

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Soltész*

Das EU-Beihilferecht und der Brexit – Folgen, künftige Modelle und Vorwirkungen

Der geplante Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU beherrscht nicht nur die Tagespresse, sondern auch die EU-rechtliche Diskussion (s. nur Skouris, EuZW 2016, 806). Der vorliegende Beitrag skizziert, wie das künftige Verhältnis der EU zu Großbritannien im Hinblick auf die Kontrolle staatlicher Beihilfen ausgestaltet werden könnte. Zudem werden die Auswirkungen beschrieben, die sich – wie der Fall Nissan zeigt – bereits heute aus dem angekündigten Brexit ergeben können.

I. Beihilferecht und Brexit

Über den Brexit ist jüngst so viel geschrieben und spekuliert worden, dass sich mittlerweile bei vielen Betroffenen gewisse Ermüdungserscheinungen einstellen. Dennoch lohnt es sich – trotz dieser „*Brexit fatigue*“ – die möglichen Folgen für einzelne Rechtsbereiche genauer zu beleuchten, denn diese dürften tiefgreifender Natur sein und sie stellen sich bereits heute ganz konkret. Das gilt insbesondere für das europäische Beihilferecht, das wegen seiner unmittelbaren Anwendbarkeit, seiner großen wirtschaftlichen Bedeutung und der erheblichen Wirkungen auf die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten eine besonders sensible Regelungsmaterie ist. Im Folgenden sollen künftige Modelle einer Beihilfenkontrolle im Verhältnis EU/Großbritannien (II), aber auch die praktischen Auswirkungen, die bereits heute zu spüren sind (III), kurz untersucht werden. Der Beitrag schließt mit einer allgemeinen Betrachtung zur Bedeutung einer effektiven Beihilfenkontrolle für den Binnenmarkt (IV).

II. Das künftige Modell

Die Frage, wie das künftige Verhältnis der EU zu Großbritannien beihilferechtlich ausgestaltet werden soll, gleicht dem berühmten Blick in die Kristallkugel. Dennoch lassen sich bereits heute konkrete Eckpunkte absehen, je nachdem welches grundsätzliche Modell gewählt wird.¹

1. „Hard Brexit“

Am einfachsten (in juristischer Hinsicht) wäre die Rechtslage, wenn es tatsächlich zu einem „*hard Brexit*“ käme, das heißt Großbritannien bliebe in diesem Fall mit der EU nur über ein Abkommen wie mit sonstigen Drittländern verbunden. Eine echte Beihilfenkontrolle gäbe es in diesem Fall nicht; es würden die allgemeinen WTO-Regeln gelten, die generell laxer sind und auch keine supranationale Beihilfenaufsicht kennen.

Ob Großbritannien in diesem Fall ein eigenes Beihilfenkontrollsystem einführt, das es zum Beispiel Wettbewerbern erlaubt, sich über wettbewerbsverzerrende Subventionen der Teilstaaten zu beschweren (zB wenn walisische Förderbehörden englische Unternehmen weglocken), wird auf der anderen Seite des Kanals offenbar diskutiert.² Ironisch wäre jedenfalls, wenn gerade Großbritannien, das die konsequente Anwendung des Beihilfeverbots propagiert und gelebt hat, dieses ersatzlos verlieren würde.

The decision of the United Kingdom to leave the EU has been heavily discussed in the press as well as in EU law circles (cf. Skouris, EuZW 2016, 806). This article outlines how the future relationship between the EU and Great Britain could be shaped with regard to State aid control. In addition, the article highlights the implications resulting from the Brexit which could – as shown by the example of Nissan – be seen already today.

