die Festlegung und Durchführung der Politiken und Aktionen der Union die Ziele des Art. 174 AEUV zu berücksichtigen und zu verwirklichen hat, ist als Rechtsgrundlage für die Verordnung zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilitäten gegeben (VO [EU] 2021/241, ABl. L 57/17, 18.2.2021).

II. Unionsrechtliche Stellung der Solidarität

Die erstmalige Anwendung des Solidaritätsprinzips bei der Bewältigung von Unterbrechungen der Gasversorgung beschreibt die EU-Kommission so, dass die Mitgliedstaaten ihre Nachbarländer in einer schweren Krise konkret unterstützen, damit die Privathaushalte in Europa auch im Krisenfall mit ausreichend Gas versorgt werden können.³³ Über die grundsätzliche Bedeutung der Solidarität in der EU besteht Einigkeit aber wohl nur darin, dass eine solidarische Gemeinschaft zusammenhält und versucht, alles zu verhindern, was ihre Mitglieder bedroht oder beschädigt, Solidarität auf starker Verbundenheit fußt und eine Erwartung gemeinsamer Handlungen speist.³⁴ Gemäß Absatz 6 der Präambel

zum EUV haben die Vertragsparteien ua in dem Wunsch, die Solidarität zwischen den Völkern unter Achtung ihrer Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen zu stärken, beschlossen, eine Europäische Union zu gründen. Solidarität ist in den Werten des Art. 2 S. 1 EUV zwar nicht aufgezählt. Gemäß Art. 2 S. 2 EUV sind diese Werte aber allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich ua durch Solidarität auszeichnet. Als „Wert“ präge die Solidarität die Auslegung der Verträge und des davon abgeleiteten Rechts, als „Ziel“ diene sie der Orientierung für den Gesetzgeber und als spezielles Kriterium für die Auslegung der vertraglichen Handlungsermächtigungen.³⁵ Gemäß Art. 3 III UAbs. 2 EUV fördert die Union die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes. Gemäß Art. 3 III UAbs. 3 EUV fördert die Union den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten. Hierin wird die Forderung für die unterschiedlichen Teilräume gesehen, sich funktional zu ergänzen und sich in die wirtschaftliche, soziale und territoriale Entwicklung einzufügen, woraus sich ergebe, dass diese Zielbestimmung eine unterschiedliche und differenzierte Entwicklung in den einzelnen Teilräumen im Grundsatz gerade toleriere.³⁶

1. Solidarität als Verfassungsprinzip?

Die grundlegenden Werte beschreibt Art. 2 EUV, die Ziele unter Bezugnahme auch auf diese Werte Art. 3 EUV, nach dessen Absatz 1 es Ziel der Union ist, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern. Den normativen Gehalt von Werten und Zielen setzt Sommermann demjenigen von Rechtsprinzipien gleich, denen so genannten Optimierungsgebote zu entnehmen sind, also das Gebot, „etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße“ zu realisieren.³⁷ Konkretisierung erfahren die Werte vor allem durch die Zuweisung von Begriffen wie Rechtssetzungsdirektive, Interpretationsmaßstab und Ermessenskriterium, die im Falle der durch Art. 7 EUV eröffneten Sanktionsmöglichkeiten auch zum rechtlichen Prüfungsmaßstab wer-

24 Europäischer Rat, EUCO 10/20, 21.7.2020, 16, Nr. 23.

25 N.N., EU einig bei Corona-Hilfen und Finanzrahmen, 21.7.2020, <https://www.cep.eu/cep-aktuell-archiv/artikel/eu-einig-bei-corona-hilfen-und-finanzrahmen.html>.

26 *Hufeld* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht*, 2015, § 22 Rn. 2, m. Hinw. auf KOM(2012) 777 final, 12.

27 Europäische Kommission, *Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan*, 27.5.2020, COM(2020) 442 final, 1.

28 Europäische Kommission, *Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan*, 27.5.2020, COM(2020) 442 final, 2.

29 Europäische Kommission, *Die Stunde Europas – Schäden beheben und Perspektiven für die nächste Generation eröffnen*, COM(2020), 456, 1.

30 Europäische Kommission, *Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan*, 27.5.2020, COM(2020) 442 final, 13.

31 Europäische Kommission, *Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan*, 27.5.2020, COM(2020) 442 final, 16, 17.

32 *Schoo* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU*, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 311 Rn. 3.

33 Europäische Kommission, *Pressemitteilung*, 12.9.2017, IP/173203, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_3203.

34 *Bendiek/Neyer*, *Europäische Solidarität – die Flüchtlingskrise als Realitätstest*, 1, März 2016, https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/aktuell/2016A20_bdk_neyer.pdf.

35 *Bieber*, *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union*, *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Nr. 84, 24.9.2012, 14, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper84-Bieber/Paper84-Roland-Bieber-Gegenseitige-Verantwortung-Grundlage-des-Verfassungsprinzips-der-Solidaritaet-in-der-Europaeischen-Union.pdf.

36 *Kahl*, „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ unter dem Grundgesetz, 2014, 12.

37 *Sommermann* in *Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht: Grundlagen und Politiken der Union*, 2. Aufl. 2020, § 3 Rn. 8, 9, mwN.

den können.³⁸ Der *EuGH* sieht die Pflicht zur Solidarität der Mitgliedstaaten darin, Rechtsvorschriften zu beachten und mit seinen nationalen Interessen nicht einseitig das mit der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft verbundene Gleichgewicht zwischen Vorteilen und Lasten zu stören.³⁹ Obwohl in dieser Entscheidung die Union bzw. die Gemeinschaften gar nicht genannt werden, wird hierin eine Anerkennung des Gebots der Solidarität als grundlegendes Prinzip der Gemeinschaft gesehen, in Art. 2 S. 2 EUV sei die soziale Solidarität, nämlich die Solidarität zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft,⁴⁰ und insgesamt seien die Werte der Gesellschaft als systemprägende Leitprinzipien angesprochen, die sich sowohl auf die Mitgliedstaaten als auch auf die Union bezögen.⁴¹ Wenn auch die Erwähnung der Solidarität in den Präambeln des EU-Vertrags (EUV) und der Grundrechte-Charta (GRCh) den Begriff der Solidarität als Verfassungs-, Struktur- bzw. Rechtsprinzip der Europäischen Union erscheinen lassen, so adressiert sie ihn im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander und gegenüber der Union ausdrücklich nur in den speziellen Politikbereichen der Art. 21 I EUV, Art. 80 AEUV, Art. 122 I AEUV und Art. 222 AEUV sowie Art. 194 I AEUV, was nach Ansicht Biebers zu einer „ganz anders gelagerte [n] Form der Solidarität im Rahmen der Union“ führt.⁴² Ihre schillernde Verwendung dürfe aber nicht dazu verleiten, den Begriff Solidarität nur auf eine politische, allenfalls programmatische Bedeutung zu reduzieren.⁴³ Es wird allerdings auch zu prüfen sein, ob gerade eine solche Bedeutungsform nicht eher eine Wirkungsverstärkung als eine Reduzierung, insbesondere außerhalb eines justiziablen Abwägungsprozesses, darstellt.

2. Solidarität bei Schwierigkeiten (Art. 122 II AEUV)

Explizite primärrechtliche Grundlage für den Erlass von Maßnahmen „im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“ zugunsten von Mitgliedstaaten, die sich in Schwierigkeiten befinden, ist der gerade erwähnte Art. 122 I AEUV. Art. 122 AEUV ist als Rechtsgrundlage für die Verordnung zur Schaffung von Next Generation EU angegeben.⁴⁴ Über seine Auslegung bestehen unterschiedliche Auffassungen. Obwohl Art. 122 II AEUV im Falle von „außergewöhnlichen Ereignissen“ Solidarität nicht ausdrücklich erwähnt, wird er als „Solidaritätsklausel“ bzw. „Instrument der Solidarität“ bezeichnet, dies allerdings sehr oft verbunden mit dem Hinweis, die Unterstützungsleistung sei mit dem Text des AEUV unvereinbar, wenn die Schwierigkeiten des Mitgliedstaates unmittelbar auf seine vorherige unsolide Haushaltspolitik zurückzuführen seien.⁴⁵ Das weite Ermessen des Rates, der systematische Vergleich zu den strengen Auflagen des Art. 136 III AEUV und der systematische Bezug zum No-Bail-out des Art. 125 AEUV führen nach anderer Auffassung dazu, dass auch im Rahmen des Art. 122 II AEUV ein gewisser Mindestgehalt an Konditionalität für erforderlich gehalten wird.⁴⁶ „Aufgrund des absoluten Schweigens des Vertrags [...] und im Rahmen des Telos des Art. 122 II AEUV“ wird eine solche Konditionierung abgelehnt, wobei das Ziel der Vorschrift, das Risiko zu verringern, die EU zu einer Transferunion zu etablieren, unbestritten scheint.⁴⁷ Tatsächlich dürfte sich diese Problematik allenfalls vor dem Hintergrund bloß punktueller, befristeter, und damit zu Recht auf Art. 122 II AEUV gestützter Hilfsmaßnahmen stellen. Bei größeren und längerfristigen Maßnahmen, wie einem pandemiebedingten Wiederaufbaufonds (im Rahmen anderer Rechtsgrundlagen ohne ausdrücklichen Solidaritätsbezug wie der von der Kommission angegebene Art. 311 III AEUV) ist Art. 122 II AEUV mangels eine

„punktueller Begebenheit“ ohnehin nicht anwendbar.⁴⁸ Stellt nun Art. 122 AEUV eine Ausnahme vom Grundsatz der wirtschaftspolitischen Verantwortlichkeit und Zuständigkeit der Mitgliedstaaten dar, in der die Haushaltsdisziplin von der Union überwacht und sanktioniert werden kann,⁴⁹ so stellt sich spätestens an dieser Stelle die Frage nach dem unionsrechtlichen Rang der soliden Haushaltspolitik und seinem Verhältnis zum Solidaritätsprinzip:

III. Solide Haushaltspolitik

Zur Klärung dieser Frage ist der Begriff der soliden Haushaltspolitik im strukturellen Gefüge der Regelungen zur Wirtschafts- und Währungsunion in den Verträgen näher zu betrachten. Zwar statuiert Art. 126 AEUV, wonach die Mitgliedstaaten übermäßige öffentliche Defizite vermeiden, für alle Mitgliedstaaten eine primärrechtliche Pflicht zu solider Haushaltsführung.⁵⁰ Im Gegensatz zum Solidaritätsprinzip ist die solide Haushaltspolitik in den Wert- und Zielkatalogen der Verträge aber nicht aufgeführt. Sind dennoch die ökonomischen Verpflichtungen – nur oder immerhin – neben den rechtsstaatlichen und werteorientierten Verpflichtungen hervorzuheben,⁵¹ kann ein Prinzip solider Haushaltspolitik das Solidaritätsprinzip prägen?

1. Wirtschafts- und Währungsunion: Disziplinierung der Haushaltspolitik

Seit Beginn der Endstufe der Wirtschafts- und Währungsunion kann eine Verletzung der Haushaltsdisziplinierung nach Art. 126 AEUV sanktioniert werden.⁵² Die Einführung der Wirtschafts- und Währungsreform erfolgte durch den Vertrag von Maastricht und ist heute in Art. 3 IV EUV als Ziel der Union fixiert. Sie beruht auf einer asymmetrischen Aufteilung der Währungspolitik zugunsten der Europäischen Zentralbank (EZB) und der Wirtschaftspolitik zugunsten der Mitgliedstaaten unter den Rahmenbedingungen der Union. Art. 140 AEUV (Konvergenzkriterien für Aufnahme in die Euro Gruppe) wird als Beleg dafür gesehen, dass nach dem Konzept des Vertrags die Einführung einer einheitlichen Währung konvergente Wirtschaftsleistungen der Mitglied-

38 *Sommermann* in *Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht: Grundlagen und Politiken der Union* § 3 Rn. 13.

