

EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

HERAUSGEBER:

Tobias Baumgartner
Andreas Kellerhals
Sophie Tschalèr

Jahrbuch 2023

Hrsg:
Tobias Baumgartner
Andreas Kellerhals
Sophie Tschalèr

EuZ
Zeitschrift für Europarecht
Jahrbuch 2023

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-641-6 (Print – Softcover)

978-3-03805-642-3 (PDF)

978-3-03805-643-0 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-euzJB2023>

Version: 1.01 – 20231205

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als Open-Access-Publikation in verschiedenen Formaten verfügbar:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/zeitschrift-fuer-europarecht-euz-jahrbuch-2023/>.

Vorwort

Das vorliegende Jahrbuch umfasst die Leitartikel der EuZ – Zeitschrift für Europarecht aus dem Jahr 2023. Die EuZ berichtet im nunmehr 25. Jahrgang über die jüngsten Entwicklungen im Recht der EU sowie über die Beziehungen der Schweiz zur EU. Im Rahmen wissenschaftlicher Beiträge analysieren renommierte Expertinnen und Experten aktuelle Rechtsfragen in allen wirtschaftsrelevanten Bereichen des EU-Rechts.

Seit 2022 wird die EuZ als Open Access-eJournal im Fachverlag des Europa Instituts an der Universität Zürich, „EIZ Publishing“, herausgegeben. Sie erscheint zehnmal jährlich und ist auf der Verlagswebseite (eizpublishing.ch) kostenfrei abrufbar. Die einzelnen Ausgaben des eJournals umfassen neben den im vorliegenden Jahrbuch zusammengeführten Leitartikeln Kurzbeiträge zu aktuellen Entwicklungen in allen wirtschafts- und gesellschaftsrelevanten Bereichen des EU-Rechts und der Beziehungen Schweiz-EU.

Wir danken den Autorinnen und Autoren bestens für Ihre Beiträge und das Vertrauen in unser neues Veröffentlichungsformat, mit dem wir den Verbreitungsradius der EuZ enorm vergrössern konnten.

Zürich, Dezember 2023

Tobias Baumgartner
Dr. iur., LL.M.,
Rechtsanwalt

Andreas Kellerhals
Prof. Dr. iur., LL.M.,
Rechtsanwalt

Sophie Tschalèr
MLaw

Inhaltsübersicht

EU Data Act – Ein wichtiger Baustein in der Europäischen Datenstrategie A 1

Prof. Dr. BERND HOLZNAGEL / BENEDIKT FREESE

The EU Cyber Resilience Act – An appraisal and contextualization B 1

Prof. Dr. MIRA BURRI / ZAIRA ZIHLMANN

Market Definition and Market Power in the Era of Blockchain C 1

OKAN YILDIZ / Prof. Dr. ROLF H. WEBER

The Economic and Monetary Union (EMU): status quo and the way forward D 1

Prof. Dr. CHRISTOS V. GORTSOS

MiCAR – Höhenflug oder unsanfte Landung für Schweizer Krypto-Anbieter? E 1

SIMONE TOBLER

ELTIF 2.0 – Weiterentwicklung des europäischen Rechtsrahmens für langfristige Anlagen F 1

PD Dr. SIMON SCHÄREN

Happy and Glorious? Die interne Umsetzung des Brexit im Vereinigten Königreich G 1

Prof. Dr. TOBIAS LOCK

Europäische Union – ein Szenario für 2050 H 1

Prof. Dr. WALTRAUD HAKENBERG

The Indo-Pacific taking centre-stage for the EU's security policy	I 1
PD Dr. MICHAEL REITERER	
Die Schweiz im europäischen und internationalen zivilprozessualen Rechtsraum – Stand und Perspektiven	J 1
PD Dr. DIRK TRÜTEN	
Der Europäische Rechtsrahmen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen – Ein Streifzug durch die CSRD und die ESRS	K 1
Prof. Dr. VALENTIN JENTSCH	
Die Weiterentwicklung der Sozialrechtskoordinierung im FZA	L 1
Prof. Dr. BASILE CARDINAUX	

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. MIRA BURRI, Professorin für Internationales Wirtschafts- und Internetrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Luzern.

Prof. Dr. BASILE CARDINAUX, Rechtsanwalt, Lehrstuhl für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Universität Freiburg i.Ü.

BENEDIKT FREESE, Doktorand am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Prof. Dr. CHRISTOS V. GORTSOS, Professor für öffentliches Wirtschaftsrecht am Institut für Rechtswissenschaften an der Nationalen und Kapodistrias-Universität Athen.

Prof. Dr. WALTRAUD HAKENBERG, Kanzlerin des Gerichts für den Öffentlichen Dienst der EU a.D. und Honorarprofessorin an der Universität des Saarlandes.

Prof. Dr. BERND HOLZNAGEL, LL.M. (McGill), Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Prof. Dr. VALENTIN JENTSCH, LL.M. (Stanford), Rechtsanwalt, Assistenzprofessor mit Tenure Track für Gesellschaftsrecht, Universität St. Gallen; Externer Wissenschaftler am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, München.

Prof. Dr. TOBIAS LOCK, Jean Monnet Lehrstuhl für EU-Recht und Grundrechte, Maynooth University, School of Law and Criminology, Irland.

PD Dr. MICHAEL REITERER, ordentlicher Professor am Centre for Security, Diplomacy and Strategy (CSDS) an der Freien Universität Brüssel (VUB); ehemaliger Botschafter der EU in der Republik Korea, Schweiz und Fürstentum Liechtenstein; Gesandter der Delegation der Europäischen Kommission in Tokio.

PD Dr. SIMON SCHÄREN, Rechtsanwalt, LL.M., Senior Legal Counsel, Asset Management Association Switzerland (AMAS), Basel/Zürich/Genf; Privatdozent und Lehrbeauftragter, Universität Bern.

SIMONE TOBLER, lic. iur., Advokatin, LL.M., Senior Supervision Specialist, Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern.

PD Dr. DIRK TRÜTEN, LL.M., Privatdozent für Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Luzern.

Prof. Dr. ROLF H. WEBER, Professor für Wirtschaftsrecht, Universität Zürich;
Rechtsanwalt, Bratschi AG, Zürich.

MLaw OKAN YILDIZ, Doktorand, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität
Zürich.

ZAIRA ZIHLMANN, Doktorandin, Lehrstuhl für Internationales Wirtschafts- und
Internetrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Luzern.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
01 | 2023

LEITARTIKEL:

**Bernd Holznagel /
Benedikt Freese**

**EU Data Act: Ein wichtiger
Baustein in der Europäischen
Datenstrategie**



EU Data Act

Ein wichtiger Baustein in der Europäischen Datenstrategie

Bernd Holznagel/Benedikt Freese*

Inhalt

A.	Einleitung	A 2
B.	Aufbau des Entwurfs und Abgrenzung zu anderen Rechtsakten	A 5
I.	Aufbau	A 5
II.	Abgrenzung zu anderen Rechtsakten	A 8
1.	Verhältnis zum Schutz personenbezogener Daten	A 8
2.	Verhältnis zum Schutz geistigen Eigentums	A 10
3.	Verhältnis zum Wettbewerbsrecht	A 10
4.	Verhältnis zu weiteren Vorschriften	A 11
C.	Zentrale Regelungskomplexe	A 12
I.	Datenzugang und Datennutzung im B2B- und B2C-Bereich nach dem DA-E	A 12
1.	Regelungssystematik	A 12
2.	Datenzugangsanspruch des Nutzers an ihn selbst (Art. 4 DA-E)	A 12
a)	Anspruchsteller ist Nutzer, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 5, DA-E	A 13
b)	Anspruchsteller verlangt Produkt- oder Dienstdaten, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 1-3, 7 Abs. 2 DA-E	A 14
c)	Anspruchsteller kann auf diese Daten nicht ohnehin nach Art. 3 Abs. 1 DA-E zugreifen	A 15
d)	Anspruchsgegner ist tauglicher Dateninhaber, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 6, 7 Abs. 1 DA-E	A 15
e)	Geschäftsgeheimnisschutz steht nicht entgegen, Art. 4 Abs. 3 DA-E	A 17
f)	Personenbezogene Daten: Rechtsgrundlage, Art. 6 u. 9 DS-GVO, Art. 4 Abs. 5 DA-E	A 18
g)	Bereitstellung im Umfang des Art. 4 DA-E	A 18
h)	Einordnung	A 18

* Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M. (McGill) ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Benedikt Freese ist dort Doktorand.

3.	Datenzugangsanspruch des Nutzers an Dritte (Art. 5 DA-E)	A 19
a)	Erläuterung der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolge	A 20
b)	Einordnung	A 21
4.	Bedingungen verpflichtender Datenweitergaben	A 22
a)	Anwendungsbereich	A 22
b)	Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Dateninhaber und Datenempfänger	A 22
5.	Missbrauchskontrolle für Datenverträge	A 24
II.	Datenzugang und Datennutzung im B2G-Bereich	A 27
1.	Erläuterung der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolge	A 28
2.	Einordnung	A 29
III.	Verhaltensregeln für zentrale Marktakteure im Digitalwettbewerb	A 29
1.	Vereinfachter Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten	A 29
2.	Schutzvorkehrungen für nicht personenbezogene Daten im internationalen Umfeld	A 31
3.	Interoperabilität bei der Datenbereitstellung	A 32
IV.	Aufsicht über die Einhaltung des DA-E	A 33
D.	Fazit	A 34

A. Einleitung

Wie viele Filme in 4K-Auflösung müssten Sie streamen, um das weltweit für das Jahr 2025 zu erwartende Datenvolumen zu erreichen? Schätzen Sie, bevor Sie weiterlesen. Obwohl die Frage mit ihrem suggestiven Charakter zu einer hohen Schätzung verleitet, dürfte die Antwort verblüffen. Im Jahre 2025 soll das weltweite Datenvolumen bei 175 Zettabyte liegen.¹ Das entspricht rund 2,15 Billionen Filmdateien in 4K-Auflösung,² oder 368.000 Jahren ununterbrochenen Streamings. Manche möchten gar ausgerechnet haben, dass die Höhe des Stapels an DVDs, auf denen 175 Zettabyte gespeichert wären, über das 23-fache der Entfernung zwischen Erde und Mond beträgt.³ Diese grossen Datenmengen bringen ein wirtschaftliches Potenzial mit sich: Wenn etwa gewerblich genutzte Maschinen und Haushaltsgeräte immer genauere Auskunft über ihre Nutzung und Umwelt geben, lassen sich hieraus Muster ableiten, die zu nützlichen Innovationen beitragen können. Auch auf gesellschaftlicher Ebene kann die Auswertung der Datenmengen zu Verbesserungen beitragen.

¹ Seagate, Rethink Data. Bessere Nutzung von mehr Unternehmensdaten - vom Netzwerkrand bis hin zur Cloud, 2022, 10.

² Vgl. <<https://www.ionos.de/digitalguide/websites/web-entwicklung/was-ist-ein-zetta-byte/>>.

³ <<https://blog.wiwo.de/look-at-it/2018/11/27/weltweite-datenmengen-sollen-bis-2025-auf-175-zetabyte-wachsen-8-mal-so-viel-wie-2017/>>.

Ein Beispiel bot bereits die Pandemiebekämpfung: Behörden liessen sich von Telekommunikationsdienstleistern anonymisierte Standortdaten der Mobiltelefone der Bürger übermitteln, um pandemiefördernde Bewegungsströme analysieren zu können.⁴

Um das ökonomische und gesellschaftliche Potenzial dieser Datenmengen anzuheben, hat die Europäische Kommission rechtspolitischen Handlungsbedarf angemeldet, den sie in jüngster Zeit schrittweise umsetzt. Den Zugang zu Daten der öffentlichen Hand (Government-to-Business und Government-to-Consumer, G2B und G2C)⁵ regelt vor allem die Open Data-Richtlinie.⁶ Diese Materie ist auch Gegenstand des Data Governance Act (DGA)⁷, der Vorgaben für die Weiternutzung von sensiblen Daten durch öffentliche Stellen enthält. Beispielhaft sind die Daten zu nennen, die dem Gemeinhaltungsschutz unterliegen. Zudem regelt der DGA Anforderungen an Datenvermittlungsdienste (Art. 10 ff. DGA). Er fördert die freiwillige gemeinsame Datennutzung für gemeinwohlorientierte Zwecke (sog. „Datenaltruismus“, Art. 2 Nr. 16, 16 ff. DGA) und schützt nicht personenbezogene Daten im internationalen Umfeld (Art. 31 DGA). Das Funktionieren des Wettbewerbs in der Datenwirtschaft soll der Digital Markets Act (DMA) sicherstellen.⁸ Dem Grundrechtsschutz dienen der kürzlich in Kraft getretene Digital Services Act (DSA)⁹ und der Verordnungsentwurf zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelli-

⁴ Wilken Timo/Ramos Thanos, Der Data Act - Chancen und Risiken für Unternehmen durch das geplante europäische Datengesetz, DER BETRIEB 2022, 1241, 1244.

⁵ Die Beschreibung folgt dem Datenfluss, sodass beispielsweise bei „Government-to-Business“ die Datenweitergabe von einer öffentlichen Stelle an ein Unternehmen erfolgt.

⁶ Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung), ABl L 172 vom 26. Juni 2019, 56 ff.

⁷ Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt), ABl L 152 vom 3. Juni 2022, 1 ff.

⁸ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828, ABl L 265 vom 12. Oktober 2022, 1 ff.

⁹ Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl L 277 vom 27. Oktober 2022, 1 ff.

genz.¹⁰ Instrumente des Schutzes personenbezogener Daten sind die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹¹ und die E-Privacy-Richtlinie¹², die sich weiterhin im Prozess der Überarbeitung zu einer Verordnung befindet.¹³

In dieses Gefüge will die Europäische Kommission ihren Verordnungsvorschlag für einen Data Act (DA-E)¹⁴ einpassen. Dieser soll den fairen Datenzugang und die faire Datennutzung im Business-to-Business- (B2B), Business-to-Consumer- (B2C) und Business-to-Government-Bereich (B2G) regeln, den Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten und die Interoperabilität bei der Datenbereitstellung vereinfachen sowie nicht personenbezogene Daten im internationalen Umfeld schützen.¹⁵ Zugleich will die Kommission mit dem Verordnungsentwurf noch bestehende Lücken in der Umsetzung ihrer Europäischen Datenstrategie¹⁶ schliessen. Es gibt also Grund genug, den DA-E im Rahmen dieses Beitrags kritisch zu untersuchen.

Die Darstellung nimmt folgenden Gang: Zunächst wird ein Überblick über die Bestimmungen des Verordnungsentwurfs gegeben und eine Abgrenzung zu anderen Rechtsakten vorgenommen (siehe [B.](#)). Es folgt eine Analyse der zentralen Regelungskomplexe des DA-E (siehe [C.](#)). Der Beitrag schliesst mit einem Fazit (siehe [D.](#)).

¹⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM (2021) 206 final vom 21. April 2021.

¹¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 119 vom 4. Mai 2016, 1 ff.

¹² Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl L 201 vom 12. Juli 2002, 37 ff.

¹³ Siehe dazu Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM (2017) 10 final vom 10. Januar 2017.

¹⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung (Datengesetz), COM (2022) 68 final vom 23. Februar 2022.

¹⁵ Komprimiert zusammengefasst in DA-E, 3 f.

¹⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen Eine europäische Datenstrategie, COM (2020) 66 final vom 19. Februar 2020.

B. Aufbau des Entwurfs und Abgrenzung zu anderen Rechtsakten

I. Aufbau

Der Verordnungsentwurf gliedert sich in elf Kapitel.

Gliederung des Data Act-Entwurfs	
Kapitel I Allgemeine Bestimmungen	Artikel 1 – 2
Kapitel II Datenweitergabe von Unternehmen an Verbraucher und zwischen Unternehmen	Artikel 3 – 7
Kapitel III Pflichten der Dateninhaber, die rechtlich verpflichtet sind, Daten bereitzustellen	Artikel 8 – 12
Kapitel IV Missbräuchliche Klauseln in Bezug auf den Datenzugang und die Datennutzung zwischen Unternehmen	Artikel 13
Kapitel V Bereitstellung von Daten für öffentliche Stellen und Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union wegen aussergewöhnlicher Notwendigkeit	Artikel 14 – 22
Kapitel VI Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten	Artikel 23 – 26
Kapitel VII Schutzvorkehrungen für nicht personenbezogene Daten im internationalen Umfeld	Artikel 27
Kapitel VIII Interoperabilität	Artikel 28 – 30
Kapitel IX Anwendung und Durchsetzung	Artikel 31 – 34
Kapitel X Sui-generis-Recht im Rahmen der Richtlinie 1996/9/EG	Artikel 35
Kapitel XI Schlussbestimmungen	Artikel 36 – 42

Diese Kapitel lassen sich in eine Reihe von Oberkategorien zusammenfassen.

Erstens sind das erste und das letzte Kapitel mit ihren allgemeinen Bestimmungen und Schlussbestimmungen *rechtstechnisch geboten*. Kapitel I regelt Gegenstand und Anwendungsbereich der geplanten Verordnung (Art. 1 DA-E). Gemäss Art. 1 Abs. 2 DA-E soll die Verordnung „in der Union“ gelten. Damit

gilt für den DA-E das sog. Marktortprinzip.¹⁷ Dies setzt den Regelungsansatz für den territorialen Anwendungsbereich aus anderen europäischen Datenregelwerken fort (Art. 11 Abs. 3 Data Governance Act [DGA]¹⁸ und Art. 3 Abs. 2 Datenschutz-Grundverordnung [DS-GVO])¹⁹. In Art. 2 DA-E finden sich ferner vor die Klammer gezogene Begriffsbestimmungen.

Zweitens will die Europäische Kommission mit dem DA-E den *Datenzugang und die Datennutzung im B2B- und B2C-Bereich* regeln (Kapitel II, III, IV, X – siehe [C.I.](#)). In Kapitel II verleiht der DA-E einem Nutzer einen Anspruch, die bei der Nutzung eines Produkts oder verbundenen Dienstes entstehenden Daten vom Dateninhaber anzufordern (Art. 4 DA-E). Dies braucht es nur, wenn die begehrten Daten nicht ohnehin direkt für den Nutzer zugänglich sind, was nach Art. 3 DA-E künftig der Standard sein soll. Die Datenweitergabe kann auf Geheiß des Nutzers auch an einen Dritten erfolgen (Art. 5 DA-E). Mit diesem horizontalen – d.h. nicht auf einen bestimmten Sektor zugeschnittenen – Datenzugangsrecht würde der DA-E ein echtes Novum darstellen. So bestanden bislang lediglich sektorale Datenzugangsrechte.²⁰ Darüber hinaus wird in Kapitel III die verpflichtende Datenweitergabe ausgestaltet. Damit die Regelungen von Datenzugang und Datennutzung nicht durch das sui-generis-Recht an Datenbanken aus Art. 7 Richtlinie 1996/9/EG²¹ torpediert werden, soll in Kapitel X hierzu abgegrenzt werden. Des Weiteren werden Vertragsklauseln im Zusammenhang mit dem Datenzugang und der Datennutzung in Kapitel IV des Verordnungsentwurfs einer neuen Kontrollnorm unterzogen (Art. 13 DA-E).

¹⁷ Specht-Riemenschneider Louisa, Der Entwurf des Data Act. Eine Analyse der vorgesehenen Datenzugangsansprüche im Verhältnis B2B, B2C und B2G, MMR-Beil. 2022, 809, 812; Hennemann Moritz/Steinrötter Björn, Data Act – Fundament des neuen EU-Datenwirtschaftsrechts?, NJW 2022, 1481, 1482, Rz 6.

¹⁸ Vgl. zum Marktortprinzip im DGA Hennemann/Steinrötter, 1482, Rz 6; der DGA hat generell eine grosse Aufmerksamkeit erfahren, siehe etwa Schildbach Roman, Zugang zu Daten der öffentlichen Hand und Datenaltruismus nach dem Entwurf des Daten-Governance-Gesetzes. Datenwirtschaftsrecht IV: Mehrwert für das Teilen von Daten oder leere Hülle?, ZD 2022, 148; Tolks Daniel, Die finale Fassung des Data Governance Act. Erste Schritte in Richtung einer europäischen Datenwirtschaft, MMR 2022, 444.

¹⁹ Vgl. zum Marktortprinzip in der DS-GVO Ernst Stefan, in: Paal Boris/Pauly Daniel (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. A., München 2021 (zit.: Paal/Pauly-Bearbeiter), Art. 3 DS-GVO, Rz 13 ff.; Ennöckl Daniel, in: Sydow Gernot/Marsch Nikolaus (Hrsg.), DS-GVO | BDSG, 3. A., Baden-Baden 2022 (zit.: Sydow/Marsch-Bearbeiter), Art. 3 DS-GVO, Rz 11 ff.

²⁰ DA-E, 6 f.; Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 810.

²¹ Richtlinie 1996/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl L 77 vom 27. März 1996, 20 ff.

Diese soll missbräuchliche Vertragsbestandteile, die Kleinstunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen i. S. d. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG²² einseitig auferlegt werden, verhindern.

Drittens sollen künftig neben dem B2B- und B2C-Bereich auch Träger öffentlicher Gewalt vermehrt an den immensen Datenmengen im europäischen Binnenmarkt partizipieren. In Kapitel V DA-E werden daher *Datenzugang und Datennutzung im B2G-Bereich* geregelt (siehe [C.II.](#)). Nach Art. 14 DA-E erhalten öffentliche Stellen und Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union bei Vorliegen einer aussergewöhnlichen Notwendigkeit Zugang zu von der jeweiligen Stelle begehrten Daten. Das durch diesen Zugang entstehende Rechtsverhältnis zwischen den berechtigten Stellen und den verpflichteten Dateninhabern erfährt in dem Kapitel eine umfassende Ausformung.

Viertens stellt der Verordnungsentwurf *Verhaltensregeln für zentrale Marktakteure im Digitalwettbewerb* auf. (siehe [C.III.](#)). Kapitel VI enthält Vorgaben für einen erleichterten Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten (Cloud- und Edge-Anbieter). Zudem möchte die Europäische Kommission nicht personenbezogene Daten in internationalen Verarbeitungskontexten besser schützen und sieht dafür in Kapitel VII ein entsprechendes Pflichtenprogramm für Anbieter von Datenverarbeitungsdiensten vor. Auch die Interoperabilität zwischen Datenräumen wird in Kapitel VIII neuen Anforderungen unterworfen.

Schliesslich nimmt sich Kapitel IX DA-E der Anwendung und Durchsetzung an. Hier regelt Art. 31 DA-E die in den jüngsten Rechtsakten im Digitalbereich stets für politischen Zündstoff sorgende Frage, wie die *Aufsicht über die Einhaltung des DA-E* gestaltet werden soll (siehe [C.IV.](#)). Dies ist ein Thema, dass in den Mitgliedstaaten naturgemäss auf ein besonderes Interesse stösst.

Diese Inhalte liegen ganz auf der Linie der Europäischen Datenstrategie der Europäischen Kommission. Mit dieser Strategie soll die Europäische Union als gewichtiger internationaler Player der Digitalwirtschaft etabliert werden. Hier droht die Union angesichts des enormen Einflusses der USA und Chinas, an Bedeutung einzubüssen.²³ Den Weg zu mehr internationalem Gewicht sieht die Kommission in einem gegenüber diesen Ländern eigenständigen Ansatz: Wie in den USA und in China soll auch in der Union das Potenzial von Daten genutzt werden.²⁴ Während in den USA nach Ansicht der Kommission aller-

²² Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl L 124 vom 20. Mai 2003, 36 ff.

²³ <<https://www.deutschlandfunk.de/china-usa-eu-digitalisierung-technologie-100.html>>.