2. (Verschiedene Formen eines) „Soft Brexit“

Einigen Brexit-Befürwortern schwebt derzeit bekanntlich ein Modell vor, wonach in Anlehnung an die EWR-Regeln die wesentlichen „Grundfreiheiten“ und andere Kernelemente des Binnenmarkts erhalten bleiben sollen. Hierbei gibt es verschiedene Spielarten, die aber alle dieselben Zielkonflikte aufweisen.

a) „EWR plus“

Ein EWR-ähnliches Modell würde für britische Unternehmen den (wechselseitigen) Zugang zum Binnenmarkt garantieren. Hierbei müsste allerdings verhindert werden, dass britische oder EU-Unternehmen über wettbewerbsverzerrende staatliche Beihilfen verfügen.³ Es kann zum Beispiel nicht sein, dass britische Banken im Fall einer neuen Finanzkrise frei subventioniert werden dürfen, während ihre EU-Wettbewerber (neben den sonstigen strengen EU-Regularien über die Bankenunion) den strengen Vorgaben des EU-Beihilferechts unterliegen. Genau aus diesem Grund sind die Wettbewerbsregeln seit 1958 integraler Bestandteil des Binnenmarkts bzw. des Gemeinsamen Markts.⁴

Um ein solches „*level playing field*“ zu erreichen, müsste – ähnlich wie im EWR – ein im Kern supranationales Zuständigkeits- und Kooperationsystem eingeführt werden, in dem Beihilfen in einem Mitentscheidungsverfahren gemeinsam von der Kommission und der britischen Seite genehmigt würden. Aus diesem Grund müsste wohl – wie im EWR – Großbritannien auch den „*acquis communautaire*“ voll übernehmen und wäre dann auch über ein Kohärenzgebot an die Rechtsprechung der Unionsgerichte gebunden.⁵

Es ist nur schwer vorstellbar, dass die britische Seite dies akzeptieren würde.⁶ Dieses System stünde im offenen Widerspruch zum Grundgedanken des Brexit und seinem Leitmotiv des „*take back control*“. Ein unabhängiges Großbritannien wird sich wohl kaum einem Verdikt aus Brüssel unterwerfen, wenn es um die Unterstützung bedrohter nationaler

* Der Autor ist Partner bei *Gleiss Lutz*, Brüssel.

1 Hierzu *Baudenbacher*, NZKart 2016, 498; *Buendia Sierra*, EStAL 2016, 331; *Peretz*, EStAL 2016, 334.

2 *Peretz*, EStAL 2016, 334 (337).

3 *Buendia Sierra*, EStAL 2016, 331 (332).

4 Vgl. Art. 3 I Buchst. b AEUV.

5 Zu weiteren Einzelheiten s. *Peretz*, EStAL 2016, 334 (335).

6 Unabhängig hiervon müsste eine solche Lösung auch von den EWR-/EFTA-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein akzeptiert werden.

Champions geht. Dies wurde auch bereits von Vertretern der britischen Regierung betont.⁷

b) Assoziierungsabkommen

Ebenfalls denkbar wäre ein Modell, das sich an die so genannten Europa-Abkommen anlehnt. Hierbei handelte es sich um Assoziierungsabkommen, die vor allem in den 1990er Jahren mit den zentral- und osteuropäischen Ländern zur Vorbereitung ihres Beitritts geschlossen wurden und die auch Beihilferegeln und ein gewisses Institutionengefüge zu deren Durchsetzung vorsahen. Dies geschah jedoch unter anderen Vorzeichen (kleinere Staaten, Abkommen dienten als Vorstufe zur Vollmitgliedschaft),⁸ und die Erfahrungen waren nicht nur positiv,⁹ vor allem was die Effizienz eines solchen Systems angeht. Im Übrigen bestehen die gleichen Bedenken wie im Modell „EWR plus“.

c) Sektorspezifische Regelung

Relativ neu ist die (britische) Idee, dass für einige ausgewählte, strategisch wichtige Sektoren der Zugang zum Binnenmarkt erhalten bleiben soll, zum Beispiel für die Kfz-Industrie und die Finanzdienstleister. Abgesehen von den Bedenken, die hierzu auf nationaler Ebene geäußert werden (Fragen der Gleichbehandlung: Wer bestimmt die begünstigten Sektoren?), waren die praktischen Erfahrungen mit sektorspezifischen Regelungen im Bereich des Beihilferechts allgemein ganz überwiegend negativ, wie zum Beispiel mit dem Kfz-Rahmen¹⁰ und dem Beihilfekodex für die Kunstfaserindustrie.¹¹ Aus diesen Gründen wurden diese Regelungen für bestimmte Industriesektoren schrittweise abgeschafft.

d) Bilaterales Abkommen

Eine letzte Spielart des „soft Brexit“ wäre die Vereinbarung eines Netzwerks von bilateralen Abkommen wie mit der Schweiz. Dies umfasst allerdings eine Vielzahl von Vereinbarungen, die laufend angepasst werden müssen. Eine solche Lösung wäre auch aus Sicht der EU kaum akzeptabel,¹² denn das Schweizer Modell hat sich nicht bewährt.