39 *EuGH*, Urt. v. 7.2.1973 – C-39/72, ECLI:EU:C:1973:13 = BeckRS 2004, 71063 Rn. 24, 25 – Kommission/Italien.

40 *Sommermann* in *Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht: Grundlagen und Politiken der Union* § 3 Rn. 51, 52, 54.

41 *Sommermann* in *Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht: Grundlagen und Politiken der Union* § 3 Rn. 19.

42 *Bieber*, *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union*, *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Nr. 84, 24.9.2012, 8, 9, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper84-Bieber/Paper84-Roland-Bieber-Gegenseitige-Verantwortung-Grundlage-des-Verfassungsprinzips-der-Solidaritaet-in-der-Europaeischen-Union.pdf.

43 *Bieber*, *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union*, *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Nr. 84, 24.9.2012, 9, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper84-Bieber/Paper84-Roland-Bieber-Gegenseitige-Verantwortung-Grundlage-des-Verfassungsprinzips-der-Solidaritaet-in-der-Europaeischen-Union.pdf.

44 VO (EU) 2020/2094, ABL L 433 I/23, 22.12.2020.

45 *Kousoula*, *Vom Bail-out-Verbot zu solidarischen Bail-out-Pflicht?*, 2020, 340, 341.

46 *Gilles*, *Die Konditionalität der Finanzhilfen für Eurostaaten*, 2019, 206.

47 *Kousoula*, *Vom Bail-out-Verbot zu solidarischen Bail-out-Pflicht?*, 341.

48 *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art. 122 Rn. 6*.

49 *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art. 120 Rn. 4*.

50 *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art. 126 Rn. 15*.

51 *So Lehner* in *Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht: Grundlagen und Politiken der Union* § 2 Rn. 63.

52 *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art. 120 Rn. 4*.

staaten voraussetzt und eine stabile einheitliche Währung insbesondere durch eine disziplinierte Finanzpolitik bedingt ist.⁵³ Der Begriff der gesunden öffentlichen Finanzen in Art. 119 III AEUV wird aus dem Konvergenzkriterium einer auf Dauer tragbaren Finanzlage der öffentlichen Hand abgeleitet, die ersichtlich ist aus einer öffentlichen Haushaltslage ohne übermäßiges Defizit.⁵⁴

2. Solidarisierte Wirtschafts- und Haushaltspolitik?

Den Verträgen wird ein weites Begriffsverständnis von Wirtschaftspolitik unterstellt, wonach in einem eher volkswirtschaftlichen Sinne von der Wirtschaftspolitik auch in einem bestimmten Maße die Haushaltspolitik für erfasst gehalten wird.⁵⁵ Über die Fragen nach den solidarischen Hintergründen dieser Strukturentscheidung gehen die Meinungen auseinander. Der Grund für die Haushaltswirksamkeit aktiver Wirtschaftspolitik sei das teleologisch übergeordnete Ziel einer politisch gewollten Wirtschafts- und Währungsunion zwischen wirtschaftlich höchst unterschiedlich strukturierten Staaten. Die Herstellung materieller Konvergenz sei folglich kein Selbstzweck, wie dies vom sozialen und territorialen Zusammenhalt in Art. 14 S. 1 AEUV zu sagen wäre, sondern im Verständnis des Vertrags gemeinsam mit der Disziplinierung der nationalen Haushaltspolitiken (Art. 123–126, 136 AEUV) gewollt.⁵⁶ Dagegen sehen andere in Art. 121 I AEUV, wonach die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik als Angelegenheit von gemeinsamem Interesse betrachten, eine klare Bestimmung der grundlegenden Rolle der Solidarität.⁵⁷ Hier erlange die Einbeziehung der Solidarität normative Qualität.⁵⁸ Darüber hinaus finden sich in Verträgen auch ausdrückliche Bezugnahmen auf Art. 3 EUV, der selbst seinerseits die Werte im Allgemeinen (Art. 3 I EUV) und die Solidarität im Besonderen (Art. 3 III UAbs. 2, 3, V EUV) aufführt: Gemäß Art. 119 I AEUV umfasst die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union iSd Art. 3 EUV nach Maßgabe der Verträge die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz der einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist. Art. 120 S. 1 AEUV legt die Ausrichtung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten zur Verwirklichung der Ziele der Union iSd Art. 3 EUV fest. Diese Bezugnahmen werden als Verpflichtung der Normadressaten und -interpreten gesehen, die Verknüpfung der Wirtschaftspolitik mit dem gesamten Zielespektrum des Art. 3 EUV zu berücksichtigen.⁵⁹ Allerdings sieht Hatje diese „Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union“ nicht als gemeinsame Politik im Sinne einer ausschließlichen Wahrnehmungszuständigkeit der Union, obwohl sie im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion verpflichtend ist und lediglich Ausnahmeregelungen (Art. 139 AEUV) formuliert und die Kompetenznormen (nicht in Art. 119 AEUV, aber) in Art. 120 ff. AEUV festgelegt sind.⁶⁰

3. Konditionalität der Haushaltspolitik als Verfassungsprinzip?

Die Kopplung der Next Generation EU-Mittel an die länderspezifischen Empfehlungen wird als „eine ausgesprochen weiche und kaum wirksame Art der Konditionalität“ bezeichnet,⁶¹ die den größten Kritikpunkt der gewählten Methode darstelle.⁶²

a) *Begriff der Konditionalität.* Als Konditionalität wird gemeinhin Auflagenpolitik verstanden, die insbesondere Sparmaßnahmen und Struktur Anpassungen beinhaltet, als Austeritätspolitik bekannt ist und sich als Kernelement und Leit-

motiv der europäischen Rettungspolitik verfestigt hat.⁶³ Wie aber ist haushalterische Konditionalität im Primärrecht der Union angelegt? Zwar wird die Konditionalität als anreizbasiertes Instrument, welches Belohnungen für auflagenkonformes Verhalten vorsieht, zunächst von Zwangsmaßnahmen abgegrenzt, weil bei ihnen die Umsetzung bestimmter Maßnahmen gerade nicht im Ermessen des jeweilig betroffenen Staates liege, ebenso wie Sanktionen, die nicht nur die Nichtgewährung eines Vorteils, sondern eben eine aktive Sanktionierung zur Folge hätten.⁶⁴ Allen diesen Vorgängen ist aber gemein, dass der betroffene Mitgliedstaat bedingt durch sein haushalterisches Verhalten einen unionsrechtlich veranlassenen Mechanismus auslöst, durch den er einen beabsichtigten wirtschaftlichen Nachteil erleidet, der auch in der Verweigerung einer Zuwendung bestehen kann. Genauso wie der Begriff der Wirtschaftspolitik iSd Art. 120 ff. AEUV – versehen mit dem makroökonomischen Instrumentarium des Art. 120 AEUV – nach seiner Wirkung zu definieren ist,⁶⁵ muss dies auch für die Konditionalität nationaler Haushaltspolitik in den Verträgen geschehen. Zugestehen ist daher lediglich ein nach seinem Einsatzort abgestufter Härtegrad von Konditionalität, der zwar entscheidend für die politischen Anforderungen und deren Durchsetzbarkeit und damit auch Wirksamkeit des Rechts sein kann, das Spektrum der Konditionalität nationaler Haushaltspolitik aber nicht erst bei strengen Auflagen beginnen lässt.

b) *Konditionierung der Haushaltspolitik als Verfassungsprinzip.* Es klingt absurd, ist es aber nicht: Die unional verordnete Konditionalität soll die nationale Haushaltspolitik in ihrer Autonomie dauerhaft stärken, deren Verlust die betroffenen Mitgliedstaaten durch Auflagen fürchten. Durch den Wegfall der mitgliedstaatlichen Währungspolitik sind die Mitgliedstaaten primär auf eine (solide) Haushaltspolitik angewiesen, um auf Wirtschaftsabschwünge und wirtschaftliche Schocks zu reagieren; in diesem Zusammenhang soll Art. 126 AEUV den Ausgleich zwischen notwendiger Unionsdisziplin und nationaler Haushaltssouveränität herstellen, wird der in Art. 119 III AEUV „verankerte Grundsatz der gesunden öffentlichen Finanzlage“ durch die Disziplinierung des Art. 126 AEUV ausgeführt.⁶⁶ Zu Recht weist Hufeld darauf hin, dass staatliche Haushaltspolitik in der Union notwendig mitgliedstaatliche ist und deswegen jede neue Systementscheidung in der Ausgabenpolitik die bündische Finanzverfassung der Union konturiert.⁶⁷ Die in Art. 126 II 2 AEUV firmierte „Haushaltsdisziplin auf Dauer“ erweise

53 Hattenberger in Schwarze ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 120 Rn. 1.

54 Hatje in Schwarze ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 119 Rn. 17, mwN.

55 Agostini, Das Sanktionssystem zur haushaltspolitischen Disziplinierung der EU-Mitgliedstaaten, 2020, 25, Fn. 6.

56 Klement, Wettbewerbsfreiheit, 2015, 465, mwN.

57 Kousoula, Vom Bail-out-Verbot zu solidarischen Bail-out-Pflicht?, 339.

58 Bieber, Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 84, 24.9.2012, 10, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper84-Bieber/Paper84-Roland-Bieber-Gegenseitige-Verantwortung-Grundlage-des-Verfassungsprinzips-der-Solidaritaet-in-der-Europaeischen-Union.pdf.

59 Hufeld in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 2015, § 22 Rn. 5.

60 Hatje in Schwarze ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 119 Rn. 1, 2.

61 Heinemann, „Next Generation EU“ und das drohende Risiko einer verpassten europäischen Chance, 6.7.2020, 17.

62 Morwinsky, Erwacht das Europäische Semester aus seinem Dornröschenschlaf?, Oktober 2020, 7.

63 Gilles, Die Konditionalität der Finanzhilfen für Eurostaaten, 2019, 1.

64 Gilles, Die Konditionalität der Finanzhilfen für Eurostaaten, 10.

65 Hattenberger in Schwarze ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 120 Rn. 5.

66 Hattenberger in Schwarze ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 126 Rn. 1.

67 Hufeld in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht § 22 Rn. 100.

sich als bündisches Fundamentangebot der Wirtschafts- und Währungsunion, die „öffentliche Haushaltslage ohne übermäßiges Defizit“ des Art. 140 I 3 Spiegelstrich 2 AEUV gelte im Umkehr- und Erstrechtschluss auch für die Eurostaaten.⁶⁸ Das bedeutet aber nicht, dass die finanziellen Hilfen für Nicht-Eurostaaten nach Art. 143, 144 AEUV auch von Eurostaaten beansprucht werden können. Da Art. 143 II Buchst. c AEUV die Kreditgewährung vom Einverständnis der Mitgliedstaaten abhängig macht, kommt hierin kein allgemeines Solidaritätsprinzip zwischen den Mitgliedstaaten und der Union zum Ausdruck, e contrario ist sogar zu schließen, dass für die Eurostaaten das Prinzip der Eigenverantwortung besonderes Gewicht hat und das Prinzip der gegenseitigen Solidarität deutlich überwiegt.⁶⁹ Das *BVerfG* jedenfalls nennt neben der Unabhängigkeit der EZB, deren Verpflichtung auf das vorrangige Ziel der Preisstabilität (Art. 127, Art. 130 AEUV) und dem Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung (Art. 123 AEUV) auch die Verpflichtung zur Haushaltsdisziplin (Art. 126, Art. 136 I AEUV) als wesentlichen Bestandteil der Stabilitätsarchitektur der Wirtschafts- und Währungsunion. Allein im Bereich der in Art. 125 I AEUV normierten Haftungsausschlüsse lasse Art. 136 III AEUV nunmehr freiwillige Finanzhilfen zu, die allerdings nicht losgelöst von weiteren Anforderungen und nicht zu beliebigen Zwecken gewährt werden könnten⁷⁰ – womit die Konditionalität einer soliden Haushaltspolitik für Hilfsmaßnahmen ins Spiel kommt.