²⁴ Vgl. COM (2020) 66 final, 7 ff.

dings wenige Privatakteure über den wertschöpfenden Umgang mit Daten entscheiden und in China diese Entscheidung staatlich kontrollierten Akteuren unterliege, soll das Wachstumspotenzial in der Union *vertegeleitet* ausgeschöpft werden.²⁵ Dies lässt sich für die Kommission durch eine demokratische Ausgestaltung des Datenzugangs und der Datennutzung sowie der Regelung eines hohen Grundrechts-, Sicherheits- und Ethik-Niveaus erreichen.²⁶ In diese Ziele fügt sich der DA-E ein, indem er Datenzugang und Datennutzung regelt (Kapitel II, III, IV, V, X), die Datensicherheit im internationalen Umfeld angeht (Kapitel VII) und Fairnessstandards im Digitalmarkt schafft (Kapitel VI, VIII).

Schon dieser kurze Überblick verdeutlicht, wie grossflächig der Bereich ist, den der DA-E abdecken soll. Zwangsläufig überlappen die Regelungsmaterien des Entwurfs damit aber auch mit denen anderer europäischer Rechtsakte. In diesen Spannungsfeldern muss sich der DA-E behaupten, um seine Wirkung entfalten zu können.

II. Abgrenzung zu anderen Rechtsakten

1. Verhältnis zum Schutz personenbezogener Daten

Nach Art. 1 Abs. 3 DA-E bleiben die Regeln zum Schutz personenbezogener Daten unberührt, insbesondere die DS-GVO und die E-Privacy-Richtlinie. Daher muss sich vor allem der Datenzugang für den Nutzer oder Dritte auf Anfrage des Nutzers (Art. 4 u. 5 DA-E) sowie für Träger hoheitlicher Gewalt (Art. 14 DA-E) im Falle personenbezogener Daten anhand dieser Vorgaben messen lassen. Nach Art. 6 u. 9 DS-GVO müssen die Verarbeitungen personenbezogener Daten also von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt sein.

Bezüglich des Datenzugangs nach Art. 4 u. 5 DA-E ist zu unterscheiden, ob der Nutzer betroffene Person der personenbezogenen Daten ist oder nicht (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO). Ist er die betroffene Person, liegt in der Geltendmachung der Ansprüche seine Einwilligung in die Verarbeitung der begehrten personenbezogenen Daten, sodass die Verarbeitung von Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO gedeckt ist.²⁷ Ist der Nutzer nicht die betroffene Person, muss für die Datenweitergabe ein anderer Rechtfertigungsgrund nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO und ggf. Art. 9 Abs. 2 DS-GVO vorliegen.

²⁵ COM (2020) 66 final, 4.

²⁶ COM (2020) 66 final, 4.

²⁷ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 810.

Eine anderer Rechtfertigungsgrund könnte sich aus Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO ergeben. Dieser setzt voraus, dass der Dateninhaber bei Weitergabe von Daten nach Art. 4 u. 5 DA-E einer rechtlichen Verpflichtung zur Datenweitergabe unterliegt. Diese rechtliche Verpflichtung könnten die Zugangsansprüche in Art. 4 u. 5 DA-E selbst darstellen. In der Folge wäre die Bereitstellung personenbezogener Daten nach Art. 4 u. 5 DA-E stets von Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO gedeckt.²⁸

Gegen diese Konstruktion könnte systematisch sprechen, dass der DA-E nach Erwägungsgrund 24 keine datenschutzrechtliche Grundlage für die Weitergabe personenbezogener Daten an den Nutzer als nicht betroffene Person schaffen soll.²⁹ Dies lässt sich aber teilweise mit dem Wortlaut des Erwägungsgrunds entkräften, nach dem diese Einschränkung nur gelten soll, wenn der Nutzer als nicht betroffene Person den Zugang zu personenbezogenen Daten für Dritte (Art. 5 DA-E) verlangt.³⁰ Systematisch sind allerdings auch Art. 4 Abs. 5, 5 Abs. 6 DA-E zu beachten. Hiernach ist für die Datenweitergabe im Rahmen von Art. 4 u. 5 DA-E erforderlich, dass im Falle des Auseinanderfallens von Nutzer und betroffener Person eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO und ggf. Art. 9 DS-GVO vorliegt. Hätte die Kommission in den Ansprüchen aus Art. 4 u. 5 DA-E selbst rechtliche Verpflichtungen zur Datenweitergabe nach Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO gesehen, hätte es dieser Regelungen nicht bedurft. Dies unterstreicht der Verweis auf den Schutz personenbezogener Daten in Art. 5 Abs. 9 DA-E.³¹ Es muss somit ein ausserhalb von Art. 4 u. 5 DA-E liegender Rechtfertigungsgrund gefunden werden, um die Weitergabe personenbezogener Daten an nicht betroffene Personen im Rahmen von Art. 4 u. 5 DA-E zu ermöglichen,³² etwa eine Einwilligung der betroffenen Person (Art. 6 Abs. 1 lit. a, 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO). Angesichts der schon im frühen Sta-

²⁸ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 811.

²⁹ Bomhard David/Merkle Marieke, Der Entwurf eines EU Data Acts. Neue Spielregeln für die Data Economy, RDi 2022, 168, 172, Rz 27.

³⁰ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 811.

³¹ Hennemann/Steinrötter, 1482 f., Rz 9.

³² Hennemann/Steinrötter, 1482 f., Rz 9; Wilken/Rammos, 1242; Bomhard/Merkle, 172, Rz 27 ff.; Klink-Straub Judith/Straub Tobias, Data Act als Rahmen für gemeinsame Datennutzung, ZD-Aktuell 2022, 01076.

dium bestehenden Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Verhältnisses des DA-E zur DS-GVO ist indes eine Klarstellung im weiteren Verfahren zu erwägen.³³

Immerhin können die Art. 4 u. 5 DA-E mangels Konfliktfall reibungslos neben das Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DS-GVO treten.³⁴ Einfacher liegt auch der Fall des Datenzugangs der Träger hoheitlicher Gewalt nach Art. 14 DA-E. Da dieser Zugang eine aussergewöhnliche Notwendigkeit erfordert, wird die Gewährung des Datenzugangs in wohl allen Fällen im öffentlichen Interesse erforderlich sein (Art. 6 Abs. 1 lit. e Alt. 1 DS-GVO, Art. 9 Abs. 2 lit. g DS-GVO).³⁵

2. Verhältnis zum Schutz geistigen Eigentums

Nach Art. 35 DA-E soll das sui-generis-Recht an Datenbanken aus Art. 7 Richtlinie 1996/9/EG nicht für Datenbanken gelten, die Daten enthalten, die bei der Nutzung eines Produkts oder verbundenen Dienstes erlangt oder erzeugt wurden. Damit soll verhindert werden, dass das Datenbankrecht den Ansprüchen aus Art. 4 u. 5 DA-E entgegengesetzt wird. Das Schrifttum lehnt die Anwendung des Datenbankrechts auf Sätze maschinengenerierter Daten bereits weitgehend ab.³⁶ Die Kommission schafft mit Art. 35 DA-E nun klare Verhältnisse.

3. Verhältnis zum Wettbewerbsrecht

Der DA-E soll die Art. 101 ff. AEUV nicht berühren.³⁷ Dieser Hinweis ist deklaratorisch, da sich die Verordnung als Sekundärrecht ohnehin in den primärrechtlichen Grenzen der Art. 101 ff. AEUV bewegen müsste. Dies wird dazu

³³ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 810; European Data Protection Board/European Data Protection Supervisor, EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2022 on the Proposal of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), Brüssel 2022 (zit: EDPB/EDPS, Joint Opinion 2/2022), 8, Rz 13 ff.; Wilken/Rammos, 1247.

³⁴ Erwägungsgrund 31 DA-E; dies steht auch in Einklang mit der Datenstrategie, die eine Erweiterung des Rechts auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DS-GVO anregte, siehe dazu COM (2020) 66 final, 25; zu den Unterschieden zwischen Art. 20 DS-GVO und Art. 4 u. 5 DA-E im Einzelnen Wilken/Rammos, 1246 f.

³⁵ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 811.

³⁶ Ensthaler Jürgen/Üge Duygu, Wem gehören die durch die Nutzung von Maschinen generierten Daten?, BB 2022, 2051; Hessel Stefan/Leffer Lena, Rechtlicher Schutz maschinengenerierter Daten. Schutz durch das GeschGehG, MMR 2020, 647, 648.

³⁷ Erwägungsgrund 88 DA-E.

führen, dass Unternehmen ihre Handlungen im Rahmen des DA-E randscharf zwischen der Einhaltung des DA-E und der Schwelle der Art. 101 ff. AEUV abgrenzen müssen. Stellt sich eine Massnahme – etwa die Gewährung von Datenzugang durch ein Unternehmen an ein anderes nach den Art. 3 ff. DA-E – als wettbewerbswidrig heraus, hat sie nach den Art. 101 ff. AEUV zu unterbleiben. Ist die Massnahme wettbewerbskonform, muss sie im Rahmen des DA-E erfolgen.³⁸ Dies kann zu Rechtsunsicherheiten führen. Mithin sollte im weiteren Verfahren das Verhältnis zu den Art. 101 ff. AEUV klarer umrissen werden.³⁹

Ferner können neben das Datenzugangsregime des DA-E auch wettbewerbsrechtliche Datenzugangsvorschriften nach nationalem Recht treten. Ein Beispiel bietet § 19 Abs. 2 Nr. 4 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁴⁰, der die Weigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens, einem anderen Unternehmen Datenzugang zu verschaffen, unter bestimmten Voraussetzungen als missbräuchlich einstuft.⁴¹ Eine Verdrängung des Datenzugangsregimes des DA-E durch diese nationalen Vorschriften findet allerdings aufgrund ihres niedrigeren Standes in der europäischen Normenhierarchie nicht statt. Umgekehrt soll der DA-E den Datenzugang erweitern, nicht einschränken, sodass er keine Sperrwirkung auf derlei spezifisch wettbewerblich geprägte Datenzugänge entfalten dürfte.

4. Verhältnis zu weiteren Vorschriften

Datenbezogene Vorgaben in den Bereichen des Strafverfahrensrechts, der Bekämpfung von Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung sowie im Bereich des Geldtransfers werden nach Art. 1 Abs. 4 S. 1 u. 2 DA-E nicht berührt. Unklar ist, ob dies eine subsidiäre Anwendung des DA-E im Falle fehlender Spezialregelungen offenhält. Zu denken wäre etwa an eine subsidiäre Aktivierung des Datenzugangs nach Art. 14 ff. DA-E. Systematisch ist hierfür Art. 16 Abs. 2 S. 1

³⁸ Pointiert zusammengefasst durch Bomhard/Merkle, 172, Rz 25 f.

³⁹ In diese Richtung auch Podszun Rupprecht/Pfeifer Clemens, Datenzugang nach dem EU Data Act: Der Entwurf der Europäischen Kommission, GRUR 2022, 953, 954; Weiterführend zur Vereinbarkeit des DA-E mit Wettbewerbsrecht Brauneck Jens, Zur Vereinbarkeit des Data Act-Entwurfes mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht, WRP 2022, 954.

⁴⁰ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I 2013, 1750), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung vom 19. Juli.2022 (BGBl. I 2022, 1214).

⁴¹ Vgl. im Einzelnen Wolf Maik, in: Säcker Franz Jürgen/Meier-Beck Peter (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Band 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen §§ 1–96, 185, 186, 4. A., München 2022, § 19 GWB, Rz 170b f.

DA-E zu berücksichtigen. Dieser sperrt Art. 14 DA-E im Bereich des Strafrechts, des Ordnungswidrigkeitsverfahrensrechts und in der Zoll- und Steuerverwaltung. Im Umkehrschluss könnte Art. 1 Abs. 4 DA-E so verstanden werden, dass er keine generelle Sperrwirkung des DA-E für die aufgelisteten Bereiche normiert. Auch hier wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert.⁴²

C. Zentrale Regelungskomplexe

I. Datenzugang und Datennutzung im B2B- und B2C-Bereich nach dem DA-E

1. Regelungssystematik

Die Europäische Kommission zögerte zunächst, bestimmten Marktakteuren verbindliche Datenzugangsansprüche einzuräumen.⁴³ In Marktforschungen stellte sie jedoch fest, dass es im Binnenmarkt an einer freiwilligen Datengewährung mangelt, was die Fairness der Datenverteilung und das Wachstumspotenzial der datenbasierten Wirtschaft in Zweifel rückte.⁴⁴ Daher schlägt die Kommission nun verpflichtende Datenzugänge im B2B- und B2C-Bereich vor, die sektorübergreifend angelegt sind. Nach dem DA-E erfolgt der Datenzugang auf Anfrage eines Nutzers an ihn selbst (siehe [C.I.2.](#)) oder auf Anfrage eines Nutzers an einen Dritten (siehe [C.I.3.](#)). Ferner sind bei der Ausgestaltung rechtlich verpflichtender Datenweitergaben künftig die Regeln der Art. 8 – 12 DA-E zu beachten (siehe [C.I.4.](#)). Bei verpflichtenden und freiwilligen Datenzugängen und Datennutzungen soll ferner in Zukunft eine Missbrauchskontrolle von Verträgen stattfinden (siehe [C.I.5.](#)).

2. Datenzugangsanspruch des Nutzers an ihn selbst (Art. 4 DA-E)

Art. 4 DA-E normiert einen Datenzugangsanspruch des Nutzers gegenüber Dateninhabern.⁴⁵

⁴² Zweitizitat: EDPB/EDPS, Joint Opinion 2/2022, 12, Rz 36.

⁴³ COM (2020) 66 final, 15 f.

⁴⁴ DA-E, 12 f.

⁴⁵ DA-E, 3.

Anspruch des Nutzers auf Zugang und Nutzung von Produkt- und Dienstdaten, Art. 4 DA-E

Tatbestand

- a) Anspruchsteller ist Nutzer, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 5, DA-E
- b) Anspruchsteller verlangt Produkt- oder Dienstdaten, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 1-3, 7 Abs. 2 DA-E
- c) Anspruchsteller kann auf diese Daten nicht ohnehin nach Art. 3 Abs. 1 DA-E zugreifen
- d) Anspruchsgegner ist tauglicher Dateninhaber, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 6, 7 Abs. 1 DA-E
- e) Geschäftsgeheimnisschutz steht nicht entgegen, Art. 4 Abs. 3 DA-E
- f) Personenbezogene Daten: Rechtsgrundlage, Art. 6 u. 9 DS-GVO, Art. 4 Abs. 5 DA-E

Rechtsfolge

- g) Bereitstellung im Umfang des Art. 4 DA-E

a) Anspruchsteller ist Nutzer, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 5, DA-E

Art. 2 Nr. 5 DA-E definiert den Nutzer als „eine natürliche oder juristische Person, die ein Produkt besitzt, mietet oder least oder eine Dienstleistung in Anspruch nimmt“. In Erwägungsgrund 18 Satz 1 DA-E ist statt von „besitzt“ von „gekauft“ die Rede. Fraglich ist daher, ob der Nutzer das Produkt rechtmässig nutzen dürfen muss, oder auch rechtswidrige Nutzer erfasst sind.⁴⁶ Letztere könnten unter den Wortlaut „besitzt“ in Art. 2 Nr. 5 DA-E fallen. Ein Indiz geben Erwägungsgrund 18 Sätze 2 und 3 DA-E, die den Datenzugangsanspruch des Nutzers damit begründen, dass er je nach Rechtstitel, unter dem er das Produkt nutzt, die Risiken des Produkts trägt, sodass es konsequent ist, ihm im Gegenzug ein Datenzugangsrecht zu gewähren. Dieses Telos schlägt bei einem rechtswidrigen Nutzer nicht durch. Art. 2 Nr. 5 DA-E ist damit nur auf den rechtmässigen Nutzer anwendbar. Dies können Verbraucher wie Unternehmen sein. Je nach Ausgestaltung dieser rechtlichen Grundlage können auch

⁴⁶ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 814.

mehrere Personen gleichzeitig Nutzer sein.⁴⁷ Auch in unentgeltlichen Ausgestaltungen der rechtlichen Nutzungsgrundlage kann der Nutzer Risiken im Zusammenhang mit der Produktnutzung tragen, sodass auch das unentgeltliche Nutzen unter Art. 2 Nr. 5 DA-E fällt.⁴⁸

b) *Anspruchsteller verlangt Produkt- oder Dienstdaten, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 1-3, 7 Abs. 2 DA-E*

Nach Art. 4 Abs. 1 DA-E kann der Nutzer „die bei der Nutzung eines Produktes oder verbundenen Dienstes erzeugten Daten“ verlangen. „Daten“ sind gemäss Art. 2 Nr. 1 DA-E weit gefasst und umfassen sämtliche digitale Informationen. Ein „Produkt“ definiert Art. 2 Nr. 2 DA-E als „einen körperlichen beweglichen Gegenstand, der auch in einem unbeweglichen Gegenstand enthalten sein kann, Daten über seine Nutzung oder Umgebung erlangt, erzeugt oder sammelt und Daten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst übermitteln kann und dessen Hauptfunktion nicht die Speicherung und Verarbeitung von Daten ist“.

Speichermedien sind demnach nicht vom Datenzugangsanspruch erfasst.⁴⁹ Art. 4 DA-E hätte ansonsten Tür und Tor zu sämtlichen sensiblen Speicherkapazitäten geöffnet. Die Ausnahme für Produkte, deren Hauptfunktion in der Datenverarbeitung liegt, begründet die Kommission damit, dass sie einen menschlichen Beitrag für die Datengenerierung erfordern.⁵⁰ Diese Daten möchte sie durch den DA-E nicht adressieren. Damit fallen etwa Computer, Server und mobile Endgeräte nicht unter den DA-E.⁵¹ Übrig bleiben insbesondere *Internet of Things*-Daten, die bei der Nutzung privater Haushaltsgeräte oder industrieller Maschinen entstehen.⁵²

Bei einem „verbundenen Dienst“ handelt es sich nach Art. 2 Nr. 3 DA-E um „einen digitalen Dienst, einschliesslich Software, der so in ein Produkt integriert oder so mit ihm verbunden ist, dass das Produkt ohne ihn eine seiner Funk-

⁴⁷ Dies zeigt Erwägungsgrund 20 DA-E, der auch auf mehrere Eigentümer oder Vertragsbeteiligte als Nutzer abstellt, so auch Podszun/Pfeifer, 959; Wilken/Rammos, 1242; diese Frage aufwerfend Hennemann/Steinrötter, 1484, Rz 17; Bomhard/Merkle, 170 f., Rz 14.

⁴⁸ Diese Frage aufwerfend Wilken/Rammos, 1242.

⁴⁹ Erwägungsgrund 14 DA-E.

⁵⁰ Erwägungsgrund 14 DA-E.

⁵¹ Erwägungsgrund 14 DA-E.

⁵² Vgl. auch Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 814; im Ergebnis auch Wilken/Rammos, 1242.

tionen nicht ausführen könnte“. Vermitteln virtuelle Assistenten (Art. 2 Nr. 4 DA-E) Zugang zum Produkt oder verbundenen Dienst, sollen auch Daten dieser Komponente von Art. 4 DA-E erfasst sein (Art. 7 Abs. 2 DA-E).⁵³

Der Nutzer kann indes nur solche Daten nach Art. 4 DA-E anfragen, die „bei der Nutzung“ erzeugt wurden. Dies ist im Lichte von Erwägungsgrund 17 DA-E, nach dem sowohl absichtlich vom Nutzer aufgezeichnete Daten als auch Daten ohne Nutzerbeteiligung erfasst sein sollen, weit zu verstehen.⁵⁴ Somit können auch Daten erfasst sein, die nicht der Nutzer selbst aufzeichnet, sondern andere Personen, die sein Gerät benutzen.⁵⁵ Das legt auch der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 DA-E nahe, der von Daten „bei der Nutzung“ spricht, nicht „bei seiner Nutzung“. Allerdings umfasst Art. 4 DA-E keine Daten, die das Ergebnis eines rechtmässigen Ableitungsprozesses aus den Produkt- oder Dienstdaten sind.⁵⁶ Die Erstellung und Durchführung eines solchen Ableitungsprozesses sieht die Europäische Kommission als schutzwürdig an.⁵⁷

c) *Anspruchsteller kann auf diese Daten nicht ohnehin nach Art. 3 Abs. 1 DA-E zugreifen*

Des Zugangsrechts nach Art. 4 DA-E bedarf der Nutzer nur, wenn er nicht schon nach Art. 3 Abs. 1 DA-E auf die Daten zugreifen kann. Die soeben definierten Produkt- und Dienstdaten müssen dem Nutzer gemäss Art. 3 Abs. 1 DA-E standardmässig direkt zur Verfügung gestellt werden.⁵⁸ Der Direktzugang gilt gemäss Art. 3 Abs. 1 DA-E so lange, wie er „relevant und angemessen“ ist.⁵⁹ Daten, deren Begehren nicht antizipiert werden kann oder Daten, deren nutzertaugliche Darstellung für sämtliche Nutzer ohne Anfrage unangemessen erscheint, fallen damit aus Art. 3 Abs. 1 DA-E heraus. In diesen Fällen kommt Art. 4 Abs. 1 DA-E zum Zuge.

d) *Anspruchsgegner ist tauglicher Dateninhaber, Art. 4 Abs. 1, 2 Nr. 6, 7 Abs. 1 DA-E*

Der Anspruchsgegner muss tauglicher Dateninhaber sein. Dies ist gemäss Art. 2 Nr. 6 DA-E „eine juristische oder natürliche Person, die nach dieser Ver-

⁵³ Weitergehend hierzu Erwägungsgrund 22 DA-E.

⁵⁴ Wilken/Rammos, 1242.

⁵⁵ Erwägungsgrund 14 DA-E.

⁵⁶ Erwägungsgrund 14 DA-E.

⁵⁷ Erwägungsgrund 14 DA-E.

⁵⁸ Podszun/Pfeifer, 956; Hennemann/Steinrötter, 1483, Rz 11.

⁵⁹ Dieses systematische Verständnis teilen Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 815; Podszun/Pfeifer, 956.

ordnung, nach anwendbarem Unionsrecht oder nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung des Unionsrechts berechtigt oder verpflichtet bzw. im Falle nicht personenbezogener Daten und durch die Kontrolle über die technische Konzeption des Produktes und damit verbundener Dienste in der Lage ist, bestimmte Daten bereitzustellen“.

Diese recht sperrige Legaldefinition wirft Fragen auf. So wird befürchtet, dass auch Arbeitnehmer Dateninhaber sein könnten, da sie faktisch auf Produkt- und Dienstdaten zugreifen können.⁶⁰ Hiergegen lassen sich zwei Argumente anführen. Erstens geht Erwägungsgrund 24 DA-E davon aus, dass im Falle personenbezogener Daten der Dateninhaber auch Verantwortlicher i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO sein sollte. Er muss also über Mittel und Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten zumindest mitentscheiden können⁶¹ und damit diese Daten wesentlich kontrollieren. Diese Kontrolle übt im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber grundsätzlich der Arbeitgeber aus.⁶² Zweitens stellt der Wortlaut des Art. 2 Nr. 6 DA-E im Falle nicht personenbezogener Daten auf die „durch die Kontrolle über die technische Konzeption des Produktes und damit verbundener Dienste“ vermittelte Möglichkeit der Datenbereitstellung ab. Die Zugriffsmöglichkeit muss also auf der Produkt- und Dienstkontrolle beruhen, eine rein faktische Zugriffsmöglichkeit reicht nicht aus.⁶³ Als Dateninhaber werden daher in der Praxis vorwiegend industrielle Hersteller der Produkte und verbundenen Dienste anzusehen sein.⁶⁴ Der Rechtssicherheit halber sollte allerdings die Voraussetzung einer Kontrolle über personenbezogene Daten aus Erwägungsgrund 24 DA-E ausdrücklich in Art. 2 Nr. 6 DA-E aufgenommen werden und neben die Voraussetzung einer rechtlichen Pflicht zur Datenbereitstellung treten.