III. Gegenwärtige Auswirkungen

1. Weiterhin Anwendung des Beihilferechts – auch während einer (möglichen) Übergangsphase

Darüber hinaus scheinen einige „Leave“-Befürworter verdrängt zu haben, dass das Vereinigte Königreich nach wie vor EU-Mitgliedstaat mit allen sich hieraus ergebenden Rechten und Pflichten ist. Sollte es zu einem „soft Brexit“ kommen, so werden allgemein Übergangsregeln erwartet, so dass dieser Status für eine Phase von einigen Jahren anhalten dürfte.

Vor diesem Hintergrund war es bedauerlich, dass einige Vertreter der Regierungspartei nach der in der Sommerpause 2016 ergangenen Apple-Entscheidung¹³ (in der die Kommission die Rückforderung von „bis zu 13 Euro Mrd.“ unzulässiger Steuervergünstigungen gegenüber Irland anordnete) das Unternehmen ganz offen einluden, sich künftig in Großbritannien niederzulassen. Hierbei suggerierten sie klar, dass es künftig in Großbritannien keine solchen „Probleme“ mehr haben werde. Solange die Art. 107f. AEUV jedoch gelten, ist dies nicht möglich. Dies bedarf eigentlich keiner weiteren Erläuterung. Entsprechendes würde natürlich für andere Maßnahmen gelten, wie zum Beispiel Kapitalzuführungen, um die „national player“ für den internationalen Wettbewerb post-Brexit zu stärken.

2. Neu: Staatliche Kompensationszahlungen für mögliche Brexit-Nachteile?

a) Hintergrund

Weniger eindeutig ist die Behandlung eines anderen Typs von Beihilfen, der jetzt eine rege Diskussion ausgelöst hat. Die britische Regierung ist derzeit verständlicherweise bestrebt, Unternehmen, die wegen des Brexits abwandern wollen, durch Zusicherungen hiervon abzuhalten. Häufig handelt es sich hierbei um ausländische Investoren. So sollen zum Beispiel Nissan, einem der größten Kfz-Hersteller in Großbritannien, derartige Versprechen gemacht worden sein. Gegenstand dieser Erklärungen soll (dem Vernehmen nach) das Commitment der britischen Seite sein, sich für einen weiterhin ungehinderten Zugang zum Binnenmarkt einzusetzen.¹⁴ Mit anderen Worten: Es wird dem (abwanderungswilligen) Unternehmen garantiert, dass auch im Fall eines Austritts alles so bleiben soll wie bisher.

b) Beihilferechtlich relevante Begünstigung?

Die rein politische „Verwendungszusage“ der Regierung, sich im Rahmen der Brexit-Verhandlungen für einen weitgehenden Zugang zum Binnenmarkt einzusetzen, dürfte – isoliert gesehen – noch keine beihilferechtlichen Bedenken auslösen. Schwieriger dürfte es allerdings werden, wenn sich aus einer solchen Erklärung im Fall eines Scheiterns dieser Bemühungen sekundärrechtliche Haftungsansprüche ableiten lassen können. In diesem Fall spricht vieles dafür, dass es sich um EU-rechtswidrige Garantien handelt. Denn wenn der Staat die finanziellen Risiken absichert, die sich aus dem Wegfall bestimmter (günstiger) rechtlicher Rahmenbedingungen ergeben, so kann dies durchaus eine beihilferechtlich relevante Begünstigung darstellen.¹⁵ Nach Auffassung des *EuGH* reicht es im Fall einer Garantie auch bereits aus, dass es potenziell zu einer Zahlungspflicht des Staates kommen kann,¹⁶ das heißt es ist nicht erforderlich, dass eine solche Zusicherung zu einer tatsächlichen Zahlung führt.¹⁷ Mit dieser Rechtsprechung haben die Unionsgerichte bekanntlich den Beihilfetatbestand auf „Politikerversprechen“ ausgedehnt, wenn diese Garantiecharakter aufweisen. Dieser Standpunkt entspricht auch der Bürgschaftsmittelung.¹⁸