4. Solidarität durch Eigenverantwortung und Bonität

a) *Ordnungspolitische Festschreibung durch Art. 123–126 AEUV.* Die Reichweite des Art. 136 III AEUV, der die Einrichtung eines Stabilitätsmechanismus regelt, als Rechtsgrundsatz ist allerdings umstritten. Vom „Solidaritätsimperativ“ des Art. 136 III AEUV ist die Rede, der zweiseitig in die Pflicht nehme, die fiskalische Notstandsverantwortung der Geberstaaten mit der Austeritätsverantwortung der Nehmerstaaten verknüpfe. Konstitutiv gestaltend werde Ausnahmepolitik nicht nur kanalisiert, sondern auf Vertragshöhe verfassungsdurchbrechend zu einer Systementscheidung erhoben.⁷¹ Soll Art. 136 II AEUV einer Meinung zufolge konstitutive Wirkung haben, da er konditionierte Finanzhilfen erst ermögliche, die wegen Art. 125 AEUV grundsätzlich verboten seien, will ihm die entgegenstehende Auffassung lediglich deklaratorische Wirkung zubilligen, da konditionierte Finanzhilfen ohnehin bereits mit Art. 125 AEUV vereinbar seien, so dass im Konsens „die ratio der Konditionalität nur mit Blick auf ihr Verhältnis zur No-Bail-out-Klausel nach Art. 125 AEUV verstanden werden kann.“⁷² Und auch für den *EuGH* ist in Anbetracht des mit Art. 125 AEUV verfolgten Ziels davon auszugehen, dass er der Union und den Mitgliedstaaten verbietet, finanziellen Beistand zu leisten, der zu einer Beeinträchtigung des Anreizes für den Empfängerstaat führen würde, eine solide Haushaltspolitik zu betreiben.⁷³ Dies und seine Feststellung im selben Urteil, die Einführung des Art. 136 III AEUV schaffe keine Rechtsgrundlage, die es der Union ermögliche, eine Handlung vorzunehmen, die vor dem Inkrafttreten der Änderung des AEUV nicht möglich war,⁷⁴ sprechen für die Auffassung, der *EuGH* habe Art. 136 III AEUV nur deklaratorische Bedeutung beigemessen.⁷⁵ Art. 125 AEUV wird neben dem Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung des Art. 123 AEUV und dem Verbot des bevorrechtigten Zugangs des öffentlichen Sektors zu Finanzinstituten nach Art. 124 AEUV als der „dritte Grundsatz der das Gebot zu disziplinierter Haushaltsführung nach Art. 126 AEUV abstützen soll“, bezeichnet.⁷⁶ Das in diesen Grundsätzen zum Ausdruck kommende

Eigenverantwortungsprinzip besagt eben nicht nur, dass die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik eigenverantwortlich gestalten, sondern zunächst mit ihren budgetären Problemen allein fertig werden sollen und auf keine fremde Hilfe vertrauen können sollen.⁷⁷ *Hufeld* bringt es trefflich auf die Formel „Solidarität durch Bonität“: Art. 123 AEUV will die Mitgliedstaaten den Kapitalmärkten aussetzen, Art. 124 AEUV verbiete, den Kapitalmärkten auf andere Weise auszuweichen und Art. 125 AEUV gebiete die marktconforme Verschuldung, in der die Mitgliedstaaten bei ihrer Verschuldung der Marktlogik unterworfen blieben.⁷⁸ Die Kommentarliteratur beschreibt dies als ordnungspolitische Festschreibung, nach der Mitgliedstaaten mit hohen Defiziten aus Sicht der Kreditgeber ein höheres Risiko bilden, das zur Verteuerung der Kredite führt und nicht durch eine Haftungsübernahme gemildert werden soll, was wiederum einen Anreiz bieten soll, eine exzessive Ausgabenpolitik zu vermeiden.⁷⁹

b) *EuGH: Konditionalität als Brücke zwischen Stabilität und Solidarität* Letztlich dürfte die Konditionalität als solche daher bereits mit dem Koordinierungs- und Disziplinierungsregime der Art. 121, 126 AEUV als etabliert zu betrachten sein, wenngleich dort nicht von den „strengen Auflagen“ des Art. 136 III AEUV die Rede ist. Es ist daher nur konsequent, der Ansicht zuzustimmen, nach der im Lichte des Stabilitätsprinzips der Wirtschafts- und Währungsunion Solidarität nur erlaubt ist, wenn sie dazu dient, die durch einen Mitgliedstaat gefährdete Stabilität des Euroraums wieder herzustellen und dem Konditionalitätsprinzip eine Brückenfunktion zuzuweisen, indem es das Zusammenspiel von Stabilitäts- und Solidaritätsprinzip ausgestaltet.⁸⁰ Der *EuGH* hat in der Pringle-Entscheidung diesen Zusammenhang hervorgehoben, nämlich dass das Bail-out-Verbot des Art. 125 AEUV gewährleiste, dass die Mitgliedstaaten bei ihrer Verschuldung der Marktlogik unterworfen bleiben, was ihnen einen Anreiz geben solle, Haushaltsdisziplin zu wahren. Die Einhaltung einer solchen Disziplin trage auf Unionsebene zur Verwirklichung eines übergeordneten Ziels bei, und zwar dem der Aufrechterhaltung der finanziellen Stabilität der Unionswährung.⁸¹

Zwischenfazit: Das Solidaritätsprinzip des europäischen Verfassungsrechts besteht aus einer Gegenseitigkeit der Geber- und Nehmerländer. Eine konditionierende nationale Haushaltspolitik muss die Nehmerländer zum Wohl der Gemeinschaft in die Lage versetzen, finanzielle Notlagen zukünftig alleine bewältigen zu können.

68 *Hufeld* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht* § 22 Rn. 116.

69 *Potacs*, *EuR* 2012, 133 (138, 139).

70 *BVerfG*, *NJW* 2012, 3145 Rn. 129 = *NVwZ* 2012, 1313 Ls.

71 *Hufeld* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht* § 22 Rn. 108.

72 *Gilles*, *Die Konditionalität der Finanzhilfen für Eurostaaten*, 2019, 212.

73 *EuGH*, C-370/12, *ECLI:EU:C:2012:756* = *NVwZ* 2013, 49 Rn. 136 – Pringle.

74 *EuGH*, C-370/12, *ECLI:EU:C:2012:756* = *NVwZ* 2013, 49 Rn. 73 – Pringle.

75 *Wutscher* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art. 136 Rn. 12*.

76 *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art. 126 Rn. 1*.

77 *Potacs*, *EuR* 2013, 133 (135).

78 *Hufeld* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht*, 2015, § 22 Rn. 101, 102 mwN.

79 *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art. 125 Rn. 1*.

80 *Callies*, *Stabilität – Solidarität – Konditionalität: Bausteine eines Package Deals zur Reform des Euroraums*, 2018, 7, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=43f4c4c5-6883-acf9-6078-8d9c12afa920&groupId=252038.

81 *EuGH*, C-370/12, *ECLI:EU:C:2012:756* = *NVwZ* 2013, 49 Rn. 135 – Pringle.

5. Pandemiebedingte Solidarität als „Überrecht“?

Nichtsdestotrotz wird alledem der Begriff von der „Solidarität der Tat“ entgegengehalten. Ihm komme Bedeutung zu, weil alle Bürgerinnen und Bürger in der EU gleichermaßen von diesem (COVID-19)Virus betroffen seien. Das Virus interessiere sich nicht für die Grenzen der Nationalstaaten und auch nicht für die Haushaltslage eines Staates. Es greife die menschliche Gesundheit an und die Mitmenschlichkeit verlange es von den Regierungen, nicht auf die eigenen haushalterischen Grenzen für die Stärkung der Gesundheitsversorgung zu schauen, sondern schlicht zum Schutz der Gesundheit aller zu handeln. Es sei reine Willkür, welches Land größere Anstrengungen leisten müsse und welches nicht.⁸² Sind vor diesem Hintergrund die der Wirtschafts- und Währungsunion entspringenden Stabilitätsgrundsätze nicht mehr anzuwenden, wenn es um die Bekämpfung der Folgen einer pandemiebedingten Wirtschaftskrise geht? Die weitere Betrachtung liegt daher zunächst in dem, was bekämpft werden soll (a) und welches eigentliche Ziel die hierfür einzusetzen Mittel verfolgen (b).

a) *Bekämpfung wirtschaftlicher Folgen.* Wohlgermerkt geht es nicht um die Bekämpfung der Pandemie selbst, sondern um deren wirtschaftliche Folgen (zu denen man auch ein leistungsfähiges Gesundheitssystem zählen muss). Dieser Hinweis ist aus verschiedenen Gründen wichtig. Zum Ersten, weil behauptet wird, dass die „exogene Natur der Herausforderung“ es gebiete, die Debatten um die richtigen Instrumente für die Bewältigung der kommenden Wirtschaftskrise anders zu führen, als bei der vergangenen (Wirtschafts- und Finanz)Krise. Dies ist zumindest insoweit falsch, als sowohl die Finanz- als auch die Corona-Krise gerade aufgrund ihrer – bei aller unstrittig weltweiten Tiefe, Dramatik und Tragik – allseitigen Betroffenheit nicht von der in Art. 122 II AEUV primärrechtlich positivierten Solidarität erfasst wurden bzw. werden, soweit es um die Einrichtung eines großen langfristigen Wiederaufbaufonds geht.⁸³ Zum Zweiten, weil die Diskussion um die Gewährung unionaler Hilfsleistungen ua mit dem Argument geführt wird, die Erfahrung in ESM-Programmländern mit der strikten Konditionalität in Form von Austerität Sorge für eine praktische Ablehnung dieses Modells. Es sei auch kaum vermittelbar, warum es zu tiefgreifenden Einschnitten in den Sozialstaaten kommen solle, wenn mit dem ESM-Kredit die Mehrausgaben gedeckt werden müssten, die aus der Bewältigung einer Pandemie entstünden.⁸⁴ Allerdings sprechen die erfolgreichen Erfahrungen mit den ESM-Programmländern Irland und Portugal eine andere Sprache. Im Falle des (nicht nur pandemiebedingt) hilfsbedürftigen Italien kommt hinzu, dass dort das Pro-Kopf-Vermögen höher ist als zB in Deutschland. Dort soll eine Vermögensabgabe von einmalig 20 Prozent genügen, um die italienische Staatsverschuldung um 100 Prozent vom Bruttoinlandsprodukt zu senken, auf ein Niveau unterhalb des deutschen.⁸⁵ Und zum Dritten, weil unterstellt wird, die Haushaltssituation von Mitgliedstaaten, die nun Unterstützung für die pandemiebedingten Mehrausgaben benötigen, dürfe auch kein Kriterium für den Zugang und die Auszahlung von Finanzmitteln sein.⁸⁶ Nicht aber die Haushaltssituation dieser Mitgliedstaaten bestimmt die Gewährung der Finanzmittel, sondern ihre zukünftige Haushaltspolitik. Erstere ist nur dafür verantwortlich, dass die Finanzmittel benötigt werden.