⁶⁰ Bomhard/Merkle, 169, Rz 6 f.

⁶¹ Weiterführend hierzu Paal/Pauly-Ernst, Art. 4 DS-GVO Rz 55; Sydow/Marsch-Raschauer, Art. 4 DS-GVO, Rz 114 ff.

⁶² Franzen Martin, in: ders./Gallner Inken/Oetker Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. A., München 2022, Art. 7 DS-GVO, Rz 12a.

⁶³ Dies verdeutlichen englische und französische Fassung des Art. 2 Nr. 6 DA-E: „data holder“ means a legal or natural person who has the right or obligation, in accordance with this Regulation, applicable Union law or national legislation implementing Union law, or in the case of non-personal data and *through control of the technical design of the product and related services, the ability, to make available certain data*“; „détenteur de données, une personne morale ou une personne physique qui, conformément au présent règlement, aux dispositions législatives applicables de l’Union ou à la législation nationale mettant en œuvre le droit de l’Union, a le droit ou l’obligation ou, dans le cas de données à caractère non personnel et *par le contrôle de la conception du produit et des services liés, a la possibilité, de rendre disponibles certaines données à caractère personnel*“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁶⁴ I.E. auch Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 813.

Da Art. 2 Nr. 6 DA-E unter anderem nur solche Personen als Dateninhaber definiert, die nach dem DA-E zur Datenbereitstellung verpflichtet werden, wird zum Teil ein Zirkelschluss in dieser Definition gesehen.⁶⁵ Art. 4 f. DA-E verpflichte ohnehin sämtliche Dateninhaber zur Datenbereitstellung, sodass das Definitionsmerkmal einer ‚rechtlichen Verpflichtung nach dem DA-E‘ ohne Anwendungsbereich bleibe.⁶⁶ Dem scheint die soeben herausgearbeitete Annahme zugrunde zu liegen, dass Art. 2 Nr. 6 DA-E unter Berücksichtigung von Erwägungsgrund 24 DA-E zweierlei voraussetzt: Eine rechtliche Verpflichtung zur Datenbereitstellung und eine faktische Kontrolle über die begehrten Daten. In diesem Lichte liegt indes kein Zirkelschluss vor: Art. 7 Abs. 1 DA-E sieht eine Ausnahme von den Pflichten nach Art. 3 ff. DA-E zugunsten von Daten vor, die aus Produkten oder Diensten stammen, die Kleinst- oder Kleinunternehmen i. S. d. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG hergestellt bzw. erbracht haben. Art. 14 Abs. 2 DA-E zeichnet Kleinst- und Kleinunternehmen i. S. d. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG ferner vom Datenzugang der Träger öffentlicher Gewalt nach Art. 14 Abs. 1 DA-E frei. Es gibt also Personen, die Kontrolle über Daten ausüben, aber nicht zur Datenbereitstellung verpflichtet werden und deshalb keine Dateninhaber sind. Das Merkmal der rechtlichen Verpflichtung hat daher in der Definition des Dateninhabers einen eigenen Anwendungsbereich.

e) *Geschäftsgeheimnisschutz steht nicht entgegen, Art. 4 Abs. 3 DA-E*

Nach Art. 4 Abs. 3 S. 1 DA-E dürfen Geschäftsgeheimnisse nur offengelegt werden, „wenn alle besonderen Massnahmen getroffen worden sind, die erforderlich sind, um die Vertraulichkeit der Geschäftsgeheimnisse, insbesondere gegenüber Dritten, zu wahren“. Dazu können Dateninhaber und Nutzer gemäss Art. 4 Abs. 3 S. 2 DA-E Vertraulichkeitsvereinbarungen treffen.

Der Geschäftsgeheimnisschutz ist damit zwar zu berücksichtigen, er kann den Anspruch jedoch nicht unterbinden.⁶⁷ Über Art. 4 Abs. 3 S. 2 DA-E erwartet die Praxis daher den Abschluss strenger Non-Disclosure-Agreements.⁶⁸ Dies kann zu Streitigkeiten über die zulässige Reichweite dieser Vereinbarungen führen.⁶⁹ Das scheint die Europäische Kommission aber in Kauf zu nehmen, um Art. 4 DA-E weitestgehend zur Anwendung zu verhelfen.

⁶⁵ Bomhard/Merkle, 169, Rz 5.

⁶⁶ Bomhard/Merkle, 169, Rz 5.

⁶⁷ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 816.

⁶⁸ Hennemann/Steinrötter, 1484, Rz 18; Wilken/Rammos, 1244; Bomhard/Merkle, 171, Rz 22.

⁶⁹ Bomhard/Merkle, 171, Rz 22.

f) *Personenbezogene Daten: Rechtsgrundlage, Art. 6 u. 9 DS-GVO, Art. 4 Abs. 5 DA-E*

Bei personenbezogenen Daten bedarf es für Art. 4 Abs. 1 DA-E einer Rechtsgrundlage nach Art. 6 u. 9 DS-GVO (siehe [B.II.1](#)).

g) *Bereitstellung im Umfang des Art. 4 DA-E*

Art. 4 Abs. 1 S. 1 DA-E sieht vor, dass die Daten dem Nutzer „unverzüglich, kostenlos und gegebenenfalls kontinuierlich und in Echtzeit zur Verfügung“ zu stellen sind. Dies kann als blosses Einsichtsrecht für den Nutzer ausgestaltet werden.⁷⁰ Das ergibt sich aus Erwägungsgrund 21 DA-E, der für den Zugang auch die Bereitstellung auf „eigenen lokalen Serverkapazitäten“ des Dateninhabers hinreichen lässt.⁷¹

Die zur Verfügung gestellten Daten darf der Nutzer ferner nicht zur Entwicklung eines Konkurrenzprodukts nutzen, Art. 4 Abs. 4 DA-E. Wann genau eine solche Konstellation vorliegt, wird man im Einzelfall beurteilen müssen. Sollte der Gesetzgeber dieses Verbot im Übrigen auf verbundene Dienste ausweiten wollen, wäre eine Klarstellung in Art. 4 Abs. 4 DA-E angezeigt.⁷²

h) *Einordnung*

Art. 4 DA-E verpflichtet Dateninhaber, Daten bereitzustellen. Dies schränkt ihre unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh ein.⁷³ Eine Einschränkung kann indes nicht aus einem Recht auf Dateneigentum⁷⁴ der Dateninhaber abgeleitet werden, da der DA-E ein solches nicht anerkennt, wie sich aus den

⁷⁰ Podszun/Pfeifer, 956; Klink-Straub/Straub, 01076.

⁷¹ Überzeugend herausgearbeitet von Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 815; Specht-Riemenschneider Louisa, Data Act – Auf dem (Holz-)Weg zu mehr Dateninnovation?, ZRP 2022, 137, 139; Specht-Riemenschneider Louisa, Der Entwurf des Data Act: Ein grosser Wurf in die falsche Richtung?, GRUR 2022, 937, 938.

⁷² Bomhard/Merkle, 172, Rz 24.

⁷³ Wollenschläger Ferdinand, in: von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. A., Baden-Baden 2015, Art. 16 GRCh Rz 1 ff.; Ruffert, Matthias, in: ders./Calliess, Christian, EUV/AEUV, 6. A. München 2022, Art. 16 GRCh, Rz 1 ff.

⁷⁴ Vgl. in der Diskussion gegen ein „Dateneigentum“ Hoeren Thomas, Datenbesitz statt Dateneigentum. Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, 5; Kühling Jürgen/Sackmann Florian, Irrweg „Dateneigentum“. Neue Grosskonzepte als Hemmnis für die Nutzung und Kommerzialisierung von Daten, ZD 2020, 24; dafür Fezer Karl-Heinz, Dateneigentum der Bürger. Ein originäres Immaterialgüterrecht sui generis an verhaltensgenerierten Informationsdaten der Bürger, ZD 2017, 99.

Erwägungsgründen 5 und 6 DA-E ergibt. Als Rechtfertigung für den Eingriff in die unternehmerische Freiheit kann der durch Art. 4 DA-E bezweckte Verbraucherschutz und die Förderung des wirtschaftlichen Datenaustauschs durch einen besseren Datenzugang angeführt werden.⁷⁵ Aufgrund der Nicht-Rivalität von Daten können Dateninhaber im Übrigen die Daten weiterhin nutzen, sodass sie in dieser Hinsicht ihre unternehmerische Betätigung fortsetzen können.⁷⁶ Art. 4 DA-E begegnet mithin keinen gravierenden grundrechtlichen Bedenken.

Insgesamt hat die Kommission damit einen rechtssicheren Rahmen für eine sektorübergreifende Harmonisierung des Datenzugangsrechts vorgeschlagen. Dies ist zu begrüßen. Damit der DA-E zügig sein Harmonisierungspotenzial entfalten kann, ist eine zeitnahe Anpassung der sektorspezifischen Zugangsvorschriften an Art. 4 DA-E zu empfehlen.⁷⁷

3. Datenzugangsanspruch des Nutzers an Dritte (Art. 5 DA-E)

Auf Geheiss des Nutzers kann gemäss Art. 5 DA-E auch eine Bereitstellung von Daten an Dritte erfolgen. Dritte erhalten damit kein eigenes Datenzugangsrecht. Vielmehr ist ihr Zugang akzessorisch zum Nutzerverlangen.⁷⁸ Möchten also etwa Reparaturbetriebe für Kraftfahrzeuge Daten über vernetzte Kraftfahrzeuge erlangen, um wiederkehrende Anfälligkeiten für Ausfälle zu erfassen, müssen sie den Nutzer um eine Weiterleitung dieser Daten bitten. Art. 5 DA-E ist wie folgt aufgebaut.

Anspruch des Nutzers auf Weitergabe von Produkt- und Dienstdaten an Dritte, Art. 5 DA-E

Tatbestand

- a) Anspruchsteller ist Nutzer, Art. 5 Abs. 1, 2 Nr. 5 DA-E
- b) Anspruchsteller verlangt Produkt- oder Dienstdaten, Art. 5 Abs. 1, 2 Nr. 1-3, 7 Abs. 2 DA-E
- c) Anspruchsteller verlangt Datenbereitstellung an zulässigen Dritten, Art. 5 Abs. 2 DA-E

⁷⁵ DA-E, 16.

⁷⁶ DA-E, 16.

⁷⁷ Dieses Ziel ist bereits angelegt in DA-E, 6.

⁷⁸ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 816; Hennemann/Steinrötter, 1484, Rz 19.

- d) Anspruchsgegner ist tauglicher Dateninhaber, Art. 5 Abs. 1, 2 Nr. 6, 7 Abs. 1, DA-E
- e) Geschäftsgeheimnisschutz steht nicht entgegen, Art. 5 Abs. 8 DA-E
- f) Personenbezogene Daten: Rechtsgrundlage, Art. 6 u. 9 DS-GVO, Art. 5 Abs. 6 u. 9 DA-E

Rechtsfolge

- g) Bereitstellungsverhältnis nach Art. 5, 6, 8 ff. DA-E

a) Erläuterung der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolge

Art. 5 DA-E weist grosse Parallelen zu Art. 4 DA-E auf. Unterschiede zu Art. 4 DA-E ergeben sich beim Datenempfänger (zulässiger Dritter), dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Art. 5 Abs. 8 DA-E) und der Rechtsfolge (Art. 5, 6, 8 ff. DA-E).

„Dritter“ i. S. d. Art. 5 DA-E kann jede juristische oder natürliche Person sein (vgl. Art. 2 Nr. 7 DA-E). Der DA-E zählt beispielhaft Unternehmen, Forschungseinrichtungen und gemeinnützige Organisationen auf.⁷⁹ Art. 5 Abs. 2 DA-E schliesst einzig Gatekeeper gemäss Art. 3 DMA (in der verabschiedeten deutschen Fassung des DMA nunmehr „Torwächter“) aus. Dies sind Unternehmen, die erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt haben, einen zentralen Plattformdienst bereitstellen, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient und die hinsichtlich ihrer Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehaben oder absehbar ist, dass sie eine solche Position in naher Zukunft erlangen werden (Art. 3 Abs. 1 DMA). Hierunter fallen Unternehmen wie Alphabet und Amazon.⁸⁰ Diesen Unternehmen attestiert die Europäische Kommission ein derart hohes Datensammlungspotenzial, dass sie es für unverhältnismässig hält, sie in den Kreis der Dritten nach Art. 5 DA-E aufzunehmen.⁸¹ Gatekeeper dürfen Nutzer daher nicht zur Geltendmachung von Art. 5 Abs. 1 DA-E auffordern oder geschäftlich anreizen (Art. 5 Abs. 2 lit. b DA-E). Auch nach Art. 4 DA-E vom Nutzer erlangte Daten darf ein Gatekeeper nicht in Empfang nehmen (Art. 5 Abs. 2 lit. a u. c DA-E). Selbst die Konstellation

⁷⁹ Erwägungsgrund 29 DA-E.

⁸⁰ Podszun Rupprecht/Bongartz Philipp/Kirk Alexander, Digital Markets Act – Neue Regeln für Fairness in der Plattformökonomie, NJW 2022, 3249, 3250.

⁸¹ Erwägungsgrund 36 DA-E; hierin wirtschaftspolitische Erwägungen hineinlesend Wilken/Ramos, 1247 f.

tion, dass der Nutzer aus freien Stücken den Anspruch nach Art. 5 Abs. 1 DA-E zugunsten eines Gatekeepers auslöst, unterbindet Art. 5 Abs. 2 DA-E, indem er Gatekeeper pauschal als unzulässige Dritte einordnet. Gatekeeper können damit in keinem Fall am Datenzugangsanspruch nach Art. 5 DA-E partizipieren.

Für die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen ist nach Art. 5 Abs. 8 DA-E zusätzlich erforderlich, dass die Datenbereitstellung für den zwischen dem Nutzer und dem Dritten vereinbarten Zweck „unbedingt erforderlich“ ist. Nutzer und Dritter könnten in der Praxis allerdings einen weiten Zweck der Datennutzung vereinbaren. Daher droht Art. 5 Abs. 8 DA-E nach jetziger Fassung leerzulaufen.⁸²

In der Rechtsfolge müssen die Daten grundsätzlich ähnlich zu Art. 4 Abs. 1 DA-E gemäss Art. 5 Abs. 1 DA-E bereitgestellt werden. Darüber hinaus besteht jedoch ein erweitertes Pflichtenprogramm des Dritten nach Art. 6 DA-E, etwa die Zweckbindung der Verarbeitung an dem mit dem Nutzer vereinbarten Zweck (Art. 6 Abs. 1 DA-E). Wie beim Geschäftsgeheimnisschutz besteht allerdings auch hier die Gefahr, dass die Norm mit einer weiten Zweckvereinbarung unterlaufen wird. Überdies darf der Dritte die erhaltenen Daten keinen Gatekeepern zur Verfügung stellen (Art. 6 Abs. 2 lit. d DA-E), was bei der Verwendung von Gatekeeper-Anwendungen erhöhte Compliance-Anforderungen nach sich ziehen wird.⁸³ Ferner wird das Verhältnis des Dritten zum Dateninhaber durch die Art. 8 ff. DA-E ausgestaltet (siehe [C.I.4.](#)).

b) Einordnung

Statt den Datenzugang Dritter von einem Nutzerverlangen abhängig zu machen, könnte im weiteren Verfahren ein eigenes Datenzugangsrecht des Dritten angedacht werden.⁸⁴ Dies würde dem von der Kommission ausgemachten Problem eines mangelnden Datenaustauschs zwischen Unternehmen entgegenwirken.⁸⁵ Stand jetzt können Unternehmen nach dem Rahmen des DA-E nur dann Daten voneinander beanspruchen, wenn sie das Produkt oder den verbundenen Dienst des jeweils anderen nutzen (Art. 4 DA-E) oder einen Nutzer überzeugen, die Datenbereitstellung zu verlangen (Art. 5 DA-E). Die Entscheidung eines Nutzers, den Anspruch nach Art. 5 Abs. 1 DA-E geltend zu machen, hätte damit eine wesentliche Torwächterfunktion für den Datenaustausch in der Digitalwirtschaft. Dies fusst vor dem Hintergrund der Stärkung der Rechte der (häufig als Verbraucher einzustufenden) Nutzer auf einer legi-

⁸² Bomhard/Merkle, 171 f., Rz 23.

⁸³ Kritisch Wilken/Rammos, 1243.

⁸⁴ In diese Richtung auch Podszun/Pfeifer, 959.

⁸⁵ COM (2020) 66 final, 7 ff.

timen Leitlinie. Dennoch sollte im weiteren Verfahren nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Stärkung von Nutzerrechten und der umfangreiche Datenaustausch im Wirtschaftsverkehr in einem Zielkonflikt stehen können, der aufgelöst werden muss.

Ferner ist zu erörtern, ob der Zweckvereinbarung zwischen Nutzer und Dritten Grenzen gesetzt werden müssen, um den Geschäftsgeheimnisschutz in Art. 5 Abs. 8 DA-E und die Zweckbindung in Art. 6 Abs. 1 DA-E nicht leerlaufen zu lassen.⁸⁶

4. Bedingungen verpflichtender Datenweitergaben

a) Anwendungsbereich

Die Art. 8 ff. DA-E finden Anwendung, wenn ein Dateninhaber nach Art. 5 DA-E, anderem Unionsrecht oder auf Unionsrecht beruhenden nationalen Regelungen verpflichtet ist, einem Datenempfänger Daten bereitzustellen (Art. 8 Abs. 1 DA-E). Art. 4 DA-E wird von Art. 8 Abs. 1 DA-E nicht erfasst. Der DA-E sieht Art. 4 DA-E also als *lex specialis* an. Auch auf freiwillige Vereinbarungen finden Art. 8 ff. DA-E keine Anwendung; auf diese sollen sie jedoch eine Ausstrahlungswirkung entfalten.⁸⁷

In zeitlicher Hinsicht sollen die Art. 8 ff. DA-E lediglich für Datenbereitstellungspflichten gelten, die nach dem Geltungsbeginn des DA-E in Kraft treten (Art. 12 Abs. 3 DA-E). Anders als teilweise angenommen⁸⁸ finden Art. 8 ff. DA-E daher insbesondere keine Anwendung auf Art. 15 u. 20 DS-GVO.⁸⁹ Sollen aber die Art. 8 ff. DA-E den gewünschten Marktstandard vorgeben, wäre eine Wirkung auch für vor Geltungsbeginn des DA-E normierte Datenbereitstellungspflichten angezeigt. Dies sollte erwogen werden.

b) Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Dateninhaber und Datenempfänger

Sind die Art. 8 ff. DA-E anwendbar, bildet ein Vertrag die Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen Dateninhaber und Datenempfänger (Art. 8

⁸⁶ Bomhard/Merkle, 171, Rz 17.

⁸⁷ Erwägungsgrund 38 DA-E.

⁸⁸ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 821.

⁸⁹ Erwägungsgrund 38 DA-E.

Abs. 2 S. 1 DA-E). Grundsätzlich soll also die Privatautonomie massgeblich sein.⁹⁰ Diese wird von den zwingenden (Art. 12 Abs. 2 DA-E)⁹¹ Vorgaben der Art. 8 ff. DA-E flankiert.

Art. 8 DA-E sieht die wesentlichen Pflichten des Dateninhabers vor. Dieser muss nach Art. 8 Abs. 1 DA-E die Daten „zu fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen und in transparenter Weise“ bereitstellen. Er unterliegt dabei einem Gleichbehandlungsgebot, für dessen Einhaltung er die Beweislast trägt (Art. 8 Abs. 3 DA-E). Unterschiedliche Vertragsbedingungen je nach Vertrag sollen aber bei Vorliegen objektiver Gründe möglich sein.⁹² Eine exklusive Bereitstellung von Daten darf nur auf Nutzerverlangen erfolgen (Art. 8 Abs. 4 DA-E). Eine Pflicht zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen muss sich gemäss Art. 8 Abs. 6 DA-E aus der Datenbereitstellungspflicht ergeben, die den Weg in die Art. 8 ff. DA-E bahnt. Dies ist beispielsweise Art. 5 Abs. 8 DA-E, auf den Art. 8 Abs. 6 wohl (statt auf Art. 6 DA-E) verweisen wollte.

Im Gegenzug darf der Dateninhaber nach Art. 11 Abs. 1 DA-E technische Schutzmassnahmen wie intelligente Verträge (Art. 2 Nr. 16 DA-E) einsetzen, um unbefugte Zugänge zu verhindern und die Einhaltung der Art. 5, 6, 9, 10 DA-E und der für die Datenbereitstellung vereinbarten Vertragsbedingungen sicherzustellen.

Dem Datenempfänger obliegt die Pflicht, nach Art. 9 Abs. 1 DA-E eine Gegenleistung zu erbringen.⁹³ Von Kleinstunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen i. S. d. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG darf der Dateninhaber gemäss Art. 9 Abs. 2 DA-E nur einen Kostenausgleich verlangen. Eine niedrigere Gegenleistungspflicht oder ihren völligen Ausschluss durch *leges speciales* hält Art. 9 Abs. 3 DA-E offen.

Im Rahmen von Art. 5 DA-E kann es dazu kommen, dass der Datenempfänger für die Bereitstellung von Daten doppelt zur Kasse gebeten wird: *Erstens* vom Nutzer für die Geltendmachung von Art. 5 DA-E, *zweitens* vom Dateninhaber für die Datenbereitstellung nach Art. 9 Abs. 1 DA-E.⁹⁴

Möglicherweise könnte der Datenempfänger aber zumindest der Vergütungspflicht des Art. 9 Abs. 1 DA-E entkommen, indem er den Nutzer incentiviert, Daten nach Art. 4 DA-E einzuholen, um diese dem Datenempfänger anschliessend freiwillig zur Verfügung zu stellen. Dann wären Art. 8 ff. DA-E und damit

⁹⁰ Erwägungsgrund 39 DA-E.

⁹¹ Hennemann/Steinrötter, 1485, Rz 24.

⁹² Erwägungsgrund 41 DA-E.

⁹³ Erwägungsgründe 42 ff. DA-E.

⁹⁴ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 823; Specht-Riemenschneider (Fn. 71), 140.

auch Art. 9 Abs. 1 DA-E für die zweite Datenübertragung vom Nutzer auf den Datenempfänger unanwendbar.⁹⁵ Diesen Pfad hat auch die Kommission gesehen: Nach Art. 5 Abs. 2 lit. c DA-E darf ein Gatekeeper keine Daten erhalten, die ein Nutzer nach Art. 4 Abs. 1 DA-E erlangt hat. Wäre der Weg für Dritte, vom Nutzer nach Art. 4 DA-E erlangte Daten zu erhalten, gesperrt, hätte ein Ausschluss der Gatekeeper vom Kreis der Dritten i. S. d. Art. 5 DA-E gereicht. Dass Art. 5 Abs. 2 lit. c DA-E aber ausdrücklich auch die Empfangnahme der vom Nutzer nach Art. 4 DA-E erlangten Daten untersagt, zeigt im Umkehrschluss, dass Dritten dieser Weg grundsätzlich nicht versperrt ist. Dem Dritten i. S. d. Art. 5 DA-E steht damit die Umgehung zumindest der Vergütungspflicht aus Art. 9 Abs. 1 DA-E offen.

Darüber hinaus bestehen für den Datenempfänger gemäss Art. 11 Abs. 2 DA-E gewisse Verhaltenspflichten im Umgang mit dem Dateninhaber.