Der Beihilfecharakter hängt also letztlich von der Frage ab, ob diese Zusicherungen Garantiecharakter haben, was die betroffenen Unternehmen wohl (verständlicherweise) bejahen würden.¹⁹ Denn die meisten vorsichtigen Kaufleute würden sich auf solche Versprechen nur dann verlassen, wenn sie wissen, dass sie bei Scheitern dieser Bemühungen (deren

7 Skept. auch *Buendia Sierra*, EStAL 2016, 331 (332). Optimistischer ist hingg. *Baudenbacher*, NZKart 2016, 498 (499), der mögliche Modifizierungen des EWR-Systems erörtert.

8 *Buendia Sierra*, EStAL 2016, 331 (332).

9 *S. Peretz*, EStAL 2016, 334 (335).

10 ABl. 1997 C 279, 1.

11 ABl. 1996 C 94, 1.

12 *Peretz*, EStAL 2016, 334 (335 f.).

13 Kommission, Entsch. v. 30.8.2016, noch nicht im ABl. veröff. – Apple (SA.38373).

14 Die brit. Regierung will sich hierzu nicht im Detail öffentlich äußern. S. hierzu <https://www.theguardian.com/business/2016/oct/30/nissan-eu-tariff-free-brex-it-sunderland?> (Datum des letzten Abrufs: 2.11.2016).

15 Kommission, ABl. 2008 L 346, 1, Rn. 240 ff. – DHL und Flughafen Leipzig-Halle (C 48/06).

16 *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:175 = EuZW 2013, 393 – Bouygues (Rs. C-399/10 P).

17 S. auch *EuGH*, ECLI:EU:C:1998:579 = BeckRS 2004, 74921 Rn. 41 – Ecotrade (Rs. C-200/97).

18 ABl. 2008 C 71, 14, Rn. 2.1.

19 In diese Richtung gehen zB die öff. Aussagen von Nissan, s. <http://www.politico.eu/article/nissan-written-post-brex-it-guarantees-from-uk-business-secretary> (Datum des letzten Abrufs: 2.11.2016).

Erfolg hier sehr ungewiss ist²⁰) zumindest auf finanziellen Ausgleich hoffen können. Hinzu tritt, dass nach der Bürgerschaftsmittelteilung an den Grad der Verbindlichkeit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.²¹ Nach der Rechtsprechung soll es für eine beihilfebehaftete Garantie ausreichen, dass ein „hinreichend konkretes“ Risiko für den Staatshaushalt besteht, das heißt auf die zivilrechtliche Wirksamkeit im Sinne eines klagbaren Anspruchs soll es gerade nicht ankommen.²² Es spricht somit einiges für die Annahme, dass solche Zusicherungen Beihilfecharakter aufweisen würden.

c) Ausschluss des Begünstigungscharakters, weil „nur Kompensationszahlung“ für erlittene Schäden?

Ein in der öffentlichen Diskussion vorgebrachter argumentativer Ausweg aus diesem Dilemma der Beihilferechtswidrigkeit soll angeblich der Rückgriff auf die Asteris-Rechtsprechung sein. Hiernach ist die Verpflichtung des Staates zum Schadensersatz oder zur Kompensation wirtschaftlicher Nachteile beihilferechtlich unbedenklich, wenn ein solcher Anspruch tatsächlich besteht (bzw. sich ein vernünftiger Wirtschaftsteilnehmer zu einer solchen Verpflichtung bereit erklären würde, weil er davon ausgehen muss, dass ein Gericht einen solchen Anspruch zuerkennen würde). Denn die Erfüllung von begründeten Schadensersatzverpflichtungen weist keinen Beihilfecharakter auf. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass eine solche Verpflichtung nicht künstlich konstruiert wird.²³ Ungerechtfertigte Kompensationszahlungen ohne Grundlage können also durchaus Beihilfecharakter aufweisen.²⁴