b) *Unterstützung der Preisstabilität.* Die Konditionalität einer soliden nationalen Haushaltspolitik und ihre unionsverfassungsrechtliche Stellung wurden hier bereits ausführlich beschrieben. Hierbei handelt es sich aber nicht bloß um ein

verfassungsrechtliches Prinzip. Bundesbankpräsident Weidmann sieht in solider Haushaltspolitik die Verschaffung fiskalpolitischen Spielraums, der in wirtschaftlich schwierigen Zeiten automatisch stabilisierend wirke. Fehle er, erhöhe dies den Druck auf die Notenbanken, die Konjunktur kurzfristig zu stabilisieren, auch wenn dies zulasten der Preisstabilität gehe. „Solide öffentliche Finanzen schützen also die Geldpolitik. Und genau deshalb wurde in Europa der Stabilitäts- und Wachstumspakt beschlossen und genau deshalb weist die Bundesbank immer darauf hin, wie wichtig die Einhaltung der Haushaltsregeln für den Euro ist, der sein Stabilitätsversprechen dauerhaft einlöst.“⁸⁷ Tatsächlich wurde durch den Stabilitäts- und Wachstumspakt Art. 126 AEUV verschärft, ua ausgelöst durch die Sorge, dass den Vorgaben des Art. 126 II AEUV unrealistische Wachstumsprognosen zugrunde gelegt seien, so dass selbst bei Einhaltung dieser Kriterien die Preisstabilität gefährdet sein könnte.⁸⁸ Die Tauglichkeit der unionalen Schuldenkontrolle ist umstritten, die Kritik reicht von zu wenig bis zu viel. Das Argument, den Mitgliedstaaten müsse größerer fiskalpolitischer Spielraum eingeräumt werden, um in Zeiten schwacher Konjunktur Wachstumsimpulse setzen zu können, hat in Folge der Wirtschafts- und Finanzkrise an Bedeutung verloren.⁸⁹ Das *BVerfG* zählt das vorrangige Ziel der Preisstabilität (Art. 127 I, Art. 130 AEUV) zu den „dauerhaft angelegten Verfassungsanforderungen der deutschen Beteiligung an der Währungsunion“.⁹⁰

6. Zwischenergebnis

Das in den Verträgen zum Ausdruck kommende Solidaritätsprinzip wird durch das Stabilitätskriterium und Prinzip der Konditionalität einer soliden Haushaltspolitik wesentlich bestimmt, von dessen strikter Einhaltung die Unionsrechtmäßigkeit dem zugrunde liegender Hilfsmaßnahmen abhängt. Hiergegen verstößt die Idee eines de facto unkonditionierten Wiederaufbaufonds. Das hier gegenständliche Krisengeschehen einschließlich seiner gesellschaftlichen Reaktionen zeigt aber auch, dass die bisherige Integrationslogik dort an ihre Grenzen kommt, wo essentielle rechtliche und ökonomische Grundlagen keine – insbesondere friedensstiftende – flächendeckende Wirkung in der Öffentlichkeit mehr zu entfalten scheinen. Im Windschatten dieses Geschehens gesellen sich aber bereits bestehende, sehr menschliche Eigenschaften entscheidend hinzu. (Haushalts-)Disziplin hatte nie einen populären Stand – erst Recht dort nicht, wo ihre Effektivität geleugnet wird. Wäre die Systementscheidung des Art. 136 III AEUV von Beginn an Teil der Statik der Wirtschafts- und Währungsunion gewesen, hätte niemand seinen deklaratorischen Charakter behauptet.⁹¹ Mit effektiver Beachtung von Haushaltskonditionalität und materiellen Konvergenzkriterien als Instrumenten der Unionsdisziplin soll nachgeholt werden, was zu Beginn der Währungsunion

82 *Repasi*, EuZW 2020, 345 (346).

83 Vgl. *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 122 Rn. 6.

84 *Repasi*, EuZW 2020, 345 (347).

85 *Stelter*, Großes Vermögen der Privathaushalte – Wie Italien sich selbst helfen kann, 22.4.2020, <https://www.manager-magazin.de/politik/europa/italien-hohe-privatvermoegen-brauchen-keine-eurobonds-a-1306445.html>.

86 *Repasi*, EuZW 2020, 345 (348).

87 *Weidmann*, 60 Jahre Bundesbank – Der stabilen Währung verpflichtet, Rede beim Empfang 60 Jahre Bundesbank, 8.9.2017, <https://www.bundesbank.de/de/presse/reden/60-jahre-bundesbank-der-stabilen-waehrung-verpflichtet-665442>.

88 *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 126 Rn. 10.

89 *Hattenberger* in *Schwarze* ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 126 Rn. 1.

90 *BVerfG*, NJW 2012, 3145 Rn. 115 = NVwZ 2012, 1313 Ls.

91 *Hufeld* in *Müller-Graff* (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 2015, § 22 Rn. 108.

fehlte.⁹² Der Schwerpunkt dieses Beitrags verlagert sich daher im Folgenden ins Politische, ohne deshalb die Bedeutung seiner bisherigen Ergebnisse außen vor zu lassen und die primärrechtlichen Fundamente der hier gegenständlichen Problematik zu verlassen.

IV. Ein politischer Rahmen

Eine Lösung des Zielkonflikts zwischen Solidarität und Gerechtigkeit mag in krisenfreien Zeiten durch die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten sowie durch einen Finanzausgleich bei den Haushaltsausgaben zu lösen sein.⁹³ Der unstreitig hohe, krisenbedingte Kapitalbedarf sprengt aber die übliche Leistungsfähigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten, so dass dieses Format in dieser Form hier keine probate Problemlösung bietet.

1. Praktische Konkordanz

Schwarze/Wunderlich betonen grundsätzlich „ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen den verschiedenen Grundwerten, das Raum für Austarierung durch politische Gestaltung lässt.“ Diese setzen einen Rahmen für die politische Gestaltung, der allerdings nicht überschritten werden dürfe, und der im Falle des Konflikts zwischen verschiedenen Werten durch Herstellung praktischer Konkordanz aufzulösen sei.⁹⁴ Nach dem von Konrad Hesse geprägten und etablierten Prinzip der praktischen Konkordanz sind zwei gegenläufige Interessen so miteinander in Ausgleich zu bringen, dass beide in der bestmöglichen Art und Weise zur Geltung gebracht werden.⁹⁵ Das von Calliess im Jahr 2011 (also noch vor der Pringle-Entscheidung des *EuGH*) ins Spiel gebrachte Instrument der praktischen Konkordanz bei der Lösung eines konkreten Spannungsverhältnisses zwischen Art. 122 II AEUV und Art. 125 AEUV mithilfe des Solidaritätsprinzips⁹⁶ erscheint in dieser Weise hier aber nicht gangbar. Das Solidaritätsprinzip ist hier nicht Teil der Lösung, sondern Teil des Problems, das aus einer Gegenüberstellung seiner selbst mit dem Prinzip der Konditionalität der soliden Haushaltspolitik besteht. Es hier in diesem Sinne anzuwenden hieße zwar, Solidarität nicht als Einbahnstraße, sondern als schicksalhafte Wechselbeziehung zu sehen und damit die Konditionierung von Hilfsleistungen mit einer soliden Haushaltspolitik zu Recht für zulässig und sogar für erforderlich zu halten.⁹⁷ Auch die ins Feld geführte Koppelung zwischen Solidaritätsprinzip und Recht in der Rechtsgemeinschaft, im Zuge derer die Mitgliedstaaten in besonderer Weise auf die Achtung des Rechts verpflichtet sind, geht in diese Richtung.⁹⁸ Beides kann hier aber nicht weiterhelfen – nicht mehr, muss man sagen. Denn die Zeiten haben sich gewandelt:

2. Unionsnotstand – „ein politisches Prinzip im Vertragsmodus“?

Kann krisenbedingt eine Situation eintreten, in der es für das Recht zu spät ist, ein Primat der Politik vor dem Recht gilt, das Recht beiseitegeschoben wird, weil es vernünftigen, vermeintlich alternativlosen Lösungen entgegensteht?⁹⁹ Zu groß scheint der zwischenzeitliche politische Druck, entstanden durch das Leid, die Dimension und die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise in den hilfsbedürftigen Mitgliedstaaten, als dass das Thema mit den Argumenten des Rechts und der (Haushalts-)Disziplin, der Vernunft und der Logik noch ohne weiteres zu handhaben wäre, vom Vorwurf selbst verschuldeter fiskalischer Vorerkrankungen ganz zu schweigen. Die Legitimierung unionsrechtswidriger Hilfsmaßnahmen durch eine Art „Unionsnotstand“ wird zwar im Hinblick auf den föderalen Verbundcharakter zu Recht als un-

passendes staatszentriertes Denken abgelehnt.¹⁰⁰ Diese Aussage bleibt aber eine Antwort schuldig auf eine viel wichtigere Frage. Sind die Möglichkeiten des europäischen Rechts, das auch die ökonomischen Grundlagen der Union absichert, an dieser Stelle wirklich erschöpft? Es wäre jedenfalls fatal, an dieser Stelle das Primat der Politik mit dem Betreten eines rechtsfreien Raumes gleichzusetzen. Das Verständnis von der Aktivierung des ESM als notstandspolitisches, aber mit Art. 136 III AEUV zugleich primärrechtlich verankertes Ereignis, „von der Physik des Politischen bestimmt – das do ut des-Prinzip (lat. Ich gebe, damit Du gibst)“ eröffnet allerlei Chancen und Risiken“, fußt auf der Idee, „in der Notlage das marktgestützte Prinzip Solidarität durch Bonität außer Kurs und Solidarität gegen Austerität in Kraft zu setzen, ein politisches Prinzip im Vertragsmodus.“¹⁰¹ Damit deutet sich an, dass es um mehr als nur ein Prinzip geht. Es geht nämlich zum einen um seine primärrechtliche Verankerung und seinen hochpolitischen Ursprung als Zeichen seiner besonderen Bedeutsamkeit. Zum anderen steht dahinter die Erkenntnis, dass ein Mitgliedstaat, der dauerhaft (gegebenenfalls animiert durch auflagenfreie Finanzhilfen) haushaltspolitisch unsolide wirtschaftet, so große Defizite anhäuft, dass sie irgendwann nicht mehr einholbar sind und er damit die gesamte EU ansteckt. Schon vor der Corona-Krise drohte das „italienische Fieber“ die Eurozone anzustecken, schien die drittgrößte Volkswirtschaft der Eurozone „too big to fail“, würden ihre Staatsschulden das ESM-Volumen bei weitem übersteigen.¹⁰²

V. Politik und öffentliche europäische Meinung

Im Ergebnis befinden wir uns also bereits dort, wo eine Rechtsgrundlage für eine praktisch bedingungslose Hilfsmaßnahme fehlt, die die Politik einer mehrheitlichen öffentlichen europäischen Meinung (eine solche gibt es inzwischen) aber kaum noch verweigern kann. Allerdings steht die Normativität der Europäischen Verträge nicht zum ersten

92 Klement, Wettbewerbsfreiheit, 2015, 465.

93 So jedenfalls Schoo in Schwarze ua (Hrsg.), EU, AEUV Art. 311 Rn. 3.

94 Schwarze/Wunderlich in Schwarze ua (Hrsg.), EU, EUV Art. 2 Rn. 4.

95 Dünnes-Zimmermann, Gesundheitspolitische Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2006, 390, mwN.

96 Calliess, Das europäische Solidaritätsprinzip und die Krise des Euro – Von der Rechtsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft?, 8.3.2011, 53, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper62-Calliess/Paper62-Das-europaeische-Solidaritaetsprinzip-und-die-Krise-des-Euro-Von-der-Rechtsgemeinschaft-zur-Solidaritaetsgemeinschaft.pdf.