Eine handhabbare Anwendung all dieser Pflichten kann die Kommission gemäss Art. 34 DA-E in Mustervertragsbedingungen ausarbeiten. Diesen Bedingungen blickt die Praxis mit Spannung entgegen.⁹⁶

Schliesslich steht bei Meinungsverschiedenheiten über die Einhaltung der Art. 8 u. 9 DA-E ein Streitbeilegungsverfahren nach Art. 10 DA-E zur Verfügung.⁹⁷

5. Missbrauchskontrolle für Datenverträge

Die gemeinsame Datennutzung gestaltet die Missbrauchskontrolle für Datenverträge in Art. 13 DA-E weiter aus. Hierdurch soll verhindert werden, dass ungleiche Verhandlungspositionen beim Zugang zu Daten zulasten von Kleinstunternehmen, kleinen und mittleren Unternehmen i. S. d. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG ausgenutzt werden.⁹⁸ Art. 13 DA-E statuiert damit einen zwingenden (Art. 13 Abs. 8 DA-E) Kontrollmassstab im B2B-Bereich,⁹⁹ der parallel zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen¹⁰⁰ ausgestaltet ist. Die Norm ist systematisch geschickt in einem eigenen Kapitel IV

⁹⁵ Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 822; Bomhard/Merkle, 171, Rz 16.

⁹⁶ DA-E, 12 f.; siehe auch Wilken/Rammos, 1243.

⁹⁷ Erwägungsgründe 48 ff. DA-E.

⁹⁸ DA-E, 6.

⁹⁹ Witzel Michaela, Der Entwurf des Data Act und seine Vorgaben an die Vertragsgestaltung Missbräuchliche Klauseln - Fairness-Standards - Schwarze und Graue Klauseln, CR 2022, 561, 562, Rz 5.

¹⁰⁰ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 96 vom 21. April 1993, 29 ff.

neben Kapitel III verortet, damit sie nicht nur auf Verträge für verpflichtende Datenbereitstellungen (Art. 8 Abs. 1 DA-E), sondern auch auf freiwillige Verträge Anwendung findet.

Entfall der Bindungswirkung missbräuchlicher Vertragsklauseln, Art. 13 DA-E

Tatbestand

- a) Anwendbarkeit: Keine Festlegung des Hauptgegenstandes oder des zu zahlenden Preises, Art. 13 Abs. 7 DA-E
- b) Vertragsklausel in Bezug auf den Datenzugang und die Datennutzung oder die Haftung und Rechtsbehelfe bei Verletzung oder Beendigung datenbezogener Pflichten, Art. 13 Abs. 1 DA-E
- c) Vertragsklausel zwischen Unternehmen und Kleinstunternehmen, kleinem oder mittlerem Unternehmen, Art. 13 Abs. 1 DA-E
- d) Vertragsklausel durch Unternehmen einseitig auferlegt, Art. 13 Abs. 1, 5 DA-E
- e) Vertragsklausel ist missbräuchlich, Art. 13 Abs. 1 DA-E
 - aa) Ausnahmslose Missbräuchlichkeit bei Verstoss gegen Art. 13 Abs. 3 DA-E
 - bb) Vermutete Missbräuchlichkeit bei Verstoss gegen Art. 13 Abs. 4 DA-E
 - cc) Missbräuchlichkeit qua Generalklausel, Art. 13 Abs. 2 DA-E

Rechtsfolge

- f) Vertragsklausel ist für Kleinstunternehmen, kleines oder mittleres Unternehmen nicht bindend, Art. 8 Abs. 2 S. 2, 13 Abs. 1 DA-E; übrige Vertragsklauseln bleiben bei Abtrennbarkeit bindend, Art. 13 Abs. 6 DA-E

Hinsichtlich der Reichweite des Art. 13 DA-E stellt die Kommission klar, dass zum Schutz der Vertragsfreiheit nur solche Vertragsbestandteile erfasst sein sollen, die sich auf die Bereitstellung von Daten beziehen.¹⁰¹

Die Klausel muss dem Kleinstunternehmen, kleinen oder mittleren Unternehmen i. S. d. Art. 2 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG nach Art. 13 Abs. 1 DA-E einseitig auferlegt worden sein. Dies wird nach Art. 13 Abs. 5 DA-E vermutet, „wenn sie von einer Vertragspartei eingebracht wird und die andere Vertragspartei ihren Inhalt trotz des Versuchs, hierüber zu verhandeln, nicht beeinflussen kann“. Die Vermutung ist widerleglich, wie Art. 13 Abs. 5 S. 2 DA-E

¹⁰¹ Erwägungsgründe 52 f. DA-E.

zeigt. Die Widerlegung obliegt der Vertragspartei, die die Klausel eingebracht hat. Da Art. 13 Abs. 5 S. 1 DA-E einen Verhandlungsversuch verlangt, wird sich ein Unternehmen, das eine Vertragsklausel ‚kampflös‘ hinnimmt, nicht auf Art. 13 DA-E berufen können.¹⁰²

Ferner müssen von Art. 13 Abs. 1 DA-E erfasste Vertragsklauseln der Missbräuchlichkeitsprüfung standhalten. Art. 13 DA-E überprüft Klauseln auf eine absolute (Art. 13 Abs. 3 DA-E), vermutete (Art. 13 Abs. 4 DA-E) und sich aus der Generalklausel ergebende (Art. 13 Abs. 2 DA-E) Unzulässigkeit.¹⁰³

Absolut unzulässig ist gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b DA-E der „Ausschluss der Haftung der Partei, die die Klausel einseitig auferlegt hat, bei einer Verletzung“ von Vertragspflichten. Hier wird gefragt, ob dies nur einen Haftungsausschluss für sämtliche Verschuldensformen verbietet, oder bereits den Ausschluss einzelner Verschuldensformen.¹⁰⁴ Der Wortlaut „Ausschluss“ ist in systematischer Zusammenschau mit Art. 13 Abs. 3 lit. a DA-E, der von „Ausschluss oder (...) Beschränkung“ spricht, als völlige Freizeichnung einer Vertragspartei von der in Bezug genommenen Materie zu verstehen. Diese Bezugsmaterie ist in Art. 13 Abs. 3 lit. b DA-E eine Vertragspflichtverletzung. Folglich ist nur der vollkommene Ausschluss der Haftung für Vertragspflichtverletzungen erfasst. Ein Ausschluss für einzelne Verschuldensformen bei der Vertragspflichtverletzung ist zulässig.

Bei der Generalklausel in Art. 13 Abs. 2 DA-E ist ein restriktiver Massstab anzuwenden. Bloss nachteilhafte Klauseln für eine Partei sollen für eine Missbräuchlichkeit nicht ausreichen.¹⁰⁵

Insgesamt könnten auch bei Art. 13 DA-E die Musterverträge gemäss Art. 34 DA-E Aufschluss über die Tragweite der Norm geben.¹⁰⁶

Im Falle eines Verstosses gegen Art. 13 DA-E ist die Klausel für das Kleinunternehmen, kleine oder mittlere Unternehmen nicht bindend, Art. 8 Abs. 2 S. 2, 13 Abs. 1 DA-E. Nach der Verordnungsbegründung soll dies dazu führen, dass keiner der beiden Parteien die vom Vertrag adressierten Daten nutzen darf.¹⁰⁷ Dies gibt der Rechtstext des DA-E bislang jedoch nicht her.

¹⁰² Witzel, 563, Rz 10.

¹⁰³ Dieses systematische Verständnis teilen Specht-Riemenschneider (Fn. 17), 822; Henne-
mann/Steinrötter, 1485, Rz 25; Witzel, 565, Rz 30.

¹⁰⁴ Witzel, 564, Rz 25.

¹⁰⁵ Erwägungsgrund 54 DA-E; vgl. Witzel, 564, Rz 19 ff.

¹⁰⁶ Erwägungsgrund 55 DA-E.

¹⁰⁷ DA-E, 18 f.

II. Datenzugang und Datennutzung im B2G-Bereich

Auch Träger hoheitlicher Gewalt erhalten gemäss Art. 14 DA-E flächendeckenden Zugang zu Daten des Binnenmarkts. Dies soll ihre Entscheidungsgrundlage verbessern.¹⁰⁸ Einsatzfelder wären etwa Daten über die Auslastung von Infrastrukturen, damit ihr Ausbau besser geplant werden kann.¹⁰⁹ Ein solcher Datenzugang wurde von einer Expertengruppe,¹¹⁰ Politik¹¹¹ und Behörden¹¹² gefordert; in der Wirtschaft¹¹³ stösst er wohl aufgrund zusätzlicher Pflichten auf ein durchwachsendes Echo.

Datenzugang durch Träger hoheitlicher Gewalt, Art. 14 DA-E

Tatbestand

- a) Anspruchsteller ist Träger hoheitlicher Gewalt, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Nr. 9 DA-E
- b) Anspruchsteller stellt taugliches Verlangen nach Daten, Art. 14 Abs. 1, 17 Abs. 1 u. 2 DA-E
- c) Verlangen des Anspruchstellers bezieht sich nicht auf eine Bereichsausnahme, Art. 16 Abs. 2 S. 1 DA-E
- d) Anspruchsgegner ist tauglicher Dateninhaber, Art. 14 Abs. 1 u. 2, 2 Nr. 6 DA-E
- e) Für Datennutzung besteht aussergewöhnliche Notwendigkeit, Art. 14 Abs. 1, 15 DA-E

Rechtsfolge

- f) Bereitstellung im Umfang der Art. 14 Abs. 1, 17 Abs. 3 u. 4, 18 – 22 DA-E

¹⁰⁸ Mit den gegenwärtigen Datenzugängen sieht die Europäische Kommission eine angemessene Entscheidungsgrundlage gefährdet, siehe COM (2020) 66 final, 7 ff.

¹⁰⁹ Die Bundesregierung, Datenstrategie der Bundesregierung. Eine Innovationsstrategie für gesellschaftlichen Fortschritt und nachhaltiges Wachstum, Berlin 2021, 57.

¹¹⁰ High-Level Expert Group on Business-to-Government Data Sharing, Towards a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest. Final report, Luxemburg 2020, 8.

¹¹¹ Eine europäische Datenstrategie. Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. März 2021 zum Thema „Eine europäische Datenstrategie“, P9_TA(2021)0098, Rz 55.

¹¹² DA-E, 13.

¹¹³ DA-E, 13.

1. Erläuterung der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolge

Damit ein Träger hoheitlicher Gewalt (vgl. Art. 2 Nr. 9 DA-E) Daten erhalten kann, muss sein Datenverlangen den Anforderungen nach Art. 14 Abs. 1, 17 Abs. 1 u. 2 DA-E entsprechen. Art. 17 Abs. 1 DA-E sieht dafür Gestaltungsanforderungen vor, während Art. 17 Abs. 2 DA-E sonstige Rechtmässigkeitsanforderungen normiert. Eine trennscharfe Abgrenzung der beiden Absätze ist der Kommission nicht gelungen. Da der Dateninhaber bei einem Verstoß gegen einen der beiden Absätze aber den Datenzugang verweigern darf (Art. 18 Abs. 2 DA-E), müssen ohnehin sämtliche Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.

Das behördliche Verlangen darf sich nach Art. 14 Abs. 1 DA-E ferner pauschal auf „Daten“ (Art. 2 Nr. 1 DA-E) beziehen, nicht nur auf Produkt- oder Dienstdaten wie in den Art. 3 ff. DA-E. Der Anwendungsbereich des Art. 14 DA-E ist damit wesentlich weiter.

Der Träger öffentlicher Gewalt muss für den Datenzugang schliesslich eine aussergewöhnliche Notwendigkeit ins Feld führen. Die Fälle der aussergewöhnlichen Notwendigkeit sind abschliessend (!) in Art. 15 DA-E definiert. Zu ihnen zählen die Bewältigung oder Vorbeugung eines öffentlichen Notstands (Art. 2 Nr. 10 DA-E) oder die Erholung von einem solchen (Art. 15 lit. a u. b DA-E). Daneben kann der Datenzugang für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geltend gemacht werden, wenn der Träger öffentlicher Gewalt die dafür erforderlichen Daten nicht erlangen kann und eine entsprechende Änderung der Rechtsordnung zu lange dauern würde (Art. 15 lit. c Nr. 1 DA-E), oder die Erlangung der Daten nach Art. 14 Abs. 1 DA-E den Verwaltungsaufwand der Dateninhaber oder anderer Unternehmen erheblich verringern würde (Art. 15 lit. c Nr. 2 DA-E).

Die Rechtsfolgen des Datenzugangs regeln Art. 14 Abs. 1, 17 Abs. 3 u. 4, 18 – 22 DA-E umfassend. Die Bereitstellung der Daten hat nach Art. 18 Abs. 1 DA-E grundsätzlich unverzüglich zu erfolgen. Bei Nichtverfügbarkeit der Daten oder Rechtsverstössen der Behörde stehen dem Dateninhaber gemäss Art. 18 Abs. 2 u. 3 DA-E ausnahmsweise Ablehnungsrechte zu. Art. 19 f. DA-E statuieren zudem diverse Pflichten des Trägers öffentlicher Gewalt. Insbesondere hat in den Fällen des Art. 15 lit. c DA-E ein Ausgleich für die Datenbereitstellung zu erfolgen;¹¹⁴ ein solcher ist für Art. 15 lit. a u. b DA-E indes nicht vorgesehen (Art. 20 DA-E).

Die nach Art. 14 Abs. 1 DA-E erlangten Daten können über Art. 17 Abs. 4, 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 DA-E weitergegeben werden. Die Verarbeitung der dabei ggf.

¹¹⁴ Auf Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Höhe hindeutend Wilken/Rammos, 1245.

enthaltenen personenbezogenen Daten dürfte aufgrund des Bezugs der Art. 14 ff. DA-E zu öffentlichen Aufgaben nach Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO erfolgen.¹¹⁵ Von einer pauschalen Weiterverarbeitung nach der Open Data-Richtlinie 2019/1024 sind die nach Art. 14 ff. DA-E erlangten Daten allerdings ausgenommen (Art. 17 Abs. 3 DA-E).

2. Einordnung

Grundsätzlich ist zu befürworten, Träger öffentlicher Gewalt im Lichte der zunehmenden Datenfixierung aller Lebensbereiche an Daten partizipieren zu lassen. Bei einem öffentlichen Notstand (Art. 15 lit. a u. b. DA-E) geht es um aussergewöhnliche Situationen (Art. 2 Nr. 10 DA-E), sodass gegenläufige grundrechtliche Positionen regelmässig nachrangig sein dürften. Art. 15 lit. c Nr. 1 DA-E erlaubt aber auch schon bei Schwierigkeiten, Daten mit gegenwärtigen Mitteln zu erlangen, einen Datenzugang. Hier ist im Einzelfall gegenüber widerstreitenden Interessen der Vorrang abzuwägen. Zu beachten ist dabei, dass es nach Art. 20 Abs. 2 DA-E eine Ausgleichspflicht zugunsten des Dateninhabers gibt. Schwierig dürfte es sein, „harte Kriterien“ wie eine ausnahmslose Pflicht zur Pseudonymisierung personenbezogener Daten aufzustellen, wie dies teilweise gefordert wird.¹¹⁶

III. Verhaltensregeln für zentrale Marktakteure im Digitalwettbewerb

1. Vereinfachter Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten

Jenseits der Regelung von Datennutzung und Datenzugang sollen die Art. 23 ff. DA-E den Wechsel zwischen Datenverarbeitungsdiensten (Art. 2 Nr. 12, Erwägungsgrund 71 DA-E), also Cloud- und Edge-Diensten erleichtern. Hier sah die Europäische Kommission das Bedürfnis nach hoheitlichen Vorgaben, weil sich der bislang mit der Verordnung (EU) 2018/1807¹¹⁷ verfolgte Ansatz der regulier-

¹¹⁵ A. A. EDPB/EDPS, Joint Opinion 2/2022, 20, Rz 74, nach denen die Verarbeitung auf eine Rechtspflicht und damit auf Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO zu stützen ist.

¹¹⁶ Vgl. EDPB/EDPS, Joint Opinion 2/2022, 21, Rz 81 f.

¹¹⁷ Verordnung (EU) 2018/1807 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union, ABI L 303 vom 28. November 2018, 59 ff.

ten Selbstregulierung des Anbieterwechsels nicht bewährt hatte.¹¹⁸ Auf diese Weise möchte sie Lock-In-Effekten auf dem Cloud- und Edge-Markt begegnen und die Anbieterauswahl für private und geschäftliche Nutzer erhöhen.¹¹⁹

In diesem Lichte schreibt Art. 23 Abs. 1 DA-E vor, dass Anbieter von Datenverarbeitungsdiensten Hindernisse für den Anbieterwechsel beseitigen müssen. Nach dem Verordnungsentwurf sollen sie dazu unter anderem künftig ein Kündigungsrecht von 30 Tagen in ihre Nutzungsverträge aufnehmen (Art. 23 Abs. 1 S. 2 lit. a DA-E).

Weitere Anforderungen an die Vertragsbeziehung zwischen Diensteanbieter und Nutzer geben Art. 24 u. 25 DA-E vor. Insbesondere sollen Wechselentgelte drei Jahre nach Inkrafttreten des DA-E abgeschafft werden (Art. 25 Abs. 1 DA-E). Technische Vorgaben des Wechsels hält Art. 26 DA-E bereit. Die Vorschriften treten neben die bestehenden Schutzvorgaben der Richtlinie (EU) 2019/770¹²⁰ und der DS-GVO.¹²¹

Insgesamt erinnern die Art. 23 ff. DA-E an die Regulierung des Anbieter- und Nummernwechsels im Telekommunikationsrecht.¹²² Wie einst den dortigen Vorschriften wird den Art. 23 ff. DA-E ein hohes Potenzial beigemessen, um die in der Praxis vereinbarten Cloud- und Edge-Verträge grundlegend zu modifizieren.¹²³

¹¹⁸ Erwägungsgrund 70 DA-E.

¹¹⁹ DA-E, 17.

¹²⁰ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl L 136 vom 22. Mai 2019, 1 ff.

¹²¹ Erwägungsgrund 74 DA-E.

¹²² Art. 30 f. Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl L 108 vom 24. April 2002, 51 ff.; Art. 106 Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl L 321 vom 17. Dezember 2018, 36 ff.; siehe als Beispiel zur Umsetzung dieser Normen in deutsches Recht Kiparski Gerd, Die TKG-Novelle 2021. Die neuen kundenschützenden Regelungen des TKG-RefE im Überblick, CR 2020, 818, 823 f.; Beine Heinrich, Anbieterwechsel und Umzug nach der TKG-Novelle 2012. Wichtige Neuerungen für Kunden und Wettbewerb MMR 2012, 718; Holznagel Bernd, Das neue TKG: Im Mittelpunkt steht der Verbraucher, NJW 2012, 1622.

¹²³ Wilken/Rammos, 1245; Bomhard/Merkle, 175, Rz 56.

2. Schutzvorkehrungen für nicht personenbezogene Daten im internationalen Umfeld

Mit dem DA-E möchte die Europäische Kommission den Datenschutz in internationalen Kontexten weiter ausbauen. Rechtswidrige Zugriffe drittstaatlicher Organisationen auf in der Union gespeicherte Daten sind ihr ein Dorn im Auge.¹²⁴ Aus diesem Grunde weitet Art. 27 DA-E im Wesentlichen die aus Art. 31 DGA bekannten Pflichten zum Schutz nicht personenbezogener Daten im internationalen Umfeld auf Datenverarbeitungsdienste aus. Er bildet damit gemeinsam mit Art. 31 DGA das Gegenstück zu den Art. 44 ff. DS-GVO, die den internationalen Schutz personenbezogener Daten regeln.¹²⁵

Gemäss Art. 27 Abs. 1 DA-E müssen Anbieter von Datenverarbeitungsdiensten angemessene Massnahmen treffen, um eine rechtswidrige internationale Übermittlung von oder Zugriffsgewährung zu in der Union gespeicherten Daten zu verhindern. Die Rechtswidrigkeit kann sich aus unionalem und nationalem Recht ergeben.

Art. 27 Abs. 2 – 5 DA-E normieren darüber hinaus besondere Anforderungen an die Übermittlung und Zugriffsgewährung auf Grund drittstaatlicher Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen.

Die drittstaatliche Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung darf nach Art. 27 Abs. 2 DA-E nur dann anerkannt oder vollstreckbar werden, wenn die Entscheidung auf einer internationalen Übereinkunft wie etwa einem Rechtshilfeabkommen fusst.

Besteht eine solche Übereinkunft nicht und würde die Übermittlung bzw. Zugriffsgewährung gegen unionales oder nationales Recht verstossen, darf die Übermittlung nur dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 3 UAbs. 1 DA-E gewahrt sind. Dieser Absatz verlangt rechtsstaatliche Mindestqualitäten im Drittstaat, dessen Gericht oder Behörde die Daten verlangt. Die Einhaltung der Anforderungen hat der Anbieter des Datenverarbeitungsdienstes selbstständig zu prüfen. Er kann dabei eine Stellungnahme der nach Art. 31 DA-E zuständigen Behörde einholen (Art. 27 Abs. 3 UAbs. 2 DA-E). Zudem kann die Kommission Leitlinien für die Einstufung nach Art. 27 Abs. 3 UAbs. 1 DA-E erlassen (Art. 27 Abs. 3 UAbs. 3 DA-E).

Sind die Voraussetzungen nach Art. 27 Abs. 2 oder 3 DA-E erfüllt, stellt der Anbieter des Datenverarbeitungsdienstes den erforderlichen Mindestdatensatz

¹²⁴ DA-E, 4.

¹²⁵ EDPB/EDPS, Joint Opinion 2/2022, 24, Rz 94.

zur Verfügung (Art. 27 Abs. 4 DA-E). Mit Ausnahme der Strafverfolgung muss vorab eine Mitteilung an den betroffenen Dateninhaber erfolgen (Art. 27 Abs. 5 DA-E), damit dieser bei Bedarf rechtliche Schritte einleiten kann.

3. Interoperabilität bei der Datenbereitstellung

Schliesslich nimmt sich der DA-E in Kapitel VIII der Interoperabilität an. Darunter versteht Art. 2 Nr. 19 DA-E „die Fähigkeit von zwei oder mehr Datenräumen oder Kommunikationsnetzen, Systemen, Produkten, Anwendungen oder Komponenten, Daten auszutauschen und zu verwenden, um ihre Funktionen auszuführen“.¹²⁶ In der Datenstrategie hat die Kommission die Errichtung sektorspezifischer Datenräume, z. B. für die Industrie oder Energiewirtschaft, als wichtiges Instrument zur Förderung des Wirtschaftswachstums gesehen.¹²⁷ Da viele Anwendungen aber eine sektorübergreifende Datenauswertung benötigen, soll die Interoperabilität auch zwischen den verschiedenen Datenräumen gestärkt werden (Art. 28 DA-E).¹²⁸ Im Einklang mit dem erleichterten Anbieterwechsel (siehe [C.III.1](#)) werden auch Datenverarbeitungsdienste künftig Interoperabilitätsstandards unterworfen (Art. 29 DA-E). Ferner sollen für intelligente Verträge (Art. 2 Nr. 16 DA-E), also Mechanismen, die die Einhaltung von Datennutzungsverträgen zwischen Dateninhabern und Datenempfängern überprüfen können, künftig Mindeststandards gelten (Art. 30 DA-E).

Die Art. 28 – 30 DA-E stellen umfassend auf harmonisierte Normen (Art. 28 Abs. 3 u. 4, 29 Abs. 4, 30 Abs. 4 u. 5 DA-E), Durchführungsrechtsakte (Art. 28 Abs. 5, Art. 30 Abs. 6 DA-E), delegierte Rechtsakte (Art. 28 Abs. 2, 29 Abs. 5 DA-E) und Kommissionsleitlinien (Art. 28 Abs. 6 DA-E) ab. Sie sind daher als Anstoss für die Interoperabilität zu sehen, deren praktische Umsetzung aber erst sukzessiv nach Inkrafttreten des DA-E erfolgen kann. Dennoch gehen sie bereits jetzt deutlich über andere Interoperabilitätsstandards hinaus, etwa für für Messenger-Dienste in Art. 61 Abs. 2 UAbs. 1 Richtlinie (EU) 2018/1972.