Dieser Kunstgriff unter Bezugnahme auf Asteris überzeugt im vorliegenden Kontext jedoch nicht. Unter diese (beihilfefreie) Kategorie fallen nur Fälle der Staatshaftung, das heißt der Haftung für unrechtmäßiges hoheitliches Handeln, oder der Enteignung. In diese Kategorie gehört der Brexit (dessen demokratische Legitimation immer wieder betont wird) wohl kaum. Zudem setzt die genannte Rechtsprechung die Existenz eines kompensationsfähigen Schadens voraus. Hieran dürfte es jedoch nach der eigenen Logik der britischen Regierung gerade fehlen. Denn sie betont ja fortwährend, dass der Austritt ganz überwiegend positive Auswirkungen auf die britische Wirtschaft haben wird und dass sich hierdurch neue Geschäftschancen für Unternehmen ergeben werden („we will make Brexit a success“). In Summe würde es also, unter Zugrundelegung dieser Auffassung, den Unternehmen besser (oder zumindest genau so gut wie vor dem Brexit) gehen, so dass es nichts zu entschädigen gäbe.

3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Ein gängiges Argumentationsmuster, um die Zulässigkeit der oben geschilderten Beihilfemaßnahmen zu begründen, ist der Hinweis darauf, dass sich diese erst nach dem vollzogenen Brexit auswirken. Dieses Argument führt jedoch aus verschiedenen Gründen in die Irre.

Zum einen steht die Ausgestaltung der künftigen Beziehungen zwischen Großbritannien und der EU noch nicht fest. Je nach Modell (EWR plus, Assoziierungsabkommen, bilaterales Abkommen, etc.) können Beihilfen auch künftig verboten oder zumindest stark eingeschränkt sein. Dann würden die Maßnahmen der künftigen Regelung widersprechen.

Zudem wären die Art. 107 f. AEUV bereits jetzt anwendbar. Der temporale Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts ist regelmäßig bereits dann eröffnet, wenn die Rechtsgrundlage für die staatliche Maßnahme vor dem Brexit gelegt wird. Denn der Zeitpunkt der „Gewährung“ der Beihilfe wird all-

gemein definiert als der Tag, an dem der Beihilfeempfänger nach dem anwendbaren nationalen Recht einen Rechtsanspruch erwirbt.²⁵ Dieser liegt bei den oben beschriebenen Fallgestaltungen vor dem Brexit, also zu einer Zeit, zu der das Vereinigte Königreich noch ein voller Mitgliedstaat ist und dem Beihilferecht unterliegt.

Daher müssen sich verbindliche Versprechen, die heute abgegeben werden, aber auf die Zukunft gerichtet sind – zum Beispiel über den künftigen Steuerstatus post-Brexit –, bereits jetzt an den Art. 107 f. AEUV messen lassen. Dies gilt selbstverständlich auch für die oben beschriebenen impliziten Kompensationszusagen, die richtigerweise als Garantien anzusehen sind. Denn nach der Bürgerschaftsmittelteilung wird die Beihilfe bei Übernahme der Garantie gewährt und nicht erst dann, wenn die Garantie in Anspruch genommen wird oder aufgrund der Garantie Zahlungen erfolgen.²⁶ Die Tatsache, dass sich der Haftungsfall möglicherweise erst zu einem Zeitpunkt realisiert, zu dem das Vereinigte Königreich nicht mehr zur EU gehört, kann also der (zeitlichen) Anwendung des EU-Beihilferechts nicht entgegenstehen.

Dieses Ergebnis erscheint auch nicht unbillig. Insbesondere kann man hiergegen nicht einwenden, dass es auf einer rein formaljuristischen Betrachtungsweise beruht. Denn die wettbewerbsverzerrende Wirkung einer Garantie (oder einer anderen Maßnahme) tritt bereits zum Zeitpunkt ihrer Gewährung ein. Das Unternehmen erhält hiermit einen Rechtsanspruch (hierauf wird es üblicherweise bestehen) auf eine bestimmte Unterstützung und es kann dieses Element als Faktor in seinen Businessplan einstellen. Dies verschafft dem Unternehmen einen Vorteil – Entlastung von Risiken, die es üblicherweise zu tragen hat – und führt auch zu einer Wettbewerbsverzerrung, die den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt. Das begünstigte Unternehmen wird sich nämlich hierdurch regelmäßig bewegen lassen, eine künftige Erweiterungsinvestition in Großbritannien und nicht an einem anderen Standort in der EU vorzunehmen (oder es wird gar Tätigkeiten aus EU-Standorten nach Großbritannien verlegen). Dieser Effekt ist gerade Sinn der Sache. Die hier dargelegte Auffassung entspricht also dem althergebrachten Grundsatz, dass bei der Beurteilung einer Maßnahme nicht auf deren rechtliche Ausgestaltung, sondern auf deren wirtschaftliche Auswirkungen abzustellen ist.