97 Vgl. Calliess, Das europäische Solidaritätsprinzip und die Krise des Euro – Von der Rechtsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft?, 8.3.2011, 53, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper62-Calliess/Paper62-Das-europaeische-Solidaritaetsprinzip-und-die-Krise-des-Euro-Von-der-Rechtsgemeinschaft-zur-Solidaritaetsgemeinschaft.pdf.

98 Calliess, Das europäische Solidaritätsprinzip und die Krise des Euro – Von der Rechtsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft?, 8.3.2011, 53, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper62-Calliess/Paper62-Das-europaeische-Solidaritaetsprinzip-und-die-Krise-des-Euro-Von-der-Rechtsgemeinschaft-zur-Solidaritaetsgemeinschaft.pdf.

99 Vgl. Kube, Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier, Institut für Rechtspolitik der Universität Trier (Hrsg.), *Bitburger*, Gespräche, Band 3, 2013, 37.

100 Calliess, Das europäische Solidaritätsprinzip und die Krise des Euro – Von der Rechtsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft?, 8.3.2011, 54, 55, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper62-Calliess/Paper62-Das-europaeische-Solidaritaetsprinzip-und-die-Krise-des-Euro-Von-der-Rechtsgemeinschaft-zur-Solidaritaetsgemeinschaft.pdf.

101 Hufel in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 2015, § 22 Rn. 108.

102 Minsch/Salvi, Das „italienische Fieber“ droht den Eurokreislauf anzustecken, 18.12.2019, <https://www.economiesuisse.ch/de/artikel/das-italienische-fieber-droht-den-eurokreislauf-anzustecken>.

Mal unter diesem Druck des Faktischen. Die Wirtschafts- und Währungsunion wird als Paradebeispiel dafür genannt, dass das Recht der Institutionen unter dem politischen Primat stehe, nationales und unionales Verfassungsrecht außerstande gewesen seien, politischen Führungswillen zu begrenzen, der seinerzeit hinter den fortgesetzten sanktionslosen Defizitverstößen Deutschlands und Frankreichs und der von ihnen verantworteten Aufweichung der Stabilitätskriterien gestanden habe.¹⁰³ So auch wird das europäische Solidaritätsprinzip in der Corona-Krise nicht mehr nur von Normen, sondern vorrangig und stark wie nie zuvor von der schon eingangs erwähnten normativen Kraft des Faktischen definiert. In dieser Situation hat Bundeskanzlerin Merkel offenbar gemerkt, dass sie sich bewegen, einen gangbaren Kompromiss für Nord- und Südländer präsentieren muss, da ansonsten der Zusammenhalt der Europäischen Union ernsthaft gefährdet gewesen wäre.¹⁰⁴ Hierin hat der maßgebliche Impuls für den von Deutschland und Frankreich vorgeschlagenen Wiederaufbaufonds gelegen. Diesen hat die EU-Kommission mit ihrem Vorschlag für einen Wiederaufbaufonds aufgegriffen.

VI. Initiativrecht der Europäischen Kommission

Nun gibt es die Erwägung, der Politik eine Einschätzungsprärogative und einen Prognosespielraum für Hilfsmaßnahmen zur Rettung der EU einzuräumen, denen das allgemeine Solidaritätsprinzip insoweit eine rechtliche Legitimation zu vermitteln vermöge. Denn aus dieser Perspektive ginge es dann nicht mehr nur um eine Solidarität mit hilfsbedürftigen Staaten, sondern um eine Solidarität mit der EU.¹⁰⁵

1. Solidarische Wahrung des Unionsinteresses

Versteht man Solidarität als Mitwirkung an der Wahrung des allgemeinen Interesses,¹⁰⁶ so führt dies automatisch zum Initiativrecht der Kommission. Denn nach Art. 17 I 1 EUV fördert die Kommission die allgemeinen Interessen der Union und ergreift Initiativen zu diesem Zweck. Das Unionsinteresse muss sich von den im Vertrag genannten Zielen und Werten leiten lassen.¹⁰⁷ Da in Art. 17 I EUV zu Recht eine allgemeine, in weiteren Einzelschriften detaillierte Aufgabenaufzählung gesehen wird,¹⁰⁸ die keinem speziellen Politikbereich zuzuordnen ist, ist diese Vorschrift nicht als eigentliche Kompetenznorm zu verstehen. Diesbezüglich sind dem *EuGH* zwar gewisse Ungenauigkeiten vorgehalten worden. Er spricht in der Pringle-Entscheidung nämlich davon, dass die der Kommission übertragenen ESM-Aufgaben nicht ihre vertraglichen Befugnisse aufgrund des EUV und des AEUV verfälschen,¹⁰⁹ in Bezug auf die Kommission gehe nämlich aus Art. 17 I EUV hervor, dass sie die allgemeinen Interessen der Union fördere und die Anwendung des Unionsrechts überwache.¹¹⁰ „Durch ihre Einbeziehung in den ESM-Vertrag fördert die Kommission die allgemeinen Interessen der Union“¹¹¹ – verfälscht sie also nicht. Der *EuGH* spricht also gerade nicht von in Art. 17 I 1 EUV enthaltenen Befugnissen. Daraus entsteht also entgegen anderslautender Kritik¹¹² kein Eindruck methodischer Unsicherheit des *EuGH* bei der Unterscheidung zwischen völkerrechtlicher Aufgabe und primärrechtlicher Befugnis, da er letztere gar nicht für Art. 17 I 1 EUV beansprucht. Damit wird auch deutlich, dass es im Rahmen der Errichtung des Wiederaufbaufonds um mehr als nur die Frage nach dessen Rechtmäßigkeit im engeren Sinne geht. In Art. 17 I 1 EUV wird die Bestätigung der Rolle der Kommission als Motor der europäischen Integration und Legitimierung ihrer politischen Tätigkeit zur Förderung der allgemeinen Interessen der Union gesehen, bei der ihr ein

weites Ermessen zugebilligt wird, soweit sie sich im Rahmen der Ziele, Werte und demokratischen Grundsätze der Art. 1 – 12 EUV, der Präambel des EUV und der GRCh bewegt.¹¹³ Noch genauer wird das Unionsinteresse als Interessensphäre der Union beschrieben, das über die Einhaltung von Art. 2 und 3 EUV im europapolitischen Interesse der Integration hinaus im Hinblick auf das Binnenmarktziel dem Leitbild der wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft (Art. 3 III EUV iVm Art. 26 AEUV) folgt.¹¹⁴ Die Verteidigung des Gemeinschaftsinteresses sieht der *EuGH* in der alleinigen Zuständigkeit der Gemeinschaft und ihrer Organe, auch die Berücksichtigung nationaler Interessen können in diesem Rahmen nur über sie erfolgen.¹¹⁵ Von diesen Organen ist die Kommission das im Vertrag genuin supranational konstruierte Organ, das im Unterschied zu Rat und Parlament keine nationalen oder parteipolitischen Interessen repräsentiert.¹¹⁶ Mit dem Initiativrecht ausgestattet ist die Kommission auch dasjenige Organ, das sich als erstes mit der Bestimmung des Unionsinteresses in einer konkreten Situation oder für eine spezifische politische Frage beschäftigt.¹¹⁷ Zwar wird ausgehend von der Kommission das zunächst von ihr rein supranational bestimmte Unionsinteresse im politischen Prozess der Union weiter ausgestaltet und verändert.¹¹⁸

2. Politisches Ermessen der Kommission

All das setzt allerdings das initiative Wirken der Kommission in Form eines Vorschlags voraus, der nun erst einmal in der Welt ist und selbst bereits eine politische Wegstrecke hinter und vor sich hat, die die Entscheidung der Kommission maßgeblich beeinflusst bzw. beeinflusst hat. Von politischem Ermessen ist in Fällen die Rede, in denen das Unionsrecht bestimmten Unionsorganen die Verantwortung für einzelne, oftmals politische Entscheidungen zweifelsfrei überträgt.¹¹⁹ Hier fragt sich, inwieweit dieses politische Ermessen rechtswidrige Maßnahmen legitimieren kann. Dem *EuGH* wurde

103 Schorkopf, ZSE 2012, 1 (19).

104 Hauck, EU-Wiederaufbaufonds – Mehr als nur eine Geldfrage, 19.5. 2020, <https://www.tagesschau.de/kommentar/wiederaufbau-plan-merkel-macron-101.html>.

105 Calliess, Das europäische Solidaritätsprinzip und die Krise des Euro – Von der Rechtsgemeinschaft zur Solidaritätsgemeinschaft?, 8.3.2011, 55, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper62-Calliess/Paper62-Das-europaeische-Solidarietaetsprinzip-und-die-Krise-des-Euro-Von-der-Rechtsgemeinschaft-zur-Solidarietaetsgemeinschaft.pdf.

106 So Bieber, Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 84, 24.9.2012, 13, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper84-Bieber/Paper84-Roland-Bieber-Gegenseitige-Verantwortung-Grundlage-des-Verfassungsprinzips-der-Solidarietaet-in-der-Europaeischen-Union.pdf.

107 Tauschinsky/Weiß, EuR 2018, 3 (17).

108 Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016 Rn. 393.

109 *EuGH*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 = NVwZ 2013, 49 Rn. 162 – Pringle.

110 *EuGH*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 = NVwZ 2013, 49 Rn. 163 – Pringle.

111 *EuGH*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 = NVwZ 2013, 49 Rn. 164 – Pringle.

112 Bawerschmidt, Die Rechtsperson der Europäischen Union im Wandel, 2019, 341.

113 Nemitz in Schwarze ua (Hrsg.), EU, EUV Art. 17 Rn. 4.

114 Keser, Das Beschränkungsverbot als unionsrechtliches Prinzip, 2018, 56, 57.

115 *EuGH*, Urt. v. 25.10.2001 – C-120/99, ECLI:EU:C:2001:567 = BeckRS 2004, 74223 Rn. 65 – Italien.