¹²⁶ Vgl. zur Definition der Interoperabilität im Digitalbereich Kalbhenn Jan Christopher/Freese Benedikt/Flamme Florian, *Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Interoperabilitätspflichten für Messenger-Dienste und soziale Netzwerke im Lichte des deutschen und europäischen Rechts*, DÖV 2022, 805, 807 f.

¹²⁷ COM (2020) 66 final, 26 f.

¹²⁸ Podszun/Pfeifer, 958.

IV. Aufsicht über die Einhaltung des DA-E

Mit neuen Vorschriften im Digitalbereich geht stets die Frage einher, welche Behörde ihre Anwendung und Durchsetzung beaufsichtigen soll. Dies regelt für den vorliegenden Entwurf Art. 31 DA-E.

Nach Art. 31 Abs. 1 DA-E bestimmt jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere zuständige Behörden für die Anwendung und Durchsetzung des DA-E. Hierfür können neue oder bestehende Behörden eingesetzt werden. Die ausgewählte Behörde soll für die Beaufsichtigung des Wechsels zwischen Datenverarbeitungsdiensten (siehe [C.III.1.](#)) eine hinreichende Kompetenz besitzen (Art. 31 Abs. 2 lit. c DA-E). Zudem muss sie frei von Einflussnahmen und Weisungen (Art. 31 Abs. 6 DA-E) sowie mit hinreichenden Mitteln zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgestattet sein (Art. 31 Abs. 8 DA-E). Bei mehreren Aufsichtsbehörden muss eine Koordination erfolgen (Art. 31 Abs. 4 DA-E).

Unberührt bleiben soll allerdings die Zuständigkeit der Datenschutzbehörden nach Art. 55 ff. DS-GVO. Sobald im Rahmen des DA-E personenbezogene Daten betroffen sind, sollen die Datenschützer auch die Aufsicht über die Einhaltung des DA-E übernehmen (Art. 31 Abs. 2 lit. a DA-E).

Art. 31 DA-E überlässt die Wahl der zuständigen Behörde damit dem politischen Diskurs der Mitgliedstaaten. Insofern gleicht er Art. 26 DGA. Auch der DSA sieht ähnliche Bestimmungen vor, enthält allerdings eine äusserst starke Stellung der Europäischen Kommission (vgl. ihre Zuständigkeit für sehr grosse Online-Plattformen, Art. 33 ff. DSA) sowie des nationalen Koordinators für digitale Dienste (vgl. Art. 49 ff. DSA). Art. 31 DA-E ist überdies von den Art. 51 ff. DS-GVO zu unterscheiden, die die Unabhängigkeit der national zuständigen Datenschutzbehörden umfassend absichern. Ferner verfolgen auch die Art. 20 ff. DMA mit ihrer Durchsetzung durch die Europäische Kommission einen anderen Ansatz.

Die verschiedenen Regelungen zeigen, dass die Europäische Union keinen einheitlichen Aufsichtsansatz in ihrer Digitalgesetzgebung verfolgt. Dies birgt das Risiko einer uneinheitlichen und ineffizienten Regulierung durch zahlreiche Behörden. Möchten die Mitgliedstaaten dies vermeiden, sollten sie erwägen, die national zuständigen Behörden möglichst einheitlich zu benennen. Die po-

litische Debatte für den zuständigen digitalen Koordinator nach dem DSA ist bereits in vollem Gange.¹²⁹ Dies ist auch für Art. 31 DA-E zu erwarten.¹³⁰ Diese Entwicklungen dürfen weiter mit Spannung verfolgt werden.

D. Fazit

Die vorstehende Analyse hat gezeigt, wie gross das Projekt ist, das sich die Europäische Union mit dem DA-E vorgenommen hat. Die Vielzahl an Vorschriften, zu denen der DA-E in Beziehung steht, deutet darauf hin, dass sich das europäische Datenrecht als neues Rechtsgebiet zu festigen beginnt. In dieses könnte die Union mit dem DA-E künftig eine im Grundsatz stimmige Verordnung einfügen. Bei Verfassen dieses Beitrags im November 2022 befindet sich der Verordnungsentwurf in der ersten Lesung im Rat der Europäischen Union. Ein Verordnungsentwurf kommt dabei niemals aus dem Gesetzgebungsverfahren heraus, wie er in das Verfahren eingeführt wurde. Es bleibt abzuwarten, welche Veränderungen am Entwurf politisch umsetzbar sind. Insgesamt ist aber zu hoffen, dass es der Europäischen Union gelingt, diesen nächsten Schritt in der Umsetzung der europäischen Datenstrategie erfolgreich zu gehen.

¹²⁹ Gerald Spindler spricht insofern von neuer Nahrung für den politischen Diskurs, Spindler Gerald, Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act. Teil 2: Grosse und besonders grosse Plattformen, GRUR 2021, 653, 661.

¹³⁰ Die europäischen Datenschützer bringen bereits die europäischen und nationalen Datenschutzbehörden in Stellung, EDPB/EDPS, Joint Opinion 2/2022, 24 ff., Rz 97 ff.

The background of the entire cover is a red net against a blue sky. The net is made of thick red ropes that form a grid of irregular squares. The ropes are knotted at the intersections. The blue sky is visible through the holes in the net.

EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
02|2023

LEITARTIKEL 1:

Mira Burri / Zaira Zihlmann
The Cyber Resilience
Act – An appraisal and
contextualization

LEITARTIKEL 2:

Okan Yildiz / Rolf H. Weber
Market Definition and
Market Power in the Era
of Blockchain

The EU Cyber Resilience Act – An appraisal and contextualization

Mira Burri/Zaira Zihlmann*

Table of contents

A.	Introduction	B 2
B.	Drivers of a horizontal cybersecurity regulation	B 4
I.	Creating an Internet of Secure Things through harmonization and mandatory requirements	B 4
1.	Protecting consumers by imposing mandatory requirements for all connected devices	B 5
2.	Ensuring a coherent cybersecurity framework via horizontal regulation	B 7
II.	Strengthening digital sovereignty via cybersecurity regulation	B 8
1.	EU's cybersecurity activities	B 8
2.	Digital sovereignty and EU's re-sovereignization	B 11
C.	The proposed Cyber Resilience Act: Analysis of selected key aspects	B 13
I.	Horizontal regulatory intervention with a broad scope of application	B 15
1.	Regulatory intervention based on Art. 114 TFEU	B 15
2.	Extensive material scope	B 16
3.	Complex interplay with other regulations	B 20
4.	Addressees along the supply chain	B 22
5.	CRA's territorial scope	B 22
II.	Risk-based classification of products	B 25
III.	Obligations of economic operators along the supply chain and throughout the life-cycle of products	B 29
1.	Extensive obligations of manufacturers	B 29
2.	Importers as watchdogs	B 36
3.	Few duties for distributors	B 37

* Mira Burri is Professor of International Economic and Internet Law at the Faculty of Law of the University of Lucerne; Zaira Zihlmann is a doctoral fellow at the same institution. Authors thank Gaurav Sharma for his helpful comments. All URLs have been last accessed on 17 February 2023.

IV. Comprehensive market surveillance and enforcement mechanisms	B 38
V. Significant administrative fines	B 41
D. Concluding observations and outlook	B 42

A. Introduction

The onset of a “fourth industrial revolution” was heralded a few years ago, a term coined to describe the advancing fusion of technologies that blurs the lines between the physical, digital, and biological realms.¹ Crucial part in this transformation is played by the Internet of Things (IoT)² as “a global infrastructure for the information society, enabling advanced services by interconnecting (physical and virtual) things based on existing and evolving interoperable information and communication technologies.”³ The number of devices connected to the IoT is huge and growing. There are currently more IoT devices than there are humans on the planet,⁴ and it is estimated that by 2025 there will be 30.9 billion IoT devices worldwide, with 4.3 billion of those in the European Union (EU).⁵ Yet, a large number of these connected devices come with a low level of cybersecurity.⁶ This raises serious concerns as more unsecured products also mean an extended attack surface and heightened cybersecurity risks for their users.⁷ This becomes even more problematic as connected products by means of interlinked systems of sensors and actuators interact seamlessly with the physical realm in which they operate. Thus, the

¹ Schwab Klaus, *The Fourth Industrial Revolution*, Geneva 2016, 12.

² Carr Madeline/Lesniewska Feja, *Internet of Things, Cybersecurity and Governing Wicked Problems: Learning from Climate Change Governance*, *International Relations* 2020, 392.

³ Definition according to the International Telecommunication Union. ITU, Recommendation Y.2060, *Overview of the Internet of Things*, 2012, <https://www.itu.int/rec/dologin_pub.asp?lang=e&id=T-REC-Y.2060-201206-1!!!PDF-E&type=items>.

⁴ Tasheva Iva/Kunkel Ilana, *In a Hyperconnected World, Is the EU Cybersecurity Framework Connected?*, *European View* 2022, 187.

⁵ Statista, *Internet of Things (IoT) and Non-IoT Active Device Connections Worldwide from 2010 to 2025*, September 2022, <<https://www.statista.com/statistics/1101442/iot-number-of-connected-devices-worldwide/>>.

⁶ Studies have shown that between 57% and 68% IoT devices have critical vulnerabilities. Roberts Paul F., *Smart Toys Are Still Hackable (We Just Don't Talk about It)*, *Forbes*, 28 December 2022, <<https://www.forbes.com/sites/paulroberts/2022/12/28/smart-toys-are-still-hackable-we-just-dont-talk-about-it/>>.

⁷ Cf. Johnson Shane D. et al., *Crime and the Consumer Internet of Things*, in: Gill Martin (ed.), *The Handbook of Security*, Cham 2022, 707.

security of these products is directly related to safety.⁸ Moreover, given the strong cross-border nature of connected devices, an incident that initially affects a single entity or an EU Member State can often spread across organizations, industries and multiple Member States, and this within minutes.⁹ To put it in the words of the European Commission's President Ursula von der Leyen: "[i]f everything is connected, everything can be hacked."¹⁰ Following up on this expressed concern in her 2021 State of the Union address, she declared the EU's intention to take a leading role in cybersecurity and announced the project of a Cyber Resilience Act (CRA) – as a complement to EU's cybersecurity acquis with horizontal cybersecurity requirements for all products with digital elements¹¹ and the "first ever EU-wide legislation of its kind."¹² The CRA project advanced rapidly and was adopted by the Commission on 15 September 2022.¹³

If enacted, the CRA would allow, among other things, the banning of devices with digital elements that do not meet the requirements of the EU market. Given that the CRA may also apply to non-EU manufacturers' digital products once placed on the EU market, the CRA could have an impact on cybersecurity standards for such products beyond the EU borders. Indeed, non-EU operators might find it convenient to follow the CRA's rules as a default framework for their global operations instead of developing different products or processes for different markets.¹⁴ Consequently, the EU might emerge as

⁸ Chiara Pier Giorgio, *The Cyber Resilience Act: The EU Commission's Proposal for a Horizontal Regulation on Cybersecurity for Products with Digital Elements*, *International Cybersecurity Law Review* 2022 (cit.: Chiara, *Cyber Resilience Act*), 256.

⁹ European Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Report accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020*, SWD(2022) 282 final, 15 September 2022, part 1/3 (cit.: *Impact Assessment Report*, part 1), 1.

¹⁰ von der Leyen Ursula, *2021 State of the Union Address by President von der Leyen*, September 2021, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/ov/speech_21_4701/SPEECH_21_4701_OV.pdf>.

¹¹ Chiara, *Cyber Resilience Act* (fn 8), 255.

¹² European Commission, *Cyber Resilience Act: New EU Cybersecurity Rules Ensure More Secure Hardware and Software Products*, September 2022, <<https://data.europa.eu/doi/10.2759/543836>>.

¹³ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020*, COM(2022) 454 final, 15 September 2022 [hereinafter *CRA* or *CRA Proposal*].

¹⁴ Car Polona/De Luca Stefano, *EU Cyber-resilience Act*, *European Parliamentary Research Service*, PE 739.259, December 2022, 6.

the international reference point for cybersecurity of connected devices – triggering the so-called “Brussels effect” – similarly as in the area of data protection by means of the General Data Protection Regulation (GDPR).¹⁵

Following this brief introduction, the goal of this article is threefold: (1) to contextualize the CRA by outlining the drivers of its adoption against the broader picture of EU’s role (and ambitions) in the cybersecurity domain as well as the EU’s dynamic legislative landscape ([Section B](#)); (2) to provide an overview of the rules of the proposed CRA and critically evaluate selected aspects ([Section C](#)). Based on the analyses, we seek in the [final Section \(D\)](#) to assess whether and to what extent the CRA project would be successful in attaining its objectives and what the consequences of this could be.¹⁶

B. Drivers of a horizontal cybersecurity regulation

When examining the drivers of the proposed EU Cyber Resilience Act, it is apt to focus not only on the rationale of the regulatory initiative, namely the creation of an Internet of Secure Things, but to view this in the somewhat broader context of the EU’s growing ambition to become a cybersecurity champion and its striving for digital sovereignty. We look in turn at these rationales behind the CRA in the next two sections.

I. Creating an Internet of Secure Things through harmonization and mandatory requirements

As stated at the outset, one of the focal points of cybersecurity challenges in the EU has been the Internet of Things, as its employment is characterized by a large number of vulnerabilities and a cross-border nature. This can potentially not only threaten the proper functioning of the internal market but also

¹⁵ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ (2016) L 119/1 [hereinafter GDPR].

¹⁶ It should be noted that the subsequent observations refer to the proposal of 15 September 2022. Discussions on this draft have meanwhile gained momentum in the Council of EU Ministers, and it is reported that the Swedish Presidency circulated a new compromise text on 27 January 2023, which was recently subject to discussion in the Horizontal Working Group on Cyber Issues, the technical body of the EU Council that prepares for adoption by the Ministers. See e.g., Bertuzzi Luca, EU Council Moves to Adjust Product Life-cycle, Reporting in New Cybersecurity Law, EURACTIV.com, 1 February 2023, <<https://www.euractiv.com/section/cybersecurity/news/eu-council-moves-to-adjust-product-lifecycle-reporting-in-new-cybersecurity-law/>> (cit.: Bertuzzi, February 2023).

fundamental rights and the security of EU citizens. Aware of this problematic interplay, the EU announced in its Cybersecurity Strategy for the Digital Decade¹⁷ aiming to tackle this issue by inter alia incentivizing secure products and services in order to ensure an Internet of Secure Things.¹⁸ One of the critical building blocks towards this goal is the proposed CRA.¹⁹

According to the CRA proposal, there are two major problems with respect to cybersecurity in products with digital elements: (1) products have low levels of cybersecurity; and (2) users are prevented from selecting products with adequate cybersecurity properties or using them in a secure manner due to insufficient understanding and access to information.²⁰

1. Protecting consumers by imposing mandatory requirements for all connected devices

The first problem stems from the lack of incentives for manufacturers to take security seriously,²¹ as well as the fierce competition from products coming at a much lower price, notably from China.²² Indeed, although manufacturers of products with digital elements sometimes face reputational damage if their products are not secure enough, the costs of security breaches are mainly borne by consumers.²³ Besides, security vulnerabilities often do not lead users to actually switch products, due to the inherent network effects.²⁴ Consequently, manufacturers have little incentive to invest in the design and development of secure products and to provide security updates.²⁵ They also typically prioritize rapid market access through new feature development and compatibility with existing products over the development of security

¹⁷ Joint Communication to the European Parliament and the Council, The EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade, JOIN(2020) 18 final, 16 December 2020 (cit.: EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade).

¹⁸ EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade (fn 17), 9.

¹⁹ Cf. Car/De Luca (fn 14), 2 et seq.

²⁰ Recital 1 CRA Proposal.

²¹ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 9.

²² Most infected IoT devices come from China and Taiwan, the world's leading hardware manufacturers. Rodríguez Elsa et al., Superspreaders: Quantifying the Role of IoT Manufacturers in Device Infections, 20th Annual Workshop on the Economics of Information Security WEIS 2021, <<https://weis2021.econinfosec.org/wp-content/uploads/sites/9/2021/06/weis21-rodriguez.pdf>>, 13.

²³ European Economic and Social Committee, Opinion, Cyber Resilience Act, INT/999, adopted on 14 December 2022, 4.

²⁴ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 10.

²⁵ European Economic and Social Committee (fn 23), 4.

properties.²⁶ Especially cheap devices exacerbate the issue, as they often stem from non-EU manufacturers that ship an entire series of products with a default password, such as 123456.²⁷

Another important aspect is that the insecurity of devices is not just a local technical issue. Rather, such devices, notably sensors, are embedded in devices and systems that are managed by people who lack awareness of the potential vulnerabilities – for example, manufacturers of smart toys are familiar with the safe use of plastics but may lack awareness of cybersecurity and privacy threats to children.²⁸

Additionally, users are often unaware of the security risks associated with products with digital elements and usually have no knowledge of a product's internal workings, so making purchasing decisions based on these features can be very difficult for them.²⁹ Accordingly, in many cases, cybersecurity incidents may be attributed to users selecting products that are inappropriate for their purposes or having hardware and software misconfigured,³⁰ thereby raising the security risk of their device or network unnecessarily.³¹ The primary cause of this issue, as identified in the CRA Impact Assessment, is that manufacturers do not provide adequate information about security features, vulnerabilities, and how to use a device safely.³² But even if users are familiar with the parameters of the product or service they purchase, they are unable to predict flaws that may show up later, especially since many vulnerabilities are only discovered years after a particular technology was developed. Also, the emergence of some vulnerabilities may not have been foreseeable at the time of product launch, as the assessment of the degree of security of a particular technology may change over time.³³

²⁶ Johnson et al. (fn 7), 706; Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 256.

²⁷ Gregersen Carsten Rhod, EU Cyber Resilience Act: The GDPR for IoT, embedded, 20 December 2022, <<https://www.embedded.com/eu-cyber-resilience-act-the-gdpr-for-iot/#:~:text=The Cyber Resilience Act is,elements throughout their whole lifecycle>>. According to Hernández-Ramos José L. et al., Toward a Data-Driven Society: A Technological Perspective on the Development of Cybersecurity and Data-Protection Policies, IEEE Security & Privacy 2020, 30, there is also the possibility that devices are put on the market that have default passwords, which are never changed during their life-cycle.

²⁸ Carr/Lesniewska (fn 2), 397.

²⁹ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 10.

³⁰ European Economic and Social Committee (fn 23), 4.

³¹ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 8.

³² Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 14.

³³ Banasinski Cezary/Rojszczak Marcin, Cybersecurity of Consumer Products against the Background of the EU Model of Cyberspace Protection, Journal of Cybersecurity 2021, 2.

In order to address the problem of low level of cybersecurity of products with digital elements marketed in the Union, the CRA imposes mandatory minimum-security requirements for all connected devices.³⁴ Against the problem of insufficient understanding among users and in order to enable organizations and consumers to use products with digital elements securely, the CRA proposal seeks to enhance transparency in various aspects.³⁵ The CRA essential cybersecurity requirements are also meant to contribute to strengthened protection of personal data and privacy of individuals. In this sense, cybersecurity is seen as a core element in the protection of fundamental rights and freedoms.³⁶

2. Ensuring a coherent cybersecurity framework via horizontal regulation

The second driver behind the CRA adoption has been the fragmentation of the existing EU legal framework.³⁷ As a gap analysis study³⁸ showed, there is presently no piece of EU legislation that requires comprehensive cybersecurity requirements for all products with digital elements.³⁹ Rather, the current legislation comprises several sets of horizontal rules that address certain aspects linked to cybersecurity – yet from different angles.⁴⁰ While the Cybersecurity Act⁴¹ as well as the Network and Information Security Directive (NIS Directive)⁴² do come with measures to improve the security of the digital supply chain, they set no mandatory requirements for the security of products

³⁴ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 257.

³⁵ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 21.

³⁶ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 271.

³⁷ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 11.

³⁸ Annex 13 of the Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Annexes to the Impact Assessment Report accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020, SWD(2022) 282 final, 15 September 2022, part 2/3.

³⁹ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 11.

⁴⁰ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 2.

⁴¹ Regulation (EU) 2019/881 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification and repealing Regulation (EU) No 526/2013 (Cybersecurity Act), OJ (2019) L 151/15 [hereinafter CSA].

⁴² Directive (EU) 2016/1148 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union, OJ (2016) L 194/1 [hereinafter NIS Directive].

with digital elements.⁴³ According to the CRA Impact Assessment this bears the risk of Member States adopting diverging national regulation.⁴⁴ Germany is a proof of this, having introduced first (non-binding) measures to enhance the security of products with digital elements.⁴⁵ Such initiatives may undermine the internal market, creating legal uncertainty for both manufacturers and users, as well as placing unnecessary burdens on economic operators to meet overlapping requirements for similar types of devices⁴⁶ – a state that is certainly not along the lines of the EU Strategy for a Digital Single Market.⁴⁷

In order to avoid regulatory fragmentation and ensure a coherent cybersecurity framework, the CRA aims to streamline the EU's fragmented cybersecurity regulatory landscape by introducing horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements.⁴⁸ The means of a Regulation over a Directive ensures this in a more immediate way and gives a level of legal certainty that a Directive, considering the leeway given for its implementation at the Member State level, could not achieve.⁴⁹

II. Strengthening digital sovereignty via cybersecurity regulation

The CRA must also be seen in the context of concerted efforts of the EU to become a leading actor in the domain of cybersecurity and its interlinked striving, through a set of regulatory initiatives, to assert the EU's "digital sovereignty" and render it sustainable over time.

1. EU's cybersecurity activities

With regard to the former, it is evident that the last two decades have witnessed the emergence of cybersecurity as one of the most critical, as well as contentious, topics on regulatory agendas. This new strategic importance is intrinsically linked to the striving of various actors (states as well as international and supranational organizations) to shape and influence the

⁴³ Recital 3 CRA Proposal.

⁴⁴ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 16 et seq.

⁴⁵ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 19.

⁴⁶ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 16 et seq.; Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 257.

⁴⁷ Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192 final, 6 May 2015.

⁴⁸ Cf. Vikolainen Vera, Strengthening Cyber Resilience, European Parliament Research Service, PE 734.708, December 2022, 1.

⁴⁹ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 5.

governance of cyberspace.⁵⁰ Among them is the EU, for which cybersecurity is now one of the top priorities⁵¹ and which aspires to position itself as a central cybersecurity actor.⁵² EU's heightened prioritization of cybersecurity comes after a period of inaction, as, although the issue of safeguarding cyberspace has been on the EU institutional agenda for some 20 years now, almost no binding provisions were adopted.⁵³ Yet, against the backdrop of major cyberattacks and incidents, the EU accelerated its regulatory activity⁵⁴ and with the 2013 EU Cybersecurity Strategy⁵⁵ introduced cybersecurity as a new policy area.⁵⁶ The Cybersecurity Strategy is closely linked to the 2015 EU Digital Single Market Strategy as cybersecurity is an important instrument to prevent economic damage and enhance consumer trust.⁵⁷

⁵⁰ Backman Sarah, Risk vs. Threat-based Cybersecurity: The Case of the EU, *European Security* 2022, 1.

⁵¹ Carrapico Helena/Barrinha André, European Union Cyber Security as an Emerging Research and Policy Field, *European Politics and Society* 2018, 300.

⁵² Gao Xinchu/Chen Xuechen, Role Enactment and the Contestation of Global Cybersecurity Governance, *Defence Studies* 2022, 689.

⁵³ Banasinski/Rojaszczak (fn 33), 3. A comprehensive overview on how the topic of cybersecurity has evolved from its absence to its prominence on the European agenda is provided by Brandão Ana Paula/Camisão Isabel, *Playing the Market Card: The Commission's Strategy to Shape EU Cybersecurity Policy*, *JCMS* 2022, 1339 et seqq.