IV. Folgerungen

Die vorliegende Diskussion unterstreicht die Notwendigkeit der Beihilfekontrolle im Binnenmarkt – vor oder nach dem Brexit. Ob die Kommission, die sich ja bekanntlich ein weites Ermessen beim Aufgreifen von Fällen zuschreibt, hiergegen einschreitet, steht natürlich auf einem anderen Blatt.

20 Die Vertreter der EU-Institutionen haben durch zahlreiche Erklärungen zu erkennen gegeben, dass ein voller Zugang zum Binnenmarkt für Nicht-EU/EWR-Mitglieder unwahrscheinlich ist.

21 ABl. 2008 C 71, 14, Rn. 1.2.

22 *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:175 = *EuZW* 2013, 393 Rn. 89 ff., 137 ff. – Bouygues.

23 *EuGH*, ECLI:EU:C:1988:457 = *BeckEuRS* 1988, 142381 – Asteris ua (Rs. C-106/87). Vgl. auch (in etwas and. Kontext) *EuGH*, ECLI:EU:C:2009:428 = *EuZW* 2009, 771 Rn. 68 – Kommission/Griechenland (Rs. C-369/07).

24 Kommission, ABl. 2010 L 222, 62, Rn. 8, 69 ff. – Olympic Airways (SA.24639); ABl. 2015 L 232, 15 Rn. 100 ff. – Micula (SA.38517). Vgl. hierzu auch *EuG*, ECLI:EU:T:2013:541 = *BeckRS* 2012, 81022 – Elliniki Nafpigokataskevastiki ua (Rs. T-384/08).

25 Vgl. zB Art. 2 Nr. 28 AGVO, ABl. 2014 L 187, 1. Diese Definition liegt einer Vielzahl von Regelwerken zugrunde. Bestätigt durch *EuG*, ECLI:EU:T:2015:153 = *BeckRS* 2015, 80388 Rn. 86 – Pollmeier (Rs. T-89/09).

26 ABl. 2008 C 71, 14, Rn. 2.1.

Es wäre nicht ohne Ironie, wenn ausgerechnet Großbritannien – ein Land, das sich immer gegen eine staatlich gelenkte Wirtschaftspolitik und vor allem gegen Subventionen ausgesprochen hatte²⁷ – künftig verstärkt auf solche Mittel zurückgreifen würde. Eine solche „Standortpolitik“ stünde auch in klarem Widerspruch zu den ursprünglichen Wahlversprechen der Regierung von *Theresa May* (die sich zB stets gegen Steueroasen und Subventionen für Großunternehmen ausgesprochen hatte).

Dies zeigt zum wiederholten Male, dass ein einheitlicher Wirtschaftsraum nur funktionieren kann, wenn ein „level playing field“ existiert. Andernfalls wäre dem Subventionswettbewerb Tür und Tor geöffnet. Sollten also britische Unter-

nehmen – in welcher Form auch immer – Zugang zum Binnenmarkt erhalten, so kann dies nur in Verbindung mit einer strengen Beihilfekontrolle geschehen. Offenbar hat sich vor dem Referendum wohl niemand ernsthaft Gedanken hierzu gemacht. Am allerwenigsten scheinen die im Kabinett *May* vertretenen „Fach“-Minister *Davis*, *Fox* und *Johnson* mit diesen Zusammenhängen vertraut zu sein. Das wird Gespräche über die künftige Ausgestaltung – aber auch über die gegenwärtig getroffenen Maßnahmen – erschweren. ■

27 *Peretz*, EStAL 2016, 334 (336). Den positiven Beitrag Großbritanniens zur Entwicklung der EU-Wettbewerbspolitik betont auch *Buendia Sierra*, EStAL 2016, 331.