116 Tauschinsky/Weiß, EuR 2018, 3 (13).

117 Tauschinsky/Weiß, EuR 2018, 3 (13).

118 Tauschinsky/Weiß, EuR 2018, 3 (14).

119 Hillen, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, 311, mwN.

vorgeworfen, dass die im Pringle-Urteil in Bezug auf Art. 17 I EUV zitierten „allgemeinen Interessen“ und die „Anwendung des Unionsrechts“ fast beliebig jede Art von völkerrechtlicher Aufgabe rechtfertigen könne,¹²⁰ wobei der *EuGH* allerdings, wie bereits erwähnt, dort nur von einer mangelnden Verfälschung von Befugnissen in den Verträgen bei korrekter Anwendung des Art. 17 I EUV spricht. Wortlaut und Stellung des Initiativrechts in Bezug auf die allgemeinen Interessen in Art. 17 I 1 EUV vor den Hüter- und Kontrollrechten in S. 2 und 3 sprechen aber immerhin für die Ansicht,¹²¹ letzterer Tatbestand gebe der Kommission mehr auf, als reaktiv die Rechtsanwendung zu kontrollieren. Vor diesem Hintergrund scheint es zwar rechtlich (auch im Sinne des hier verfassten Zwischenergebnisses) vertretbar, aber nicht im Sinne der europäischen politischen Verfassungswirklichkeit, bereits an dieser Stelle anzunehmen, die in Art. 136 III AEUV verfasste Austeritätspolitik, die ausnahmsweise die Bonitätsmechanik überspiele, will und müsse dem Unionsinteresse verpflichtet sein,¹²² was eine sofortige Ermessensreduzierung des Initiativrechts auf Null bedeutete. *Schorkopf* sieht zu Recht die europäische Integration „in ein Dilemma hineinentwickelt:“ Ihre Dynamik benötige politisches Ermessen, ein fallbezogenes Aushandeln von Entscheidungen. Ihr normatives Selbstbild und ihr Anspruch, verfasster politischer Raum zu sein, forderten die Rechtsunion.¹²³ Auch er hält er es aber nicht für genügend, im Krisenmodus größere, bereits bestehende Beurteilungs- und Ermessensspielräume zu eröffnen, da „Krise“ kein technokratischer Ausnahmezustand sei.¹²⁴

a) *Freies Entschließungsermessen*. Das Vertragsverletzungsverfahren wird als die bedeutsamste prozessuale Form bezeichnet, unter der die Kommission ihrer in Art. 17 EUV angelegten Rolle als Hüterin der Verträge entspreche, wobei ihr im allgemeinen Interesse die Aufgabe zufalle, die Mitgliedstaaten bei der Einhaltung ihrer vertraglichen Pflichten zu überwachen.¹²⁵ Unter dem Begriff der auch von der Kommission für ihren Wiederaufbaufonds-Vorschlag ins Feld geführten „Gerechtigkeit“ wird im Hinblick auf das PSPP-Urteil des *BVerfG* kontrovers diskutiert, ob die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV gegen Deutschland einleiten müsse, ie ob sie in ihrem Entschließungsermessen gebunden ist. Nein, so eine Meinung, natürlich müsse „die Kommission gegenüber Deutschland keine Gerechtigkeit walten lassen, sie ist frei“. Es gebe nichts zu gewinnen: Politisch sei dann die Solidarität mit dem *BVerfG* auch derer zu befürchten, die dem Urteil ablehnend gegenüberstehen. Die europäische Integration sei ein politisch umstrittenes Projekt, die Vorstellung, man könne diesen Streit in Formen des Rechts beenden, verbinde viele der Kontrahenten im Irrtum.¹²⁶ Diese Begründung erscheint plausibel, selbst wenn man sich hier in diesem Einzelfall anders entscheiden mag. Das von ihr favorisierte ungebundene politische (Entschließungs-)Ermessen lässt ihr auch die Freiheit, kein Verfahren einzuleiten – und damit trotzdem politische, nicht juristische Gerechtigkeit walten zu lassen. Die entgegengesetzte Auffassung geht davon aus, in einer Rechtsgemeinschaft komme der Gerechtigkeit ein ermessensleitender Wert zu, so dass von einer rechtlichen Gebundenheit des Einleitungsermessens auszugehen sei.¹²⁷

b) *Unionsgerichtliche Ermessensprüfung*. Die ermessensbedingte Kontrollreduktion der Unionsgerichte beruht entweder auf einer Materie, in der das Gericht aus fachlichen oder praktischen Gründen nicht nachprüfen kann oder aus politischen Überlegungen nicht nachprüfen soll.¹²⁸ Der

EuGH billigt der Kommission ein weites Entschließungsermessen zu, indem er daran erinnert, dass die Kommission „frei beurteilen“¹²⁹ kann, ob sie die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage für zweckmäßig hält, ohne ihre Entscheidung rechtfertigen zu müssen. Er, der *Gerichtshof*, habe lediglich zu prüfen, ob die behauptete Zuwiderhandlung grundsätzlich in dem gewählten Verfahren verfolgt werden kann.¹³⁰ An anderer Stelle betont der *EuGH*, die Entscheidung der Kommission, kein Verfahren wegen rechtswidrigen Verhaltens einzuleiten, sei nicht geeignet, die außervertragliche Haftung der Union auszulösen.¹³¹ Ein nach Art. 263 II AEUV vom *EuGH* zu prüfender Ermessensmissbrauch wird angenommen, wenn ein Unionsorgan ausschließlich oder zumindest überwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken oder mit dem Ziel der Verfahrensumgehung Gebrauch gemacht hat.¹³² Dies ist nach den eigenen Vorstellungen des *EuGH* nur dann der Fall, wenn aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie zu anderen als den angegebenen Zwecken getroffen wurde.¹³³ Im Falle des Art. 17 I 1 EUV handelt es sich aber um ein politisches Ermessen. Dort, wo die dem Unionsorgan zugewiesene politische Gestaltungsentscheidung von diesem eine Einschätzung und Abwägung verschiedener, oftmals gegensätzlicher Interessen verlangt, steht sie im Sinne des (unten noch zu behandelnden) institutionellen Gleichgewichts einer anschließenden Ablösung durch eigene Überlegungen von Unionsgerichten zu Fragen der Opportunität und politischer Ausrichtung grundsätzlich entgegen.¹³⁴ Das setzt aber zB voraus, dass eine Abwägung stattgefunden hat. Im Hinblick auf den Kommissionsvorschlag zum Wiederaufbaufonds ist noch zweierlei zu berücksichtigen:

c) *Unabhängige Ausübung des Initiativrechts*. Zum einen, dass der Europäische Rat zuvor die Kommission beauftragt hat, umgehend einen Vorschlag zur Errichtung eines Aufbaufonds auszuarbeiten, in dem auch die Verbindung zwischen dem Fonds und dem langfristigen Haushalt der EU geklärt wird.¹³⁵ Dieser „Auftrag“ lässt aber so viel Spielraum offen, dass das Initiativrecht der Kommission nicht

120 *Bauerschmidt*, Die Rechtsperson der Europäischen Union im Wandel, 2019, 342, m. Hinw. auf *Craig*, *EuConst* 9 (2013), 263, 278.

121 *Nemitz* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, EUV Art.* 7 Rn. 13.

122 *Hufeld* in *Müller-Graff* (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht*, 2015, § 22 Rn. 108.

123 *Schorkopf*, *ZSE* 2014, 395 (404).

124 *Schorkopf*, *ZSE* 2014, 395 (401).

125 *Schwarze/Wunderlich* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art.* 258 Rn. 2.

126 *Möllers*, Sollte die EU-Kommission Deutschland wegen des Karlsruher Ultra-vires-Urteils verklagen? CONTRA, 16.5.2020, <https://verfassungsblog.de/sollte-die-eu-kommission-deutschland-wegen-des-karlsruher-ultra-vires-urteils-verklagen-contral/>.

127 *Ludwigs/Sikora*, *EWS* Heft 3/2020, Die erste Seite.

128 *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, 311, mwN.

129 Das Unionsrecht unterscheidet nicht kategorial zwischen tatbestandlichem Beurteilungsspielraum und rechtsfolgeseitigem Ermessen, s. *Wendel*, *Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem*, 2019, 305, Fn. 217.

130 *EuGH*, *Urt. v. 26.6.2001 – C-70/99*, *ECLI:EU:C:2001:355* = *BeckRS* 2004, 77727 Rn. 17 – Portugal.

131 *EuGH*, *Urt. v. 1.10.2019 – C-236/19 P*, *ECLI:EU:C:2019:804* = *BeckRS* 2019, 23658 Rn. 24 – Szécsi.

132 *Schwarze/Voet van Vormizeele* in *Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art.* 263 Rn. 81.

133 *EuGH*, *C-69/83*, *ECLI:EU:C:1984:225* = *BeckRS* 2004, 73 Rn. 30 – Lux.

134 *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, 311, 312.

135 Europäischer Rat, Videokonferenz der Mitglieder des Europäischen Rates, 19.6.2020, <https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/european-council/2020/06/19/>.

beeinträchtigt wird. Aufgrund des Initiativrechts des Art. 17 I EUV steht der Kommission auch zu, den Gegenstand, das Ziel und den Inhalt des Vorschlags zu bestimmen.¹³⁶ Außerdem ist bereits die Annahme dieses Auftrags eine Entscheidung des politischen Ermessens der Kommission. Der Begriff des Auftrags scheint daher etwas unglücklich gewählt. Das Initiativrecht verleiht der Kommission die Befugnis, in vollkommener Unabhängigkeit über die Opportunität eines Rechtssetzungsvorschlags oder die Änderung eines solchen Vorschlags zu befinden, so dass kein anderes Organ die Kommission dazu zwingen kann, eine Initiative zu ergreifen, wenn sie darin kein Interesse der Union sieht.¹³⁷ Das *BVerfG* erkennt im Lissabon-Vertrag eine „Verlagerung des Schwerpunkts politischer Gestaltung hin zur Kommission“,¹³⁸ die ihrem Initiativrecht noch mehr Gewicht verleiht. In der Literatur wird der faktische Einfluss, den die Kommission durch die Vorlage eines Vorschlags ausübt, hervorgehoben.¹³⁹

d) *Fast formloser Stimmungstest*. Zum anderen handelt es sich bei dem Kommissionsvorschlag förmlich nur um eine Mitteilung an die gesetzgebenden EU-Organe. Mitteilungen sind von verbindlichen Entscheidungen und auf Rechtsetzung zielenden Vorschlägen abzugrenzen.¹⁴⁰ Damit kommt hier Art. 293 I AEUV, wonach der Rat Vorschläge der Kommission einstimmig abändern kann, nicht zum Zuge. Art. 293 AEUV bezieht sich nämlich auf das Rechtssetzungsverfahren, weil er ins Kapitel über die Rechtsakte der Union aufgenommen und unmittelbar vor den Verfahrensregeln der Rechtsetzung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren geführt wird.¹⁴¹ Das scheint zwar den Druck auf die gesetzgebenden Organe zu vermindern. Es dürfte aber eher dem politischen Kalkül der Kommission entsprechen, mithilfe einer Mitteilung die Stimmung unverbindlich an zu testen, Kompromisslinien auszuloten und gegebenenfalls kurzfristig inhaltlich nachzubessern. Einen förmlichen Rechtssetzungsvorschlag kann die Kommission hingegen nur ändern und zurücknehmen, solange kein Beschluss des Rates ergangen ist.¹⁴²