⁵⁴ Today there are numerous EU legal instruments relevant to cybersecurity and given that cybersecurity is a cross-cutting issue, there are not only laws on information society and cyber resilience, but also EU legal acts on cyber deterrence and defense. Given the limited space, in the following only selected policies are highlighted. For more details on the cybersecurity regulatory landscape, cf.: Kasper Agnes/Antonov Alexander, *Towards Conceptualizing EU Cybersecurity Law*, *ZEI Discussion Paper* 2019, <<https://www.zei.uni-bonn.de/de/publikationen/medien/zei-dp/zei-dp-253-2019.pdf>>; European Court of Auditors, *Challenges to Effective EU Cybersecurity Policy*, Briefing Paper, March 2019, <https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/BRP_CYBERSECURITY/BRP_CYBERSECURITY_EN.pdf>, 9; Wessel Ramses A., *Cybersecurity in the European Union: Resilience through Regulation?*, in: Conde Elena/Yaneva Zhaklin/Scopelliti Marzia (eds.), *Routledge Handbook of EU Security Law and Policy*, Abingdon 2019.

⁵⁵ Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace*, JOIN(2013) 1 final, 7 February 2013.

⁵⁶ Fuster Gloria González/Jasmontaite Lina, *Cybersecurity Regulation in the European Union: The Digital, the Critical and Fundamental Rights*, in: Christen Markus/Gordijn Bert/Loi Michele (eds.), *The Ethics of Cybersecurity*, Cham 2020, 98.

⁵⁷ Bendiek Annegret/Pander Maat Eva, *The EU's Regulatory Approach to Cybersecurity*, German Institute for international and Security Affairs, WP NR. 02 2019, <https://www.swp-berlin.org/publications/products/arbeitspapiere/WP_Bendiek_Pander_Maat_EU_Approach_Cybersecurity.pdf>, 4 et seq.

The main pillar of the 2013 Cybersecurity Strategy was the NIS Directive that came into effect in 2016 and was the first EU-wide horizontal instrument, i.e., cross-sectoral instrument, to regulate cybersecurity.⁵⁸ The NIS Directive aimed to ensure a high level of network and information security at the EU level by setting security and incident reporting obligations for operators of essential services and digital service providers,⁵⁹ as well as achieve a minimum level harmonization across the Member States.⁶⁰ The GDPR, adopted also in 2016, approaches cybersecurity from the angle of data protection, and sets out technical requirements for security of personal data and a breach notification regime.⁶¹

The second Cybersecurity Strategy was proposed in 2017⁶² and resulted in the proposal for the EU Cybersecurity Act, which was adopted on 12 March 2019.⁶³ The Cybersecurity Act was a significant step forward in the EU's approach to cybersecurity as it introduced an EU-wide cybersecurity certification framework for products and services as well as granted the European Union Agency for Cybersecurity (ENISA) a permanent mandate.⁶⁴ The follow-up and presently applying "Cybersecurity Strategy for the Digital Decade" of 2020 focuses on three areas: (1) resilience, technological sovereignty and leadership; (2) operational capacity to prevent, deter and respond; (3) a global and open cyberspace. The revised NIS Directive (NIS2 Directive),⁶⁵ which entered into

⁵⁸ Markopoulou Dimitra/Papakonstantinou Vagelis/De Hert Paul, *The New EU Cybersecurity Framework: The NIS Directive, ENISA's Role and the General Data Protection Regulation*, *Computer Law & Security Review* 2019, 1; Schmitz-Berndt Sandra/Cole Mark D., *Towards an Efficient and Coherent Regulatory Framework on Cybersecurity in the EU: The Proposals for a NIS 2.0 Directive and a Cyber Resilience Act*, *ACIG* 2022, 5.

⁵⁹ Carrapico/Barrinha (fn 51), 300; Hernández-Ramos et al. (fn 27), 32.

⁶⁰ European Court of Auditors (fn 54), 13.

⁶¹ Arts. 32–34 GDPR. Kasper/Antonov (fn 54), 34; Bederna Zsolt/Rajnai Zoltan, *Analysis of the Cybersecurity Ecosystem in the European Union*, *International Cybersecurity Law Review* 2022, 39 et seq. A comprehensive overview of the cybersecurity obligations of the GDPR provide Mantelero Alessandro et al., *The Common EU Approach to Personal Data and Cybersecurity Regulation*, *International Journal of Law and Information Technology* 2020, 306.

⁶² Joint Communication to the European Parliament and the Council, *Resilience, Deterrence and Defence: Building strong cybersecurity for the EU*, Brussels, JOIN(2017) 450 final, 13 September 2017.

⁶³ Chiara Pier Giorgio, *The IoT and the New EU Cybersecurity Regulatory Landscape*, *International Review of Law, Computers & Technology* 2022 (cit.: Chiara, IoT), 119 et seq.

⁶⁴ Bendiek/Pander (fn 57), 12 et seq.; Hernández-Ramos et al. (fn 27), 32.

⁶⁵ Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972, and repealing Directive (EU) 2016/1148 (NIS 2 Directive), OJ (2022) L 333/80 [hereinafter NIS2 Directive].

force in January 2023, accordingly aims to enhance the level of cyber resilience by requiring all public and private entities across the single market that perform important functions for the economy and society as a whole to adopt appropriate cybersecurity measures. It also seeks to strengthen the cybersecurity risk management and improve cooperation between the relevant competent authorities.⁶⁶

Importantly, the Cybersecurity Strategy for the Digital Decade also announced new horizontal rules to improve the cybersecurity of products with digital elements. This triggered the legislative process⁶⁷ and ultimately led to the Commission's CRA proposal of 15 September 2022.⁶⁸ The CRA forms part of a large number of EU legal acts in the digital domain, such as on AI, data spaces, online platforms, that affect but also go beyond cybersecurity.⁶⁹ This regulatory activism can be well understood in the context of the EU's pursuit of "digital sovereignty", also dubbed as a process of "re-sovereignization".⁷⁰

2. Digital sovereignty and EU's re-sovereignization

The term "digital sovereignty" expresses the idea that "states should reassert their authority over the internet and protect their citizens and businesses from the manifold challenges to self-determination in the digital sphere."⁷¹ Yet, the term lacks a uniform definition and is used inconsistently in EU policy documents. Indeed, even essential elements are unclear, such as whether digital sovereignty is something that the EU already possesses, or whether it is a goal that the EU should aspire to.⁷² Nevertheless, the term "sovereignty" has been increasingly used since 2019, notably by Ursula von der Leyen's

⁶⁶ Bederna/Rajnai (fn 61), 39 et seq.; Schmitz-Berndt Sandra, Cybersecurity Is Gaining Momentum - NIS 2.0 Is on Its Way, *European Data Protection Law Review* 2021, 582 et seq.

⁶⁷ Council of the European Union, Council conclusions on the development of the European Union's cyber posture - Council conclusions approved by the Council at its meeting on 23 May 2022, Brussels, 23 May 2022, 6.

⁶⁸ Further on the legislative history of the CRA: Car/De Luca (fn 14), 4 et seqq.

⁶⁹ Codagnone Cristiano/Weigl Linda, Leading the Charge on Digital Regulation: The More, the Better, or Policy Bubble?, *Digital Society* 2023, 7 et seq.

⁷⁰ Bendiek Annegret/Stürzer Isabella, Advancing European Internal and External Digital Sovereignty: The Brussels Effect and the EU-US Trade and Technology Council, German Institute for international and Security Affairs, SWP Comment 2022, <https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2022C20_European_DigitalSovereignty.pdf>, 8.

⁷¹ Pohle Julia/Thiel Thorsten, *Digital Sovereignty*, *Internet Policy Review* 2020, 2.

⁷² Roberts Huw et al., Safeguarding European Values with Digital Sovereignty: An Analysis of Statements and Policies, *Internet Policy Review* 2021, 12.

Geopolitical Commission, which urged the EU to be at the forefront of key technologies and future-proof infrastructure, with common standards, gigabit networks and secure current and next-generation clouds.⁷³ The President of the European Council, Charles Michel, has also constructed digital sovereignty as a strategy, in the sense that the EU sets its own rules, makes autonomous technological choices and develops its own digital solutions.⁷⁴ Similarly, the European Commission has announced the years 2020–2030 as Europe’s “digital decade” and stated that securing Europe’s “technological sovereignty” and “digital sovereignty” are key strategic objectives during this period.⁷⁵

Cybersecurity appears as a core pillar of the EU’s digital sovereignty, as strong cybersecurity is seen as a prerequisite for other policy areas, since the security of data, infrastructure and economic entities are necessary for a functional and competitive EU digital economy as well as for the safeguarding of EU values.⁷⁶ Consequently, there are various legislative initiatives that seek to strengthen the EU’s digital sovereignty by making it a standard-setter in the field of cybersecurity,⁷⁷ such as the above-mentioned NIS2 Directive, the Cybersecurity Act as well as the GDPR, together with the EU Cybersecurity Strategy, which highlights the need for technological sovereignty too. The CRA only adds to this package, in particular in the domain of cybersecurity standard-setting for all products with digital elements.

In this context and making the link to the “Brussels effect”, whereby the EU, as a regulatory superpower, “exports” its standards and they become the global ones,⁷⁸ the CRA can arguably be seen as the “GDPR for IoT”.⁷⁹ If this effect, in analogy to global data protection, eventually materializes would very much depend on the level and type of obligations, the material

⁷³ von der Leyen Ursula, Speech in the European Parliament Plenary Session, November 2019, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/858838/Speech_by_President-elect_von_der_Leyen_at_the_EP_-_as_delivered_in_EN-FR-DE.pdf>, 9.

⁷⁴ Barrinha André/Christou George, Speaking Sovereignty: The EU in the Cyber Domain, European Security 2022, 362.

⁷⁵ Bendiek Annegret/Stürzer Isabella, The Brussels Effect, European Regulatory Power and Political Capital: Evidence for Mutually Reinforcing Internal and External Dimensions of the Brussels Effect from the European Digital Policy Debate, Digital Society 2023, 4.

⁷⁶ Roberts et al. (fn 72), 12.

⁷⁷ Madiaga Tambiama, Digital Sovereignty for Europe, European Parliamentary Research Service, PE 651.992, July 2020, 4; Barrinha/Christou (fn 74), 429.

⁷⁸ Anu Bradford, The Brussels Effect, Northwestern University Law Review (2012), 1; Anu Bradford, The Brussels Effect: How The European Union Rules the World, Oxford 2020; Fahey Elaine, EU as a Global Digital Actor: Institutionalising Global Data Protection, Trade, and Cybersecurity, London 2022.

⁷⁹ Gregersen (fn 27).

scope and extra-territorial reach of the CRA, its stringency of monitoring and enforcement, among other things.⁸⁰ The “Brussels effect”, although admittedly not a form of international cooperation but a case of unilateral standard-setting, could also have positive impact – in that it “may ultimately contribute to the enhancement of global cyber resilience”.⁸¹

The following section looks more closely at key aspects of the proposed CRA, which gives us also the basis to test to what extent the regulatory rationales driving the CRA’s adoption find an appropriate reflection in its legal provisions and contribute to EU’s digital sovereignty and the multiplication of the “Brussels effect”.

C. The proposed Cyber Resilience Act: Analysis of selected key aspects

Consisting of 71 Recitals, 57 Articles and 6 Annexes (for an overview, see Table 1 below), the proposed Cyber Resilience Act aims to create a coherent cybersecurity framework by requiring that products with digital elements are secure along the supply chain and throughout their life-cycle, as well as by enabling users to take cybersecurity into account when selecting and using products with digital elements.⁸²

The CRA subject matter consists of four general elements, listed in Art. 1: (1) rules for the placing on the market of products with digital elements to ensure the cybersecurity of such products; (2) essential requirements for the design, development and production of products with digital elements, and obligations for economic operators in relation to these products with respect to cybersecurity; (3) essential requirements for the vulnerability handling processes put in place by manufacturers to ensure the cybersecurity of products with digital elements during the whole life-cycle, and obligations for economic operators in relation to these processes; and (4) rules on market surveillance and enforcement of the above-mentioned rules and requirements.

⁸⁰ Bendiek/Pander (fn 57), 8.

⁸¹ Saalman Lora/Su Fei/Saveleva Dovgal Larisa, *Cyber Posture Trends in China, Russia, the United States and the European Union*, December 2022, <https://www.sipri.org/sites/default/files/2022-12/2212_cyber_postures_0.pdf>, 22.

⁸² Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/102 – Progress Report*, 18 November 2022 (cit.: Council of the European Union, *Progress Report*), 2.

However, these elements cannot be allocated to individual chapters of the regulation. Yet, it may be difficult to link these core regulatory elements with discrete chapters and/or annexes of the CRA. Rather, these aspects recur throughout the entire regulation, including the Annexes, and the related rights and obligations need to be taken as appropriately together. The chapters of the proposed CRA and its Annexes are structured as follows:

Chapter I: General Provisions	Arts. 1 – 9
Chapter II: Obligations of Economic Operators	Arts. 10 – 17
Chapter III: Conformity of the Product with Digital Elements	Arts. 18 – 24
Chapter IV: Notification of Conformity Assessment Bodies	Arts. 25 – 40
Chapter V: Market Surveillance and Enforcement	Arts. 41 – 49
Chapter VI: Delegated Powers and Committee Procedure	Arts. 50 – 51
Chapter VII: Confidentiality and Penalties	Arts. 52 – 53
Chapter VIII: Transitional and Final Provisions	Arts. 54 – 57
Annex I: Essential Cybersecurity Requirements	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Security Requirements Relating to the Properties of Products with Digital Elements 2. Vulnerability Handling Requirements 	
Annex II: Information and Instructions to the User	
Annex III: Critical Products with Digital Elements	
Annex IV: EU Declaration of Conformity	
Annex V: Contents of the Technical Documentation	
Annex VI: Conformity Assessment Procedures	
<ul style="list-style-type: none"> – Conformity Assessment Procedure Based on Internal Control (Based on Module A) – EU-type Examination (Based on Module B) – Conformity to Type Based on Internal Production Control (Based on Module C) – Conformity Based on Full Quality Assurance (Based on Module H) 	

Table 1: Overview of the CRA's chapters and annexes

In the following, we analyze in more detail: (1) the nature and scope of the CRA; (2) the risk-based classification of products; (3) the economic operators' obligations; (4) the monitoring and enforcement mechanism; and (5) the fines for non-compliance.

I. Horizontal regulatory intervention with a broad scope of application

1. Regulatory intervention based on Art. 114 TFEU

Art. 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁸³ gives the legal basis for the CRA.⁸⁴ This is linked to the now common practice of using the catch-all provision of Art. 114 TFEU, i.e., the political and legal mandate to regulate the internal market, to adopt policies and legislation on cybersecurity.⁸⁵ This path is aptly chosen, given that cybersecurity remains a legal competence of the Member States and the EU constitutional law provides no unified legal basis for the Union to regulate cybersecurity.⁸⁶ The market-security nexus opens a door for the EU legislator in the cybersecurity context and this has been the case also with NIS Directive.⁸⁷ While there is no jurisprudence specifically on cybersecurity, the CJEU has confirmed internal market regulation as the proper legal basis for regulating cyberspace.⁸⁸

Views on the soundness of this approach differ. Some authors have referred to this interventionist top-down approach, especially in the field of technology regulation, that introduces new concepts, principles and governmental mechanisms into the legal systems of the Member States, as “regulatory brutality”⁸⁹ that is likely to ignore Member States’ particularities and is not

⁸³ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ (2012) C 326/47, 26 October 2012.

⁸⁴ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 3 et seq.

⁸⁵ Miadzvetskaya Yuliya/Wessel Ramses A., *The Externalisation of the EU’s Cybersecurity Regime: The Cyber Diplomacy Toolbox*, European Papers 2021, 419.

⁸⁶ Bendiek/Pander (fn 57), 3; Wessel Ramses A., *European Law and Cyberspace*, in: Tsagourias Nicholas/Buchan Russell (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham 2021.

⁸⁷ Brandão/Camisão (fn 53), 1338; Fuster/Jasmontaite (fn 56), 107.

⁸⁸ Bendiek/Pander (fn 57), 7; Miadzvetskaya/Wessel (fn 85), 419; cf. Case C-217/04 *United Kingdom vs. European Parliament and Council* ECLI:EU:C:2006:279 and *Joined Cases C-293/12 and C-594/12 Digital Rights Ireland Ltd* ECLI:EU:C:2014:238.

⁸⁹ Papakonstantinou Vagelis/De Hert Paul, *The Regulation of Digital Technologies in the EU: The Law-making Phenomena of “actification”, “GDPR mimesis” and “EU law brutality”*, TechReg 2022, 56.

about harmonization but rather about implanting of entirely new regimes. With regard to the CRA, such a deep type of intervention – as will be shown in more detail below – is likely to occur in some but not all affected domains.

2. Extensive material scope

The proposed CRA comes with a wide material scope as it applies to all “products with digital elements whose intended or reasonably foreseeable use includes a direct or indirect logical or physical data connection to a device or network.”⁹⁰ “Products with digital elements” are defined as “any software or hardware product and its remote data processing solutions, including software or hardware components to be placed on the market separately.”⁹¹ Due to the use of “or”, the definition of “products with digital elements” can be read to include software as a separate product from the hardware.⁹² This reading seems to be confirmed by Recital 46 CRA, which refers to “software products” as well as by the fact that, according to the Explanatory Memorandum, non-embedded software is also covered, as it is often exposed to vulnerabilities.⁹³

Furthermore, the CRA seems to not only encompass “finished” software and hardware products but also components thereof, as Art. 3(2) also refers to “software and hardware components to be placed on the market separately”. Accordingly, the scope of protection not only covers end devices like smartphones, smart speakers, sensors, smart meters, routers, industrial control systems as well as software like desktop applications, video games and operating systems but also components such as computer processing units (CPUs) and software libraries.⁹⁴ Covered are also artificial intelligence (AI) systems, including products with digital elements that are classified as high-risk AI systems.⁹⁵

Overall, the CRA’s scope of application is very broad and basically all products with digital elements are covered.⁹⁶ This appears well justified since potentially all products with digital elements integrated in or connected to a larger electronic information system can serve as an entry point for attack by

⁹⁰ Art. 2(1) CRA Proposal.

⁹¹ Art. 3 point (1) CRA Proposal.

⁹² Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 258.

⁹³ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 7.

⁹⁴ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 2.

⁹⁵ Car/De Luca (fn 14), 6.

⁹⁶ European Economic and Social Committee (fn 23), 2; Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 257 et seq.

malicious actors,⁹⁷ and that vulnerabilities are found not only in end products, but also in intermediate software components.⁹⁸ Despite subscribing to this all-encompassing approach along the lines of “[c]ybersecurity of the entire ecosystem is ensured only if all its components are cyber-secure,”⁹⁹ the European Commission also takes into account that not all products with digital elements are equally critical and therefore introduces a graduated series of obligations, as shown below.

Some products are also explicitly excluded from the CRA’s scope of application. First of all, the CRA does not apply to products with digital elements that already fall under specific sectoral regulation with corresponding cybersecurity requirements,¹⁰⁰ such as medical devices¹⁰¹ and in vitro diagnostic medical devices,¹⁰² as well as products covered by the Vehicle General Safety Regulation¹⁰³ and the Regulation on common rules in civil

⁹⁷ Cf. Recital 7 CRA Proposal.

⁹⁸ Cf. Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 7.

⁹⁹ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 2.

¹⁰⁰ Cf. Recitals 12 and 13 and Art. 2(2 and 3) CRA Proposal; Chiara, *Cyber Resilience Act* (fn 8), 259.

¹⁰¹ Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC, OJ (2017) L 117/1.

¹⁰² Regulation (EU) 2017/746 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on in vitro diagnostic medical devices and repealing Directive 98/79/EC and Commission Decision 2010/227/EU, OJ (2017) L 117/176.

¹⁰³ Regulation (EU) 2019/2144 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on type-approval requirements for motor vehicles and their trailers, and systems, components and separate technical units intended for such vehicles, as regards their general safety and the protection of vehicle occupants and vulnerable road users, amending Regulation (EU) 2018/858 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulations (EC) No 78/2009, (EC) No 79/2009 and (EC) No 661/2009 of the European Parliament and of the Council and Commission Regulations (EC) No 631/2009, (EU) No 406/2010, (EU) No 672/2010, (EU) No 1003/2010, (EU) No 1005/2010, (EU) No 1008/2010, (EU) No 1009/2010, (EU) No 19/2011, (EU) No 109/2011, (EU) No 458/2011, (EU) No 65/2012, (EU) No 130/2012, (EU) No 347/2012, (EU) No 351/2012, (EU) No 1230/2012 and (EU) 2015/166, OJ (2019) L 325/1.

aviation.¹⁰⁴ The European Data Protection Supervisor (EDPS) has noted however that the Regulation on medical devices is not detailed and specific enough to meet the cybersecurity standards of the CRA, contrary to what is purported in Recital 12 CRA. The EDPS thus recommends that this particular Regulation should be deleted from the list of legislation excluded from the scope of the CRA.¹⁰⁵

Additionally, Art. 2(5) CRA excludes products with digital elements developed exclusively for national security or military purposes and products specifically designed to process classified information from its scope of application. However, a large share of products used in the defence sector are civil and dual-use products with digital elements¹⁰⁶ and are accordingly subject to the CRA.

A further exception can be found in Recital 10 CRA, which stipulates that “free and open source software developed or supplied outside the course of a commercial activity” should not be covered by the CRA to avoid hampering innovation and research. While the objective of this exemption is to be welcomed, it merits clarity. First of all, the CRA does not define relevant terms such as “free software”, “open source software” and “free and open source software”.¹⁰⁷ Further is the scope of “commercial activity” unclear as according to Recital 10, a commercial activity can be characterized not only by charging a price for a product but for instance also by charging a price for technical support services. Should the scope of Recital 10 CRA remain unclear, there are concerns that the certification process and the fines that could be applied under the adopted CRA could impede the development of open source software and cause open source products to be withdrawn from the internal

¹⁰⁴ Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/9, OJ (2018) L 212/1.

¹⁰⁵ European Data Protection Supervisor, Opinion 23/2022 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Horizontal Cybersecurity Requirements for Products with Digital Elements and Amending Regulation (EU) 2019/1020, November 2022, <https://edps.europa.eu/system/files/2022-11/2022-0921_d2649_opinion_en.pdf>, 8.

¹⁰⁶ High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament and the Council, EU Policy on Cyber Defence, JOIN(2022) 49 final, 10 November 2022, 11.

¹⁰⁷ European Data Protection Supervisor (fn 105), 10.

market, which could affect innovation in Europe.¹⁰⁸ Yet, it should be borne in mind that often commercial software relies on open source components and such components might exhibit vulnerabilities,¹⁰⁹ just as recently seen with Log4Shell, a zero-day vulnerability in Log4j.¹¹⁰ The open source library Log4j is used by many major software manufacturers and the vulnerability thus led to security incidents around the world.¹¹¹ It is therefore necessary to formulate an exception that provides clarity as well as an appropriate balance in terms of responsibility.

Another exception is formulated in Recital 9 CRA. It indicates that Software-as-a-Service (SaaS) is not covered by the CRA, except for “remote data processing solutions relating to a product with digital elements”. This exception is intended to ensure that there is no overlap resulting from SaaS already covered by the NIS2 Directive and the catch-all scope of application of the CRA.¹¹² However, as products that rely on “remote data processing” are not excluded by Recital 9, it is possible that SaaS is nonetheless, at least partially, included in CRA’s scope, given that virtually all SaaS products rely on “remote data processing”.¹¹³ Clarification in this respect seems to be underway, as it is reported that the new version of the CRA text from the Czech presidency, dated 2 December 2022, clearly excludes SaaS from the scope of the CRA.¹¹⁴ The text also clarifies that websites would not qualify as remote data processing solutions of web browsers, because they are not developed under the control of the browser manufacturer, and the browser would not be prevented from functioning if single website were absent.¹¹⁵

¹⁰⁸ Car/De Luca (fn 14), 9; Ilkka Turunen, Europe’s Cyber Security Strategy Must Be Clear about Open Source, Computer Weekly.com, 12 January 2023, <<https://www.computerweekly.com/opinion/Europes-cyber-security-strategy-must-be-clear-about-open-source>>.