Karl Croonenborghs, MSc., Dr. Jari Friebel and Janka Petőcz, LL. M.*

The principle of central bank independence and its monitoring by the European Commission

The independence of central banks is a precondition for price stability as the main objective of monetary policy in the European Union. It is monitored by the European Commission and the ECB. To act independently, central banks must have sufficient financial resources to fulfil their mandate. Referring to this principle, the German Constitutional Court stated in its ruling on the OMT programme that Germany would in certain cases be responsible for providing for a recapitalisation of the Deutsche Bundesbank. The Court also specified that both the German government and the Bundestag are under a duty to closely monitor the implementation of the OMT programme. However, such a duty cannot be used to circumvent the principle of central bank independence as enshrined in primary law.

I. Introduction

The independence of central banks is a precondition to avoid any influence on monetary policy decisions and to allow for price stability to be the main objective of the European System of Central Banks (ESCB).¹ Therefore, central bank independence is a key element of the Economic and Monetary Union (EMU) to safeguard the stability of the single currency. As guardian of the Treaties, the European Commission is obliged to monitor and also to make use of the instruments at its disposal to ensure that this principle is followed in the EU.

This article, firstly, describes the principle of central bank independence and its legal basis. Secondly, it explains the different instruments the Commission has at its disposal and shows how the Commission can make use of them. Finally, the article takes a more detailed look at the aspect of financial independence. This aspect might gain increasing public attention as it is also linked to the question of who should be held liable for financial losses.

II. Independence of central banks in the EU

Independence of central banks (CBs) in the EU is indispensable for the well-functioning of the EMU. This is even more true as the EU has exclusive competence for monetary policy for those Member States whose currency is the euro (Article 3 [1] [c] TFEU), but plays just a coordinating role in the area of fiscal policy, although both areas are closely corre-

Die Unabhängigkeit der Zentralbanken ist unerlässlich, um Preisstabilität – das vorrangige Ziel der Geldpolitik in der Europäischen Union – zu gewährleisten. Dies erfordert auch, dass die Zentralbanken über ausreichende finanzielle Mittel zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben verfügen. Die Europäische Kommission und die EZB überwachen die Einhaltung dieses Prinzips. Das BVerfG hat das OMT-Verfahren zum Anlass genommen, festzustellen, dass Deutschland unter Umständen verpflichtet sein kann, die Deutsche Bundesbank zu rekapitalisieren. Hieraus folge wiederum eine Beobachtungspflicht für Bundesregierung und Bundestag. Im Ergebnis können derartige Pflichten aber nicht geeignet sein, die primärrechtlich garantierte Zentralbankunabhängigkeit zu unterlaufen.

lated. However, central bank independence is not unlimited and solely serves as a tool to fulfil the tasks allocated to the ECB and the ESCB under the Treaties.

1. Legal basis in EU law

With the exception of the UK, the principle of central bank independence applies to all Member States. It is enshrined in primary Union law, i. e. in Articles 130, 282 (3) TFEU, and mirrored in Article 7 of Protocol No. 4 on the Statute of the ESCB and the ECB (Statute). Establishing the ECB as an independent institution and requiring independence for the national central banks (NCBs) represented a major policy decision because most NCBs in Europe had never been legally independent from the State even if some of them enjoyed a high degree of autonomy for exercising their functions.²

* The authors are working as Legal Officers at the European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs (DG ECFIN). They form part of the legal unit which is i. a. in charge for EMU legal issues. *Karl Croonenborghs* is a Seconded National Expert from the National Bank of Belgium, *Jari Friebel* is a Seconded National Expert from the Deutsche Bundesbank. The views expressed in this article are solely those of the authors and do not necessarily represent the official views of the Commission or institutions they are affiliated with. This article benefitted from the valuable insights of *Benjamin Angel*, Director at the European Commission DG ECFIN, Directorate L, Treasury and Financial Operations.

1 The ESCB is composed of the ECB and the national central banks of the EU. The Eurosystem is constituted by the ECB and the national central banks (NCBs) of those Member States whose currency is the euro (Article 282 [1] TFEU).

2 *Goebel*, 29 Fordham Int'l Law Journal 2005, 618.