3. Feststellung des Unionsinteresses in „multivarianter Optimierung“

Eine solche Entscheidung über das Ob und das Wie eines Vorschlags kann nur die Kommission treffen. Gemäß Art. 13 II 1 EUV handelt jedes Organ nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Verträgen festgelegt sind. Hieraus hat der *EuGH* in seiner *Meroni*-Entscheidung geschlussfolgert, dass das für den organisatorischen Aufbau der Gemeinschaft kennzeichnende Gleichgewicht der Gewalten eine grundlegende Garantie darstellt, die die Übertragung von Befugnissen mit Ermessenspielraum auf andere Einrichtungen ausschließt.¹⁴³

a) *Identifizierung des Unionsinteresses*. Wie bestimmt die Kommission das Unionsinteresse iSd Art. 17 I EUV? Aus Art. 17 I 1 EUV soll sich der übergreifende Charakter der Gemeinwohlorientierung als Ordnungsidee der EU und damit die positivrechtliche Anerkennung eines Unionsgemeinwohls als normatives Leitprinzip ergeben, und zwar unter Zugrundelegung einer die entsprechenden Einzelregelungen zusammenführenden, abstrahierenden Betrachtung.¹⁴⁴ *Tauschinsky/Weiß* präzisieren die Aufgabe der Kommission, das Unionsinteresse durch Abgleich der verschiedenen Partikularinteressen, die von den verschiedenen Parteien artikuliert werden, zu bestimmen, womit allerdings nicht so sehr das Unionsinteresse in seiner Pluralität im Mittelpunkt

stehe, sondern eher das strategische „bargaining“ zwischen verschiedenen Einzelpositionen.¹⁴⁵ Von den spezifischen und partikularen Interessen ausgehend, erscheint ihnen die Findung des jeweils zu verfolgenden Unionsinteresses wie eine Übung multivarianter Optimierung. Das zu verfolgende Unionsinteresse sei damit die Kombination von spezifischen Interessen, die den verschiedenen Einzelinteressen den jeweils größtmöglichen Raum lasse.¹⁴⁶ Damit wird zugleich deutlich, dass legitimes Unionshandeln dem allgemeinen öffentlichen Interesse und nicht Partikularinteressen folgt, ja diese damit üblicherweise sogar abwehrt.¹⁴⁷ Die besonders starke Bindung der Kommission an das Unionsinteresse habe auch den Zweck, ihre fehlende demokratische Legitimation auszugleichen.¹⁴⁸ Dem kann hinzugefügt werden, dass gerade ihre fehlende bzw. nicht unmittelbare demokratische Legitimation die Kommission in den Stand versetzt, wirklich sachgerechte, auch vom kurzfristigen Wählerwillen unabhängige Entscheidungen zugunsten des Unionsinteresses zu treffen. Die gescheiterten Klimakonferenzen von Kopenhagen und Cancún werden als Beleg für die Notwendigkeit gesehen, dass die Übernahme gemeinsamer Verantwortung für globale Kollektivgüter schnell mit nationalstaatlichen Partikularinteressen und den kurzfristigen Interessen einer Wählermehrheit in den jeweiligen Ländern kollidieren kann.¹⁴⁹ Im Falle der Werte des Art. 2 EUV kommt hinzu, dass sie in ihrer identitätsbildenden und integrationsfördernden Funktion dadurch verstärkt werden, dass sie an Prinzipien angeknüpft werden, die den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten entstammen und damit ein „System wechselseitiger Verfassungsstabilisierung“ entstehen lassen. Als offenes Konzept setzen sie aber keine übereinstimmende Ausprägung voraus, sind niemals abschließend definiert, vielmehr offen für sich wandelnde Vorstellungen und verschiedenartige Konkretisierungen.¹⁵⁰

b) *Identifizierung der Partikularinteressen*. Worin bestehen die verschiedenen Partikularinteressen im vorliegenden Fall der diskutierten Hilfsmaßnahmen für die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise? Gegenüber stehen sich im Wesentlichen Nehmerländer mit dem Ziel, bedingungslose Zuwendungen zu erhalten, und Geberländer, die den Mittelfluss an Rückzahlung und Auflagen knüpfen wollen, um die Nehmerländer in den Stand zu setzen, krisenbedingte Finanzhilfen zukünftig nicht mehr zu benötigen. Wie bereits beschrieben, beinhaltet der deutsch-französische Vorschlag einen Wiederaufbaufonds, der aus reinen, nicht rückzahlbaren Zu-

136 *EuGH*, C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217 = *EuZW* 2015, 628 Rn. 70 – Rat/Kommission = *NVwZ* 2015, 1593 Ls.

137 Generalanwalt am *EuGH Niilo Jääskinen*, Schlussanträge vom 18.4.2018 – C-409/13, ECLI:EU:C:2014:2470 = *BeckRS* 2015, 80031 Rn. 49.

138 *BVerfGE* 123, 267 = *NJW* 2009, 2267 Rn. 297 = *EuZW* 2009, 552 Ls.
139 *Geber*, Die Netzanbindung von Offshoreanlagen im europäischen Supergrid, 2014, 66.

140 *Nemitz in Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, EUV Art. 17* Rn. 4.

141 *Schoo in Schwarze* ua (Hrsg.), *EU, AEUV Art. 293* Rn. 4.

142 *EuGH*, C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217 = *EuZW* 2015, 628 – Rat/Kommission Rn. 74 ff., 96 = *NVwZ* 2015, 1593 Ls.

143 *EuGH*, *Urt. v. 13.6.1958* – C-10/56, ECLI:EU:C:1958:8 = *BeckRS* 2004, 70579 S. 82 – *Meroni*.

144 *Nowrot*, Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft, 2014, 565.

145 *Tauschinsky/Weiß*, *EuR* 2018, 3 (28).

146 *Tauschinsky/Weiß*, *EuR* 2018, 3 (12).

147 *Tauschinsky/Weiß*, *EuR* 2018, 3 (13, 14).

148 So *Tauschinsky/Weiß*, *EuR* 2018, 3 (12).

149 *Müller*, Neo-Ordoliberalismus: Ein Zukunftsmodell für die Soziale Marktwirtschaft, 2019, 157.

150 *Sommermann in Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht: Grundlagen und Politiken der Union* § 3 Rn. 12, mwN.

schüssen iHv 500 Mrd. Euro besteht. Das Geld für den deutsch-französischen Vorschlag soll zwar von der EU in Form von Krediten am Kapitalmarkt aufgenommen, aber über den EU-Haushalt als Zuwendung verteilt werden. Im Gegensatz zu einer (direkten) Finanzierung über Corona-Bonds würde eine Finanzierung über den EU-Haushalt bedeuten, dass die üblichen EU-Haushaltsregeln gelten, nur Projekte finanziert würden und nicht etwa der Staatshaushalt einzelner Mitgliedstaaten belastet werden, im Unterschied zu Corona-Bonds sei die gemeinsame Haftung begrenzt auf den Umfang der Garantien im EU-Haushalt.¹⁵¹ Von einer Konditionierung mit einer soliden nationalen Haushaltspolitik ist dort allerdings nicht die Rede. Der Gegenentwurf der „sparsamen Vier“ Österreich, Niederlande, Dänemark und Schweden sieht nur die Vergabe von Krediten (ohne Angabe eines maximalen Umfangs) vor. Das Geld hierfür soll ebenfalls an den Finanzmärkten für einen Notfallfonds aufgenommen werden, dann aber ausschließlich als günstige Kredite an die Mitgliedstaaten weitergereicht werden. Außerdem sollen die Zahlungen an „ein starkes Bekenntnis zu Reformen“ und Haushaltsvorgaben geknüpft werden. Des Weiteren müsse das Geld für den Wiederaufbau und die künftige Widerstandsfähigkeit des Gesundheitssektors und der Wirtschaft eingesetzt werden.¹⁵² Bei der Erstellung ihres hierauf folgenden Vorschlags könnte die Kommission berücksichtigt haben, dass Deutschland und Frankreich als große Mitgliedstaaten zwar für sich genommen keine Mehrheit in der EU repräsentieren, aber noch weitere Mitgliedstaaten für sich gewinnen dürften, von den hilfsbedürftigen ganz abgesehen. Dagegen sind die „sparsamen Vier“ nur kleine Mitgliedstaaten ohne größeres Überzeugungspotenzial, die allerdings nach Art. 16 IV UAbs. 2 EUV eine Sperrminorität bilden. Dieses „Mehrheitsverhältnis“ bildet der Kommissionsvorschlag insofern ab, als von den 750 Mrd. 500 Euro Mrd., also zwei Drittel, als nicht rückzahlbare, nicht an solide Haushaltspolitik gebundene Zuwendungen im Sinne des deutsch-französischen Vorschlags betitelt sind und 250 Mrd. Euro, also ein Drittel, als haushalterisch konditionierte Kredite im Sinne der „sparsamen Vier“.

4. Neuroökonomie – die vertriebene Vernunft

a) *Mitleid statt Solidarität?* Mit diesem „2/3“-Vorschlag hat die Kommission also weitgehend Abstand genommen vom Prinzip der konditionierenden Haushaltspolitik. Dieses Fehlen von Konditionalität und überwiegender Kreditierung der Hilfszuwendungen führt daher zurück zu der Frage, inwieweit Solidarität als „Wert“ iSd Art. 2 und 3 EUV zur Begründung und rechtlichen Legitimierung herangezogen werden kann. Der Unterschied zur bisherigen Fragestellung besteht darin, dass sie nunmehr im Rahmen des freien politischen Ermessens bei der Wahrung des Unionsinteresses durch die Kommission aufkommt. Deswegen kann es hier nicht genügen, Solidarität mit unscharfen Allgemeinplätzen wie starker Verbundenheit, Zusammenhalt, der Erwartung gemeinsamer Handlungen oder mit der konkreten Form von uneingeschränkter Hilfestellung in Krisensituationen zu umschreiben. Die Ausübung des freien politischen Ermessens kommt da in ihre Grenzen, wo es nicht mehr um dessen Zweckmäßigkeit geht, sondern die Prinzipien der Europäischen Verfassung ihre Identität zu verlieren drohen. Es beginnt mit der Frage, wo genau aus Solidarität Mitleid wird, das nicht zum Ziel- und Wertekatalog gehört und das daher nicht Grundlage einer (bedingungslosen) Hilfszusage sein kann. Die Neuroökonomie ist ein interdisziplinärer Ansatz, in dem Ökonomen, Psycho-

logen und Neurologen versuchen, die nach wie vor vorhandene Lücke zwischen den Annahmen über das Verhalten der Wirtschaftssubjekte in den neoklassischen Modellen und dem tatsächlichen Handeln der Menschen zu schließen.¹⁵³

b) *Emotionen statt Ratio.* Ausgehend von der starken emotionalen Aufgeladenheit des Begriffs „Konditionalität“ in dieser Debatte wird die Sorge um den mitgliedstaatlichen Souveränitätsverlust für nachvollziehbar gehalten, ein faktischer Verzicht auf bindende Vorgaben zur Mittelverwendung aber für unvertretbar.¹⁵⁴ Zusätzlich sind zwei Erkenntnisse hervorzuheben, die Entscheidungszusammenhänge erklären können, ohne sie damit rechtlich zu plausibilisieren. Zum einen, dass das Vertrauen in Objekte ein anderes ist als das Vertrauen in Personen und dass für die politische Ökonomie die Frage aufgeworfen worden ist, wie es mit dem Vertrauen in Unternehmen und staatliche Institutionen bestellt ist, denen zwar Systemvertrauen entgegengebracht wird, die aber aus Personen bzw. Interaktionen bestehen.¹⁵⁵ Zum anderen ganz konkret die spieltheoretische Problemstellung des „ultimate game“ in der Situation zwischen zwei Spielern über die Aufteilung einer Beute. Ein Spieler kann beliebig über die Aufteilung entscheiden, der andere kann akzeptieren oder entscheiden, dass beide leer ausgehen.¹⁵⁶ Der erste Spieler wird regelmäßig vom zweiten, der ablehnt, als zu gierig bestraft, die Spieltheorie irrt sich empirisch, weil sie den zweiten Spieler für rational hält und glaubt, er begnüge sich mit dem kleinen Anteil.¹⁵⁷ Italien hat von der EU iHv 39 Mrd. Euro (allerdings bedingungslos) über den ESM angebotene Hilfskredite für Ausgaben im Gesundheitssystem abgelehnt. Trotz dieser Bedingungslosigkeit stellte der italienische Ministerpräsident Conte klar, er werde für Eurobonds kämpfen und klarstellen, dass der ESM völlig unangemessen sei. „Kein ESM, wird sind Italiener“, sekundierte der Führer der rechten Lega, Salvini.¹⁵⁸ Auch wenn es hier um keine Gier des Gebers geht, so geht es doch um dessen irrationale Abstrafung durch Zurückweisung und einen ökonomisch irrationalen Verzicht, denn die weiteren Forderungen hätten ja auch unter einer Angebotsannahme gestellt werden können.