¹⁰⁹ Kazakova Anastasiya/Kumagin Igor, The EU’s Upcoming Cyber Resilience Act Should Set New Rules for the Game, June 2022, <<https://www.kaspersky.com/about/policy-blog/index/the-eus-upcoming-cyber-resilience-act-should-set-new-rules-for-the-game>>.

¹¹⁰ Wortley Free/Thompson Chris/Allison Forrest, Log4Shell: RCE 0-Day Exploit Found in log4j, a Popular Java Logging Package, December 2021, <<https://www.lunasec.io/docs/blog/log4j-zero-day/>>.

¹¹¹ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 7.

¹¹² Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 2 et seq.

¹¹³ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 259.

¹¹⁴ Bertuzzi Luca, EU Council Moves to Exclude Software-as-a-Service from New Cybersecurity Law, EURACTIV.com, 9 December 2022, <<https://www.euractiv.com/section/cybersecurity/news/eu-council-moves-to-exclude-software-as-a-service-from-new-cybersecurity-law/>> (cit.: Bertuzzi, December 2022).

¹¹⁵ Bertuzzi, December 2022 (fn 114).

Overall, more clarification on the scope of the proposal is clearly needed¹¹⁶ and this is likely to be addressed in the next legislative steps of adopting the CRA.

3. Complex interplay with other regulations

The above definitional dilemmas are also indicative of the problem that, due to the broad scope of the CRA, there may be overlaps with other laws in the field and the respective scopes of application may not be clearly distinguishable from one another. As the CRA is seen as “the missing piece of the puzzle completing the picture of EU cybersecurity policies”,¹¹⁷ it is critical that it dovetails with the existing as well as the proposed legislation in the digital domain addressing products’ cybersecurity, either directly or indirectly.

The interplay between the CRA and other legislation prescribing cybersecurity requirements for products with digital elements is addressed by Art. 2(4).¹¹⁸ Next to the above-mentioned exemptions, Art. 2(4) can be seen as operationalizing “a rule of prevalence”, as it provides criteria to determine whether other legal acts, which address all or some of the risks covered by the essential requirements laid down in Annex I of the CRA, may prevail over the CRA.¹¹⁹ Having some criteria in place is paramount in light of the fact that Recital 14 states that sectoral or product-specific Union legislation may be introduced – i.e., there is a possibility that after enactment of the CRA, further sector-specific legislation may follow, whose interplay with the CRA would need to be clarified.

The CRA does provide also explicit guidance on its interplay with certain existing pieces of legislation – such as the Cybersecurity Act, the NIS2 Directive, the GDPR, as well as the proposed AI Act¹²⁰. In relation to the Cybersecurity Act, the CRA aims to exploit synergies mainly with regard to the conformity assessment process.¹²¹ Pursuant to Article 18(3) and (4) CRA, the relationship between the CRA and the Cybersecurity Act is such that

¹¹⁶ Council of the European Union, Progress Report (fn 82), 5.

¹¹⁷ Impact Assessment Report, part 1 (fn 9), 4.

¹¹⁸ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 266.

¹¹⁹ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 266. According to Art. 2(4) the application of the CRA may be limited or excluded where such a limitation or exclusion is consistent with the overall regulatory framework applying to those products and if the sectoral rules achieve the same level of protection as the one provided for by the CRA.

¹²⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, COM(2021) 206, 21 April 2021 [hereinafter AI Act].

¹²¹ Car/De Luca (fn 14), 8.

digital products that comply with the voluntary cybersecurity certification schemes are deemed to comply with the CRA's conformity assessment.¹²² With respect to the NIS2 Directive, the CRA intends to complement it in that it seeks to make it easier for digital infrastructure providers to meet the supply chain requirements under the NIS2 Directive by ensuring that the products with digital elements that they use to deliver their services are developed in a secure manner and that they have access to timely security updates for those products.¹²³ Similarly to the NIS2 Directive, the CRA aims to complement the GDPR¹²⁴ and exploit synergies. Pursuant to Recital 17, the CRA should be without prejudice to the GDPR. Rather the CRA is intended to contribute to the protection of personal data and privacy of individuals and to create synergies in both standardization and certification on cybersecurity, as well as in the area of market surveillance and enforcement.¹²⁵ However, the EDPS has observed that the governance provisions of Recital 17 are not fully mirrored in the operative part of the CRA. In the absence of clear provisions, the EDPS is concerned that synergies are unlikely to be achieved in practice and recommends *inter alia* specifying the synergies between the CRA and the GDPR in the area of market surveillance and enforcement.¹²⁶

Finally, with respect to the proposed AI Act the general rule is that for products with digital elements covered by the CRA that are simultaneously classified as "high-risk AI systems" under the AI proposal, the CRA's conformity assessment procedure shall apply to demonstrate their compliance with the security requirements of the proposed AI Act.¹²⁷ Exceptions apply for certain AI critical products.¹²⁸

There are further provisions on the CRA's interface¹²⁹ that include: clarification on the interplay between the CRA and the General Product Safety Regulation

¹²² Car/De Luca (fn 14), 8.

¹²³ Recital 11 CRA Proposal. For more details: Chiara, *Cyber Resilience Act* (fn 8), 270 and Schmitz-Berndt/Cole (fn 58), 12 et seq.

¹²⁴ For general observations on the relationship between cybersecurity and data protection, cf. Kuner Christopher et al., *The Rise of Cybersecurity and Its Impact on Data Protection*, *International Data Privacy Law* 2017, 73.

¹²⁵ Recital 17 CRA Proposal.

¹²⁶ European Data Protection Supervisor (fn 105), 8.

¹²⁷ Art. 8 and Recital 29 CRA Proposal; European Economic and Social Committee (fn 23), 3.

¹²⁸ Car/De Luca (fn 14), 8.

¹²⁹ Besides the ones mentioned, there are also some provisions in Recitals 30 and 31 CRA Proposal.

(Art. 7),¹³⁰ CRA's interface with the Machinery Regulation Proposal (Art. 9);¹³¹ and with the Delegated Act to the Radio Equipment Directive (RED) (Recital 15).¹³² As regards the latter, it should be noted that to avoid a regulatory overlap, it is planned that the Commission would repeal or amend the RED delegated regulation with respect to the radio equipment covered by the CRA, so that the latter one would apply to it.¹³³

Yet, despite all these clarifications on the interplay with other regulations one can find in the CRA, there is a possibility that its broad horizontal scope will not straightforwardly lead to a streamlined regulatory landscape. Given the complex legal landscape, and considering that further regulations are in the making, it would be desirable that the Commission develops guidelines to provide better guidance to manufacturers and consumers on the exact rules and procedures that apply in practice.¹³⁴ Otherwise, there is a risk that the CRA will fall short of its objective for coherent regulation by merely adding an additional layer of requirements, thereby making it even more complicated for addressees to navigate the legislative landscape and exacerbating the problems that it is indeed intended to tackle.¹³⁵

4. Addressees along the supply chain

The CRA not only has a wide scope of material application, but also its personal scope is comprehensive, as the CRA addresses all market participants involved in the supply chain: from manufacturers to distributors and importers.¹³⁶ This is new and remarkable in the field of EU cybersecurity law.¹³⁷ Depending on the classification as either manufacturer, importer or distributor, economic operators are subject to different obligations,¹³⁸ which are discussed below.

¹³⁰ For more details: Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 267.

¹³¹ For more details: Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 268.

¹³² For more details: Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 268.

¹³³ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 4.

¹³⁴ Cf. European Economic and Social Committee (fn 23), 1.

¹³⁵ Cf. Digitaleurope, Building Blocks for a Scalable Cyber Resilience Act, May 2022, <<https://digital-europe-website-v1.s3.fr-par.scw.cloud/uploads/2022/05/Building-blocks-for-a-scalable-Cyber-Resilience-Act.pdf>>, 5.

¹³⁶ Cf. Art. 3 point (17) CRA Proposal.

¹³⁷ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 260; Kipker Dennis-Kenji, Der EU "Cyber Resilience Act" kommt – und mit ihm die umfassendsten Compliance-Pflichten in der IT-Sicherheit, die es jemals gab, MMR-Aktuell 2022.

¹³⁸ [Section C.III.](#)

According to Art. 3(18) CRA, a manufacturer is a natural or legal person who develops or manufactures a product with digital elements himself, or who has such products designed, developed or manufactured by third parties and then markets these products under his own name or trademark, irrespective of whether this is done for a fee or free of charge.¹³⁹ An importer is a natural or legal person established in the EU who places on the market a product with digital elements that bears the name or trademark of a natural or legal person established outside the EU.¹⁴⁰ “Placing on the market” means thereby the first making available on the Union market.¹⁴¹ A natural or legal person in the supply chain, other than the manufacturer or the importer, that supplies product with digital elements for distribution or use on the Union market in the course of a commercial activity without affecting the devices properties is deemed to be a distributor.¹⁴²

It should be noted that the CRA, like other cybersecurity legislation,¹⁴³ does not grant rights to individuals and they are not addressees of the regulation. However, users may still fall within the scope of the CRA. This is the case if Art. 16 CRA comes into play. This provision stipulates that a “natural or legal person, other than the manufacturer, the importer or the distributor, that carries out a substantial modification of the product with digital elements shall be considered a manufacturer”. “Substantial modifications” are any changes to the product that affect the product’s compliance with the essential cybersecurity requirements of Section 1 of Annex I, or results in a change of its intended use.¹⁴⁴ Pursuant to Recital 24 refurbishing, maintaining as well as repairing a product with digital elements are not to considered as substantial modifications, as long as the intended use and functionalities remain unchanged and the level of risk unaffected. Yet, if functional upgrades are made in the course of these activities, a substantial change may occur.¹⁴⁵ So to put it simply, if users (be it natural or legal persons) elevate themselves to a position similar to the role of manufacturer by making substantial changes to a product they may be subject to individual manufacturer obligations.¹⁴⁶ The consequence of this is that the person is, pursuant to Art. 16 CRA, “subject to

¹³⁹ Art. 3 point (18) CRA Proposal.

¹⁴⁰ Art. 3 point (20) CRA Proposal.

¹⁴¹ Art. 3 point (22) CRA Proposal.

¹⁴² Art. 3 point (21) CRA Proposal in connection with Art. 3 point (23) CRA Proposal.

¹⁴³ Cf. Markopoulou/Papakonstantinou/De Hert (fn 58), 11.

¹⁴⁴ Art. 3 point (31) CRA Proposal.

¹⁴⁵ Zirnstein Yannick, Der Entwurf des Cyber Resilience Act, Computer und Recht 2022, 711 et seq.

¹⁴⁶ Zirnstein (fn 145), 711.

the obligations of the manufacturer set out in Articles 10 and 11(1), (2), (4) and (7), for the part of the product that is affected by the substantial modification or, if the substantial modification has an impact on the cybersecurity of the product with digital elements as a whole, for the entire product”. Bearing in mind the burdensome obligations the manufacturer has to fulfil¹⁴⁷ and the heavy fines that can be imposed in the case of non-compliance,¹⁴⁸ as well as the consumer protection rationale inherent in the CRA, one can reasonably ask if Art. 16 goes too far.¹⁴⁹ Some of this excess possibility seems acknowledged by the CRA, as it states in Recital 66 that when fining persons, their economic situation as well as the general level of income in the respective Member State should be taken into account.

5. CRA’s territorial scope

The CRA does not contain any explicit provisions on the territorial scope of its application.¹⁵⁰ However, the various references to products with digital elements that are “placed on the EU market” or “made available on the market” indicate that the CRA applies to such products that are offered for sale or use in the Union.¹⁵¹ In particular Art. 1(a) states that the CRA lays down “rules for the placing on the market for products with digital elements”.¹⁵² “Placing on the market” means making available on the EU market for the first time, which is the supply of a product with digital elements for distribution or use on the EU market in the course of a commercial activity, regardless of whether this is done for payment or free of charge.¹⁵³ It appears that it is this particular link with the EU market that triggers the CRA’s application.

At the same time, if one looks at the various definitions of the different economic operators, it is noticeable that the definition of the manufacturer,

¹⁴⁷ [Section C.III.1.](#)

¹⁴⁸ [Section C.V.](#)

¹⁴⁹ Cf. Zußner Matthias, Das Inverkehrbringen von Produkten mit digitalen Elementen nach dem Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung über horizontale Cybersicherheitsanforderungen, Austrian Law Journal 2022, 196 et seq.

¹⁵⁰ Zirnstein (fn 145), 709.

¹⁵¹ Tuninetti Ferrari Andrea et al., EU Cyber Resilience Act - Proposed Cyber-Security Rules for Connected Products, Clifford Chance Briefing, November 2022, <<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2022/11/EU-Cyber-Resilience-Act-Proposed-Cyber-Security-Rules-for-Connected-Products.pdf>>, 2.

¹⁵² In the same sense Recital 1 reads: “It is necessary to improve the functioning of the internal market by laying down a uniform legal framework for essential cybersecurity requirements for placing products with digital elements on the Union market.”

¹⁵³ Art. 3 point (22) and (23) CRA Proposal.

unlike that of importer and distributor, does not make reference to the Union. According to Zirnstein, this is an indication that the CRA strives for an extra-territorial application since although manufacturers could disregard the CRA's safety requirements if they are based outside the Union, importers would not be allowed to import any of these products into the European market, as they must attest that manufacturers' products ensure compliance with the requirements of Annex I CRA. In other words, the scope of the Regulation extends beyond the EU borders as any manufacturer based outside the EU exporting to EU Member States is subject to the legislation in the sense that its importer and (less so) distributor are liable for their compliance.¹⁵⁴

Given that the CRA is likely to also apply to digital products from non-EU manufacturers once they are placed on the EU market, the CRA would impact cybersecurity standards for such products beyond the EU's borders. As earlier mentioned, non-EU operators striving for efficiency might follow the CRA's rules as a default framework for their global operations – thus fueling the “Brussels effect” in an important manner and establishing the EU as the global standard-setter for the cybersecurity of connected devices.¹⁵⁵

II. Risk-based classification of products

As seen before, the CRA covers a broad range of products. However, based on their level of risk, the CRA splits these products in two main categories: (1) default non-critical products, i.e., hardware and software with a low level of criticality¹⁵⁶ and (2) “critical products”. The latter are products listed in Annex III, as well as products that have the core functionality of a category that is listed in Annex III.¹⁵⁷ Reflecting their inherent level of cybersecurity risk, the critical products are then divided into class I and class II as set out in Annex III.¹⁵⁸ This risk-based approach is typical for many of the CRA's rules but is certainly not unique to it.¹⁵⁹ It has indeed become a feature of EU's regulation

¹⁵⁴ Cf. [Sections C.III.2.](#) and [C.III.3](#) below for further clarification.

¹⁵⁵ Car/De Luca (fn 14), 6; Bertuzzi Luca, Commission Expects to Set the World's Cybersecurity Standards for Connected Devices, EURACTIV.com, 27 September 2022, <<https://www.euractiv.com/section/cybersecurity/news/commission-expects-to-set-the-worlds-cybersecurity-standards-for-connected-devices/>> (cit.: Bertuzzi, September 2022).

¹⁵⁶ Car/De Luca (fn 14), 6.

¹⁵⁷ Art. 6(1) CRA Proposal.

¹⁵⁸ Art. 6(1) CRA Proposal.

¹⁵⁹ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 259.

of new technologies and is prominently showcased by the GDPR,¹⁶⁰ as well as by recent legislative developments, such as the proposed AI Act and the 2022 Digital Services Act (DSA).¹⁶¹

Following the risk-based approach, manufacturers must assess the cybersecurity risks associated with a product category and take this into account during the planning, design, development, manufacturing, distribution and maintenance of the product with digital elements.¹⁶² While all products, regardless of their classification, must meet the essential cybersecurity requirements of Annex I, depending on their classification, products are subject to different conformity assessment procedures,¹⁶³ as we show below.

The EU estimates that the vast majority of products with digital elements (90%) will fall into the “default” category and only 10% are going to be classified as “critical.”¹⁶⁴ The “default” category contains products such as photo-editing software, video games, smart speakers and hard drives.¹⁶⁵ Pursuant to Annex III, critical “class I” products with digital elements are password managers, network interfaces, firewalls, and microcontrollers.¹⁶⁶ Highly critical products, i.e., critical “class II” products are among others operating systems for servers, desktops and mobile devices, smart meters, CPUs and robot controllers.¹⁶⁷

Annex III is however not conceived as an exhaustive list. Rather, the European Commission is empowered to adopt delegated acts to amend it,¹⁶⁸ and so

¹⁶⁰ De Gregorio Giovanni/Dunn Pietro, *The European Risk-based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, *Common Market Law Review* 2022, 476.

¹⁶¹ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act), OJ (2022) L 277/1 [hereinafter DSA]. However, those regulations differ in their approach towards risk regulation; De Gregorio/Dunn (fn 160), 477.

¹⁶² Chiara, *Cyber Resilience Act* (fn 8), 261.

¹⁶³ Chiara, *Cyber Resilience Act* (fn 8), 260.

¹⁶⁴ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *Cyber Resilience Act: New EU Cybersecurity Rules Ensure More Secure Hardware and Software Products*, September 2022, <<https://data.europa.eu/doi/10.2759/543836>>.

¹⁶⁵ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (fn 164).

¹⁶⁶ Annex III of the CRA Proposal; cf. European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (fn 164).

¹⁶⁷ Annex III of the CRA Proposal; European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology (fn 164).

¹⁶⁸ Art. 6(2) CRA Proposal.

if needed, take into account technical innovations. In view of the rapid technological developments and the related possibility that the risks of the products may change, the list will probably need to be continuously reviewed.¹⁶⁹ However, it is doubtful whether the proposed review process can accommodate all developments. Already now the list of Annex III seems somewhat incomplete, given that tangible and intangible products with digital elements that perform cryptographic operations are not listed, while such products are of importance for effective information security, cybersecurity, data protection and privacy, and might be exposed to attacks.¹⁷⁰

Another critical issue with the listing of Annex III is that it is unclear which criteria the Commission applied to identify and classify the listed products.¹⁷¹ This could change insofar as Art. 6(3) CRA indicates that the Commission shall specify the characteristics of the product categories listed in Annex III in a delegated act to provide operators with guidance on how to determine with certainty whether and how their products are to be classified. Moreover, Recital 25 and Art. 6(2) CRA provide some criteria for determining if a product with digital elements is to be deemed “critical”. Pursuant to Recital 25 “[p]roducts with digital elements should be considered critical if the negative impact of the exploitation of potential cybersecurity vulnerabilities in the product can be severe due to, amongst others, the cybersecurity-related functionality, or the intended use.” Accordingly, one criterion for assessing the level of the cybersecurity risk of a product is whether it runs with privilege, privileged access, or performs a function critical to trust,¹⁷² as such attributes can lead to a propagation of security issues throughout the supply chain.¹⁷³ Further criteria are the intended use in sensitive environments such as in industrial settings¹⁷⁴ or the intended use for the processing of personal data,¹⁷⁵ as well as the potential impact of an incident, in particular its ability to affect a large number of people.¹⁷⁶ That last criterion seems to be linked to the market share of a product. But this again runs the danger that products that are

¹⁶⁹ Cf. Brass Irina/Sowell Jesse H., Adaptive Governance for the Internet of Things: Coping with Emerging Security Risks, Regulation & Governance 2021, 1102.

¹⁷⁰ Cf. European Data Protection Supervisor (fn 105), 7.

¹⁷¹ Cf. TÜV Verband, Position Paper on the EU Commission Proposal for a Cyber Resilience Act, December 2022, <<https://www.tuev-verband.de/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=2933&token=b28683b4eaf5f0c41236b49c3373ea6852eaa17d>>, 4.

¹⁷² Art 6(2) point a) CRA Proposal.

¹⁷³ Recital 25 CRA Proposal.

¹⁷⁴ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 9 et seq.

¹⁷⁵ Art. 6(2) point c) CRA Proposal.

¹⁷⁶ Art. 6(2) point d) CRA Proposal.

not bestsellers would be deemed to be less risky merely because they have a smaller market share and therefore lesser ability to affect many people in case of an incident.

It is furthermore noteworthy that most of the criteria seem to mainly focus on the industrial side.¹⁷⁷ The classification in Annex III, respectively the classification of certain products as “non-critical” appears to indicate that the Commission deems industrial IoT more critical than consumer IoT, such as for instance smart speakers. This approach, however, may underestimate the fact that certain products should be treated as riskier since they are used to keep the user safe in the physical world, such as smart homes and security alarms, may process privacy-relevant data and/or are used by children.¹⁷⁸ Also, as the CRA classifies categories of products, it may unduly disregard the “operational environment” in which a product will be placed, even though threats and related risks of products can be extremely different depending on where they are used.¹⁷⁹ For instance, smart LED bulbs would likely be classified as non-critical products. However, if a smart LED light bulb is compromised, it can serve as a gateway into the network it is connected to and the threat can spread to an entire network.¹⁸⁰ If a smart LED bulb is used in a private home network, the ramifications of its compromise may be less problematic. However, if such a light bulb is in use in a factory and can thus be exploited as an entry point into the factory’s network and for example be used to shut down the factory’s production, the consequences could be much more widespread. Yet, this can also be the case in reverse, in particular in that industrial components are used for non-critical purposes.¹⁸¹ Consequently, it is questionable if the “list-based” approach of Annex III is sufficiently robust to reflect the risks posed by products with digital elements under different circumstances.

¹⁷⁷ Cf. Euroconsumers, EU Cyber Resilience Act: Will the Hackable Home Finally Be Secured?, September 2022, <<https://www.euroconsumers.org/activities/cyber-resilience-act-will-hackable-home-be-secured>>.

¹⁷⁸ TÜV Verband (fn 171), 5; Bertuzzi, September 2022 (fn 155).

¹⁷⁹ Cf. Digitaleurope (fn 135), 6.

¹⁸⁰ Cf. Interagency International Cybersecurity Standardization Working Group (IICS WG), Interagency Report on the Status of International Cybersecurity Standardization for the Internet of Things (IoT), November 2018, <<https://csrc.nist.gov/publications/detail/nistir/8200/fina>>, 13 et seq.; cf. Johnson et al. (fn 7), 721.

¹⁸¹ Cf. VDMA, Uniform Cybersecurity Requirements Are the Only Right Way Forward, September 2022, <<https://www.vdma.org/viewer/-/v2article/render/67648803>>; ZVEI Germany’s Electro and Digital Industry, Cyber Resilience Act: Important Step for More Cyber Security, September 2022, <<https://www.zvei.org/en/press-media/pressarea/cyber-resilience-act-important-step-for-more-cyber-security>>.

Some of the above points of critique appear to be addressed by a recently shared new compromise text of the Swedish presidency of the EU Council of Ministers. It is reported that this compromise comes with significant changes on the classification of critical and highly critical products and sheds some light on why and which products qualify as critical class I or class II products. Furthermore, the list of products was revised in that, inter alia, class I and class II products were divided into subgroups and consumer products such as smart locks and alarm systems were included.¹⁸²

III. Obligations of economic operators along the supply chain and throughout the life-cycle of products

As noted earlier, the addressees of the CRA are the economic operators, in particular manufacturers, importers and distributors of products with digital elements.¹⁸³ These economic operators – depending on their role and responsibility within the supply chain – have to fulfil several obligations before and during the placing on the market of a product.¹⁸⁴ As the next sections show, there is a sliding scale of regulatory burden, starting with manufacturers at the top towards distributors at the scale's bottom.