c) *Solidarität als vernunftbegründeter Maßstab.* Die Solidarität hingegen wird von *Hannah Arendt* als der Vernunft teilhaftig beschrieben, sie kenne das Allgemeine und sei damit fähig, ein Kollektiv begrifflich zu erfassen, nicht nur das Kollektiv einer Klasse oder einer Nation oder eines Volkes, sondern die Idee der Menschheit, wie die Vernunft sie uns vorgebe (womit sie inhaltlich das Unionsinteresse als über den Partikularinteressen stehende Abwägungsplattform erreicht). Zwar könne diese Solidarität, sofern sie sich auch als Gefühl äußere, durch den Anblick fremder Not erweckt werden, aber sie werde erst sie selbst, wenn sie das

151 N.N., „Die sparsamen Vier“ – Merkel-Macron-Gegner zeigen Alternative auf, 23.5.2020, <https://www.n-tv.de/politik/Merkel-Macron-Gegner-zeigen-Alternative-auf-article21799194.html>.

152 N.N., Wiederaufbaufonds – Streit um EU-Finanzhilfen in der Coronakrise, 26.5.2020, https://www.deutschlandfunk.de/wiederaufbaufonds-streit-um-eu-finanzhilfen-in-der-2897.de.html?dram:article_id=477423#Vier.

153 *Ziegler*, Geschichte des ökonomischen Denkens, 2. Aufl. 2008, 14.

154 *Heinemann*, „Next Generation EU“ und das drohende Risiko einer verpassten europäischen Chance, 6.7.2020, 7.

155 *Priddat/Kabalak*, Wozu Neuroökonomie?, *Wirtschaftsdienst* 2008, 138, 139.

156 *Priddat/Kabalak*, Wozu Neuroökonomie?, *Wirtschaftsdienst*, 138, 139.

157 *Priddat/Kabalak*, Wozu Neuroökonomie?, *Wirtschaftsdienst*, 138, 139, 140.

158 *Seisselberg*, Coronavirus-Hilfen – Italien sagt Nein zu 39 Mrd. der EU, 14.4.2020, <https://www.tagesschau.de/ausland/eu-hilfen-italien-101.html>.

reine Mit-Leiden übersteige und die Starken und Reichen ebenso miteinbeziehe wie die Armen und Schlechtweggekommenen. Hinzu komme, dass die echte Leidenschaft des Mitleidens im Politischen, wo wir es immer mit den Vielen zu tun hätten, immer scheitern müsse; nur das Gefühl des Mitleids, das sich in gefühlsselliger Distanz zu seinem Objekt halte, könne sich einer Menge mitteilen und im Raum der Öffentlichkeit erscheinen, um dann als der demagogisch gefährlichste Konkurrent der Solidarität überall dort aufzutreten, wo die Unterdrückten und Enterbten die Mehrheit ausmachen.¹⁵⁹ Hieraus wird richtigerweise zum einen geschlossen, dass sich wirkliche Verbundenheit mit den Schwächeren aus Solidarität ergebe,¹⁶⁰ nicht aus Mitleid. Zum anderen sei Solidarität im Gegensatz zum Mitleid ein Prinzip und keine Emotion, welche nicht der Vernunft teilhaftig sei, weil sie weder abstrahieren noch generalisieren könne.¹⁶¹ Und schließlich ergibt sich aus *Ahrens* Ausführungen, dass Mitleid deswegen antipolitisch ist, weil es die adäquate Reaktion auf die falsche, antipolitische, Interpretation der Volkssouveränität ist. Denn demokratische Entscheidungsfindung werde durch mitleidige Einfühlung ersetzt, in welcher das Volk selbst zu einem ungeteilten Subjekt mit einem ungeteilten Willen werde.¹⁶² Zugegeben, die *Ahrendtschen* Überlegungen fußen nicht auf den Erfahrungen einer Pandemie, sondern auf denen der französischen Revolution und den aus ihr folgenden Grausamkeiten. Sie beanspruchen aber Grundsätzlichkeit und unterscheiden zwischen Abstrahierung und Konkretisierung bei der Krisenreaktion. In beiden Fällen geht es darum, die schweren Folgen eines leidvollen krisenhaften Geschehens für eine große Zahl von Menschen mit außergewöhnlichen Maßnahmen zu bekämpfen.

VII. Ergebnis

Die europäische Finanzverfassung wird vom Prinzip der Solidarität geprägt. Dieses beruht aber auf Gegenseitigkeit, indem es seinerseits vom Prinzip der konditionierenden Haushaltspolitik ökonomisch und rechtlich, entscheidend und existenziell bestimmt wird. Es soll Empfängerstaaten nicht nur kurzfristig helfen, sondern auch dergestalt ertüchtigen und Anreiz geben, zukünftige Krisen autonom überstehen und gegebenenfalls ihrerseits helfen zu können – do ut des: Ich gebe, damit Du gebest. De facto von den Auflagen einer soliden Haushaltspolitik befreite Finanzhilfen sind hiermit unionsrechtlich nicht vereinbar. Das Ausmaß und die Schwere der Corona-Krise haben aber dazu geführt, dass rechtliche und ökonomische Argumente in der öffentlichen Diskussion in den Hintergrund treten und damit den Verlauf der Rechtssetzung beeinflussen. Das mit weitem politischem Ermessen ausgestattete Initiativrecht der Kommission ermöglicht es ihr zwar, auch solche Hilfsmaßnahmen vorzuschlagen, deren Unionsrechtmäßigkeit in Zweifel stehen. Hiervon geht aber eine normative Kraft des Faktischen aus, da sie Rechtssetzungsprozesse in Gang setzt, obwohl sie die Grundlagen der Europäischen Finanzverfassung ignoriert und gefährdet. Bei der Ausübung des politischen Ermessens muss die Kommission deshalb eine wertekonforme Abwägung zur Feststellung des Unionsinteresses vornehmen. Dabei ist eine Bezugnahme auf das Prinzip der Solidarität dort ausgeschlossen, wo Solidarität in bloßes Mitleid übergeht, das eine vernunftbezogene Abwägung partikularer Interessen und damit eine Konkretisierung des Unionsinteresses im Rahmen des Art. 17 I 1 EUV unmöglich macht. Dieser Ermessensfehler ist unionsgerichtlich überprüfbar, weil eine echte Abwägung partikularer Interessen nicht stattgefunden und das Gericht die Entscheidung

der Kommission durch keine eigene ersetzen kann, sondern die unterbliebene, allerdings auf nahe Null reduzierte Ermessensausübung im Hinblick auf die Gegenseitigkeit der Solidarität zu rügen hat.

VIII. Ausblick

Dieses Problem sollte aber nicht erst gerichtlich gelöst werden. Der normativen Kraft des Faktischen sollte vielmehr das „Konzept verhandelter Normativität“¹⁶³ entgegengesetzt werden. In dem „Nahe-Null“ der Ausübung des politischen Ermessens liegt auch die Lösung des Problems, ebenso wie die Chance für den Erhalt des Integrationsgedankens insgesamt. Sie kann nur darin bestehen, Hilfsmaßnahmen mit Haushaltskonditionen zu verbinden und so zu gestalten, zu verlängern und abzufedern, dass sie sich von zu harten Auflagen unterscheiden und sozial verträglich sind, dabei Akzeptanz in der Zivilgesellschaft finden, aber trotzdem zur Gesundung der öffentlichen Finanzen führen. Hierin liegt die Verhandlungs- und Gestaltungskunst des Politischen, beginnend mit der initialen politischen Ermessensausübung der Kommission, deren Abwägungsspektrum grundsätzlich alles zu berücksichtigen, nichts auszuschließen und dabei zugleich aber das Recht zu respektieren hat. Die Spekulation darauf, dass nur de facto auflagenfreie Hilfsmaßnahmen das Aufkommen extremistischer Mehrheiten in den Empfängerstaaten verhindern und damit den Bestand der Union sichern können, spricht aus Sicht der Geberländer, die ebensolche Verhältnisse bei sich fürchten, genauso gut für eine Konditionierung. Beides darf nicht zum alleinigen Maßstab für den Mittelfluss werden. Das gilt ebenso für die Grundsätzlichkeit der Feststellung, dass nicht jeder Mitgliedstaat eine politische Ökonomie habe, die eine Agenda-Reform aushalte und dass allein das Bestreben der Union, mit Recht zu stabilisieren, sie destabilisiere.¹⁶⁴ Diese Schwierigkeit dürfte durch die Einigung des Europäischen Rates vom 21.7.2020, die letztlich wiederum politische Mehrheiten in Rat und Europäischem Rat über den Mittelfluss entscheiden lassen will, nicht entschärft worden sein. Denn „[e]s ist Teil des Kompromisses, hierbei mehr auf Vertrauen als auf Kontrolle zu setzen. Das könnte sich als problematisch erweisen.“¹⁶⁵ Kommt es auf der politisch-rechtlichen Basis in der Praxis zu einer Lösung ohne konditionierende nationale Haushaltspolitik, so könnte sich das von *Paul Kirchhof* anlässlich des PStP-Urteils des *BVerfG* prognostizierte Szenario auch hier aufturn: Eine gerichtliche Unterbindung illegaler Geldzuweisung lässt die Bereitschaft zu einer einstimmigen Vertragsänderung steigen, eine hoheitlich verordnete Umverteilung hingegen wird scheitern.¹⁶⁶ Das Erstere lässt eine Abschaffung des unionalen Schuldenübernahmeverbotes vermuten, was den wirtschaftlichen Untergang der Union zur Folge haben dürfte. Das Letztere ebenso, variiert mit einem vorherigen Verlassen der Union durch die Geberländer oder ihrer rechtlich kontroversen Verweigerung der finanziellen Gefolgschaft. ■

159 *Arendt*, Über die Revolution, 1965, 113, 114.

160 *Mohrman*, Affekt und Revolution: Politisches Handeln nach Arendt und Kant, 2015, 48.

161 *Mohrman*, Affekt und Revolution: Politisches Handeln nach Arendt und Kant, 47.

162 *Mohrman*, Affekt und Revolution: Politisches Handeln nach Arendt und Kant, 44, 45.

163 Begriff stammt von *Schorkopf*, ZSE 2014, 395 (401).

164 Vgl. *Schorkopf*, ZSE 2014, 395 (404).

165 *Röttgen*, zitiert in *Kessler*, Neuer Schwung für Europa, RP v. 22.7.2020, 1.

166 *Kirchhof*, NJW 2020, 2057 (2063).