1. Extensive obligations of manufacturers

A large number of obligations of the CRA are imposed primarily on manufacturers. This can arguably be based on the assumption that manufacturers form the beginning of the supply chain, thus having usually the most influence on the conception, design and development of their products.¹⁸⁵

First of all, it is the obligation of the manufacturer to ensure that, when placing a product with digital elements on the market, it has been designed, developed and produced in accordance with the essential requirements set out in Section 1 of Annex I.¹⁸⁶ Those include the obligation to design, develop and produce products with digital elements in such a way that they ensure an appropriate level of cybersecurity based on their risks. Furthermore, they should not be delivered with known exploitable vulnerabilities, must be

¹⁸² Bertuzzi Luca, EU Council Reconsiders Critical Products in New Cybersecurity Law, EURACTIV.com, 15 February 2023, <<https://www.euractiv.com/section/cybersecurity/news/eu-council-reconsiders-critical-products-in-new-cybersecurity-law/>>.

¹⁸³ [Section C.I.4.](#)

¹⁸⁴ Car/De Luca (fn 14), 7.

¹⁸⁵ Zirnstein (fn 145), 710.

¹⁸⁶ Art. 10(1) CRA Proposal.

delivered with a secure by default configuration, must protect the confidentiality and integrity of the data they process and only process data, personal or other, that are strictly necessary to the functioning of the product.¹⁸⁷ Yet again, the list in Section 1 of Annex I is not to be understood as exhaustive.¹⁸⁸ While the manufacturers have to comply with all essential requirements related to vulnerability handling and have to ensure that they deliver their products without any known exploitable vulnerability, with respect to the other essential requirements manufacturers have to determine themselves which of them are relevant for the respective type of product.¹⁸⁹ In this sense, manufacturers must take a holistic view of whether the implementation of these requirements alone leads to an appropriate level of cybersecurity of their product or if they have to take additional case-specific measures.¹⁹⁰ This is reminiscent of Art. 32 GDPR in the context of personal data protection that also sets out a non-exhaustive list of security measures to ensure a level of security appropriate to the risk.¹⁹¹

Next to requirements that the products be designed, developed, and produced in such a way that they ensure an appropriate level of cybersecurity, the CRA follows the principle of security by design and makes it mandatory.¹⁹² The basic idea behind security by design is that products should be designed with threats to security in mind and that vulnerabilities should be adequately addressed throughout a product's life-cycle.¹⁹³ In other words, products should be secure right from the moment they are made available, and they should be secure during their operational phase and remain secure during and after maintenance operations, such as updates. Moreover, once the product has reached its end-of-life, its secure disposal or recycling, especially the

¹⁸⁷ European Economic and Social Committee (fn 23), 2; Car/De Luca (fn 14), 7.

¹⁸⁸ Zirnstein (fn 145), 710.

¹⁸⁹ Recital 32 CRA Proposal.

¹⁹⁰ Zirnstein Yannick/Lee Yue Lin/Ge Amanda, *Evolving Cybersecurity Landscape – Comparing the Regulatory Approaches in the EU, in China and in Singapore – An Analysis of Legislative Approaches to Key Issues in Tackling a Global Phenomenon*, *Computer Law Review International* 2022, 167.

¹⁹¹ Cf. Haber Eldar/Tamò-Larrieux Aurelia, *Privacy and Security by Design: Comparing the EU and Israeli Approaches to Embedding Privacy and Security*, *Computer Law & Security Review* 2020, 4.

¹⁹² Section 1 (3a) of Annex I of the CRA Proposal. Schmitz-Berndt/Cole (fn 58), 11; cf. Car/De Luca (fn 14), 7.

¹⁹³ Center for Security Studies, *Governance Approaches to the Security of Digital Products – A Comparative Analysis*, November 2021, <<https://genevadialogue.ch/wp-content/uploads/Governance-Approaches-to-the-Security-of-Digital-Products-Report-2021-Geneva-Dialogue-and-EHTZ-CSS.pdf>>, 19.

deletion of personal data that it contains, must be provided.¹⁹⁴ The security-by-design model is not new to cybersecurity, as it first emerged from computer engineering principles and was later proposed as a way to mitigate the security vulnerabilities presented by the IoT.¹⁹⁵ Since then, it has been reflected in cybersecurity law,¹⁹⁶ for instance in the NIS Directive and its update, in the Cybersecurity Act as well as in newer EU data governance legislation, such as the proposed AI Act and the Data Act.¹⁹⁷ In light of these similarities in approach, the EDPS has sought to interface the GDPR with the CRA and strongly recommends including data protection by design and by default in the essential cybersecurity requirements for products with digital elements.¹⁹⁸

While the security-by-design approach set out in Annex I Section 1 is to be welcomed,¹⁹⁹ the requirement that “products with digital elements shall be delivered without any known exploitable vulnerability” might be over-ambitious, considering that for example the vulnerability in Log4j, the case discussed earlier, existed since 2013 and remained unnoticed until the end of 2021, even though Log4j has been highly popular and with widespread use. Ellul et al. argue that software-based products and services are inherently delivered with vulnerabilities, despite the increasing capabilities and ongoing development of technical assurances. This has to do with the common practice of ensuring that no software is released without undergoing testing – that is, the process of evaluating and validating software by running it in a controlled environment. While this practice seems relatively straightforward, the actual process is not. According to Ellul et al. it is not always easy to know what constitutes an appropriate test, and whether a test suite adequately captures the possible behaviour of the system. In addition, it is difficult to simulate the environment in which the system will operate during a test, especially in environments with malicious actors.²⁰⁰ In this context, it appears that the initial text of the CRA is now being adapted in that the obligation not to place products with known exploitable vulnerabilities on the EU internal

¹⁹⁴ van der Schaaf Koen/Tekinerdogan Bedir/Catal Cagatay, A Feature-based Approach for Guiding the Selection of Internet of Things Cybersecurity Standards Using Text Mining, Concurrency and Computation: Practice and Experience 2021, 7 et seq.

¹⁹⁵ Bygrave Lee A., Security by Design: Aspirations and Realities in a Regulatory Context, Oslo Law Review 2021 (cit.: Bygrave, Security by Design), 126.

¹⁹⁶ Bygrave, Security by Design (fn 195), 137 et seq.

¹⁹⁷ Bygrave, Security by Design (fn 195), 138.

¹⁹⁸ European Data Protection Supervisor (fn 105), 7.

¹⁹⁹ European Data Protection Supervisor (fn 105), 2.

²⁰⁰ Ellul Joshua et al., When Is Good Enough Good Enough? On Software Assurances, ERA Forum 2023.

market will depend on the manufacturer's risk assessment. This means that if manufacturers assess the risk of a vulnerability as very low, the product can still be marketed. This amendment is intended to reduce bureaucracy and take into account cases in which a vulnerability can later be fixed by a security update.²⁰¹

Another obligation towards manufacturers, given the emphasis put on the supply chain security, is the due diligence obligation, when manufacturers source third-party components for their products with digital elements and need to ensure that such components do not compromise the product's cybersecurity.²⁰² Furthermore, in order to ascertain and demonstrate compliance of their product with the essential cybersecurity requirements, manufacturers are required to undertake an assessment of the cybersecurity risks associated with a product with digital elements.²⁰³ The CRA provides via Chapters III and IV and Annex VI for a rather extensive guidance on the conformity assessment, especially with respect to the procedure as well as on the conformity assessment bodies. Three aspects should be pointed out here: First, under certain conditions, there is a presumption of conformity for products with digital elements and processes put in place by the manufacturer.²⁰⁴ This is the case, for instance, where European harmonization standards already exist for a particular area²⁰⁵ and the product in question complies with these standards.²⁰⁶ A second aspect worth highlighting is the fact that a manufacturer's choice for a conformity assessment procedure set out in Annex VI depends on the risk classification of his product.²⁰⁷ For non-

²⁰¹ Bertuzzi, February 2023 (fn 16).

²⁰² Tuninetti Ferrari et al. (fn 151), 3; cf. Chiara, IoT (fn 63), 129.

²⁰³ Art. 10(2) CRA Proposal. However, under certain conditions, manufacturers are permitted under Recital 20 and Art. 4(3) CRA to release software for testing purposes before subjecting their product to a conformity assessment. Further on this as well as on the research and development indications of the CRA: Rosal Santos Isabela, Horizontal Cybersecurity Requirements: What Does the New European Proposal for Products with Digital Elements Add to R&D?, KU Leuven CiTiP Blog, 17 January 2023, <<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/horizontal-cybersecurity-requirements-what-does-the-new-european-proposal-for-products-with-digital-elements-add-to-rd/>>.

²⁰⁴ Cf. Art. 18 CRA Proposal.

²⁰⁵ Further on European cybersecurity certification schemes under the Cybersecurity Act: Kamara Irene, Misaligned Union Laws? A Comparative Analysis of Certification in the Cybersecurity Act and the General Data Protection Regulation, in: Hallinan Dara/Leenes Ronald/De Hert Paul (eds.), Privacy and Data Protection: Artificial Intelligence, Oxford 2020.

²⁰⁶ Art. 18(1) CRA Proposal.

²⁰⁷ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 260.

critical products, manufacturers can exercise a self-assessment, declaring that their products satisfy the essential security requirements of Annex I.²⁰⁸ Manufacturers of critical product of class I and II however have to demonstrate conformity through an EU-type examination²⁰⁹ or by full quality assurance²¹⁰, the latter involving a third-party.²¹¹ In this sense, the risk-based approach in the product classification is also clearly reflected here. Considering that estimated 90% of the products with digital elements are likely to be classified as non-critical and will not trigger an external assessment, but a self-assessment by manufacturers,²¹² this raises some doubts as to whether an adequate level of cybersecurity and a consistently high level of protection in a rapidly changing cybersecurity threat environment would be ensured.²¹³ And finally, the manufacturer has to provide a declaration of conformity according to Art. 20 CRA and digital products demonstrating compliance must be properly CE marked and may only be placed on the market with such marking.²¹⁴ Once a product receives a CE marking, it can be deployed in and move freely within the internal EU market,²¹⁵ thus fostering the functioning of the single market for products with digital elements.²¹⁶

Manufacturers have also several documentation obligations. Following Art. 23 they need to draw up a comprehensive technical documentation before the product is placed on the market,²¹⁷ with the minimum requirements for this documentation specified in Annex V. Furthermore Art. 10(10) CRA obliges manufacturers to ensure that products are accompanied by the information and instructions set out in Annex II. The information should be provided in an electronic or physical form and the language should be clear, understandable, intelligible and legible.

²⁰⁸ Car/De Luca (fn 14), 7 et seq.

²⁰⁹ Annex VI, Module B CRA Proposal.

²¹⁰ Annex VI, Module H CRA Proposal.

²¹¹ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 10 et seq.; Car/De Luca (fn 14), 7 et seq.

²¹² TIC Council, TIC Council Welcomes the European Commission's Proposal for a Cyber Resilience Act, September 2022, <<https://www.tic-council.org/news-and-events/news/press-release-tic-council-welcomes-european-commissions-proposal-cyber-resilience-act>>; Euroconsumers, (fn 177).

²¹³ TÜV Verband (fn 171), 4.

²¹⁴ Arts. 21 and 22 CRA Proposal.

²¹⁵ Art. 4(1) CRA Proposal.

²¹⁶ Zußner (fn 149), 194.

²¹⁷ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 261.

Article 10(6) CRA imposes further the obligation on manufacturers, upon placing a product with digital elements on the market, to ensure that vulnerabilities of that product are addressed effectively and in accordance with the essential requirements of Section 2 of Annex I of the CRA during the expected lifetime of the product or during a period of five years from the date on which the product is placed on the market, whichever is shorter. Consequently, during the maximal period of five years manufacturers have to continuously test whether their products still comply with the legal requirements and if this is not the case, they must take all necessary measures to restore compliance.²¹⁸

One finds no explanation in the CRA why the period of five years was chosen.²¹⁹ Considering the fact that many products have a longer lifetime, this period may be inadequate, especially since the EU strives for sustainability of products.²²⁰ If products no longer receive security updates after the five years have expired, they can easily turn into a dangerous gateway for attacks.²²¹ There is a related concern also for products that are already on the market for some time and the five year period has almost expired – let us say after four and half years on the market. Although in this example the user would still benefit from security updates for six months, he may continue to use the product for years afterwards without further receiving security updates. While admittedly, users are provided with the information on the period up to which the manufacturer offers security support as per the information obligations of Art. 10(10) in connection with Annex II, this does not change the potential risk situation for the product, especially as used products can easily be resold on existing auction and other platforms.

These concerns fortunately appear to be addressed in a subsequently agreed upon amendment of the CRA proposal. It is reported that the compromise will be amended in that manufacturers shall ensure the security of their products “for a period of time after the placing on the market, appropriate to the type

²¹⁸ Zirnstein (fn 145), 710.

²¹⁹ Cf. Kipker (fn 137).

²²⁰ Inter alia EU's New Consumer Agenda (Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, New Consumer Agenda, COM(2020) 696 final, 13 November 2020) and the Circular Economy Action Plan (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A New Circular Economy Action Plan, COM(2020) 98 final, 11 March 2020) aim at promoting repair and encouraging more sustainable products.

²²¹ Zirnstein (fn 145), 710 et seq.; cf. Euroconsumers (fn 177).

of product and its expected lifetime.²²² This adequately takes into account now that each product has a different life-cycle, which the manufacturer has to assess himself, based on the time that users reasonably expect to receive security updates, considering the functionality and the intended use of the product. Further, the manufacturer has a duty of care to provide security updates for at least 10 years. The same period applies if the manufacturer becomes aware or has reason to believe that his product no longer complies with the security requirements of the CRA.²²³

Still, there is a concern as to how the end of the update obligation is to be assessed in light of the idea of security by design, which entails a life-cycle approach. The CRA seems to follow this life-cycle approach for most parts as Art. 10(1) demands products to be designed, developed and produced in accordance with the essential cybersecurity requirements and Art. 10(6) lays down essential requirements for vulnerability handling. Apart from the above noted dilemmas around a product's operation phase and the associated with it obligations, at some point, the product will reach its end of lifespan. Yet, one finds no security requirements in the CRA that would address how to ensure products' cybersecurity at the end of its life-cycle. The secure disposal of a device, especially the secure removal of information in the device, is at the same time absolutely key.²²⁴ Information erasing is also elemental where the device is not completely decommissioned but reused or refurbished.²²⁵ Furthermore, the big question looms of how all these obligations are to be realized in practice.²²⁶ In reality, it is common that the manufacturer does not know the end user because the product with digital elements is not sold directly by the manufacturer but through distributors, or the product has been resold.

Finally, manufacturers carry certain reporting obligations. Pursuant to Art. 11 CRA, the manufacturer must report any actively exploited vulnerability of a product with digital elements and any incident affecting its security to ENISA without delay, but within 24 hours of becoming aware of them. The

²²² Bertuzzi, February 2023 (fn 16).

²²³ Bertuzzi, February 2023 (fn 16).

²²⁴ European Union Agency for Cybersecurity, Guidelines for Securing the Internet of Things, Secure Supply Chain for IoT, November 2020, <<https://www.enisa.europa.eu/publications/guidelines-for-securing-the-internet-of-things/@@download/fullReport>>, 12; van der Schaaf/Tekinerdogan/Catal (fn 194), 7 et seq.

²²⁵ European Union Agency for Cybersecurity (fn 224), 12.

²²⁶ Cf. Nai Fovino Igor et al., Cybersecurity, Our Digital Anchor, June 2020, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC121051/cybersecurity_online.pdf>, 90.

manufacturer must also notify without delay the users of the product, irrespective of the risk, and inform them of corrective measures they can take.²²⁷ Here, the CRA seems to diverge from the GDPR, which, based on its risk-based approach, requires data breach notification of users, respectively data subjects, only if the breach is likely to result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons.²²⁸ Also the NIS2 Directive only requires a notification to users in case of “significant incidents that are likely to adversely affect the provision of the services” of the entities.²²⁹

While swift reporting of incidents seems sensible, given that security incidents can spread within minutes, the formulation “any incident” in Art. 11(2) CRA can be understood as that every vulnerability, even if it poses no noticeable impact on the security of a product, triggers the reporting obligation of the manufacturer. Furthermore, the CRA reporting obligations are not aligned with processes that are already in place – for instance, the timeframe of 24 hours differs from the 72 hours given under the GDPR and the NIS2 Directive.²³⁰

As with previous concerns, these seem to be recognized and there is an effort to tackle them. A newly reached compromise strives in this sense to align the CRA reporting obligation with the NIS2 Directive, shifting also the reporting from ENISA to the national Computer Security Incident Response Team (CSIRT).²³¹

2. Importers as watchdogs

While importers themselves are not responsible for ensuring that products meet the essential cybersecurity requirements set out in Section 1 of Annex I, they are not permitted to import products into the European market that do not meet the respective requirements.²³² In case an importer considers or has reason to believe that a product is non-compliant, he should refrain from placing the product on the market until it has been brought into conformity by the manufacturer.²³³ Consequently, in order to avoid infringing their own obligations, it will be imperative for importers to carry out a full inspection

²²⁷ Art. 11(1) and (2) CRA Proposal.

²²⁸ Cf. Haber/Tamò-Larrieux (fn 191), 4.

²²⁹ Art. 23(1) NIS2 Directive.

²³⁰ Art. 32(1) GDPR; Art. 23(4) NIS2 Directive.

²³¹ Bertuzzi, February 2023 (fn 16).

²³² Art. 13(1) CRA Proposal.

²³³ Art. 13(3) CRA Proposal.

of every product that they wish to import,²³⁴ although Art. 13(2) CRA only obliges them to ensure that the manufacturer has carried out the appropriate conformity assessment procedures and has drawn up the technical documentation. Furthermore, they have to check that the product bears the CE marking and is accompanied by the instructions and information set out in Annex II.

By imposing such obligations on the importer, in particular to verify that the manufacturer is complying with his obligations under Section I of Annex I, Art. 13 assigns a “watchdog” function to the importer vis-à-vis the manufacturer. This role is also observable in Art. 13(6) CRA, which obliges the importer to support manufacturers in their vulnerability management and inform the manufacturer immediately if they become aware of a vulnerability. In addition, if the respective product poses a significant cybersecurity risk from the importer’s perspective, importers must also inform the market surveillance authority.²³⁵ Apart from this “watchdog” role, importers carry certain transparency related duties and must provide their contact details in the way specified in Art. 13(4) CRA.

3. Few duties for distributors

Unlike the importer, the distributor does not have to verify whether a manufacturer’s products comply with the essential cybersecurity requirements. Before making the product available on the market, the distributor only has to check whether the product bears the CE marking and whether the manufacturer and the importer have complied with the obligations set out respectively in Arts. 10(10), 10(11) and 13(4)²³⁶ – that is, whether the manufacturer has provided the required information according to Annex II as well as the declaration of conformity and, in the case of the importer, whether the name and contact information are provided.

These “light” obligations of the distributor, compared to the ones of the manufacturer and importer, can be explained by the fact that the distributor forms the end of the supply chain and as such has no relevant influence on the development, manufacturing and upstream distribution process.²³⁷ Still, the distributor seems to be assigned also with some watchdog functions in that, like the importer, the distributor may not (or no longer) place a product on the market in case he believes or has reason to believe that a product is not in

²³⁴ Zirnstein (fn 145), 711.

²³⁵ Art. 13(3) CRA Proposal.

²³⁶ Art. 14(2) CRA Proposal.

²³⁷ Zirnstein (fn 145), 711.

conformity with the essential cybersecurity requirements.²³⁸ The distributor must also inform the manufacturer, as well as the market surveillance authority, if a product poses a significant cybersecurity risk.²³⁹

IV. Comprehensive market surveillance and enforcement mechanisms

The CRA grants the European Commission, ENISA as well as national market surveillance authorities comprehensive market surveillance, investigation and ordering competences. Market surveillance for products with digital elements was already introduced with Regulation (EU) 2019/1020²⁴⁰ on market surveillance and compliance of products by relevant authorities.²⁴¹ Member States may designate one or more existing authorities as market surveillance authorities or establish new ones.²⁴² However, for products with digital elements under the CRA that are classified as high-risk AI systems according to the AI Act, it is the market surveillance authorities pursuant to the AI Act that are responsible.²⁴³

Market surveillance authorities carry out market surveillance in the territory of the respective Member State. As far as necessary, they must be in constant exchange with their counterparts in other Member States as well as with data protection supervisory authorities.²⁴⁴ In contrast to the GDPR and the Digital Services Act, the CRA does not create a one-stop-shop mechanism to address cross-border infringements.²⁴⁵ It does, however, aim to establish a dedicated administrative cooperation group (ADCO) to ensure CRA's uniform application.²⁴⁶ This ADCO is to be composed of representatives of the market surveillance authorities and representatives of single liaison offices.²⁴⁷

²³⁸ Art. 14(3) CRA Proposal; cf. Tuninetti Ferrari et al. (fn 151), 5 et seq.

²³⁹ Art. 14(3) CRA Proposal.

²⁴⁰ Regulation (EU) 2019/1020 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on market surveillance and compliance of products and amending Directive 2004/42/EC and Regulations (EC) No 765/2008 and (EU) No 305/2011, OJ (2019) L 169/1.

²⁴¹ Explanatory Memorandum to the CRA Proposal, 11.

²⁴² Art. 41(2) CRA Proposal.

²⁴³ Art. 41(10) CRA Proposal.

²⁴⁴ Art. 41(4) and (5) CRA Proposal.

²⁴⁵ Tuninetti Ferrari et al. (fn 151), 6.

²⁴⁶ Recital 56 CRA Proposal.

²⁴⁷ Art. 41(11) CRA Proposal.

The purpose of the national market surveillance authorities is to ensure the effective implementation of the CRA.²⁴⁸ In order to do so they may initiate investigations following Art. 43 if they have sufficient reason to consider that a product with digital elements presents a significant cybersecurity risk.²⁴⁹ To be able to evaluate the conformity of products, the authority shall be granted access to the data that it needs to assess the design, development, production and vulnerability handling, including also related internal documentation.²⁵⁰ Where the market surveillance authority reaches the conclusion that the product does not comply with the requirements of the CRA, it may, commensurate with the nature of the risk, order the relevant operator to take all necessary measures to make the product compliant, to withdraw it from the market or to recall it.²⁵¹ If the operator does not take the corrective actions within the given timeframe, the authority shall take the appropriate measure.²⁵²

In case the Commission has reasons to consider that a product with digital elements is non-compliant with the CRA, the Commission can request the respective national market surveillance authority to carry out an evaluation according to Art. 43.²⁵³ However, it is also possible that the Commission requests ENISA to carry out an evaluation of compliance.²⁵⁴ This is the case where the exceptional circumstances justify an immediate intervention, there is sufficient reason to consider that the product remains non-compliant, and no effective measures have been taken by the relevant market surveillance authority.²⁵⁵ Pursuant to Recital 59 CRA, an “exceptional circumstance” is present, for instance where a non-compliant product is made available throughout several Member States, used also in key sectors, and contains known and already exploited vulnerabilities for which the manufacturer does not provide patches. The Commission may intervene, based on ENISA’s evaluation, by adopting implementing acts to decide on measures at the Union level, which may include ordering the withdrawal of the product or recalling it.²⁵⁶

²⁴⁸ Art. 41(2) CRA Proposal.

²⁴⁹ Zirnstein/Lee/Ge (fn 190), 170.

²⁵⁰ Art. 42 CRA Proposal.

²⁵¹ Art. 43(1), (4) and (5) CRA Proposal.

²⁵² Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 265.

²⁵³ Art. 45(1) CRA Proposal.

²⁵⁴ Chiara, Cyber Resilience Act (fn 8), 265.

²⁵⁵ Art. 45(2) CRA Proposal.

²⁵⁶ Art. 45(3) and (4) CRA Proposal.

Even where products comply with the CRA, market surveillance authorities have the power to intervene via Art. 46. The prerequisite for this is that the product poses a significant cybersecurity risk despite its compliance with the cybersecurity requirements and the product furthermore poses a risk to particular rights or goods,²⁵⁷ such as the health or safety of persons, compliance risks in relation to fundamental rights or other aspects of the protection of public interests.²⁵⁸ The criterion “other aspects of the protection of public interests”, however, seems rather broad and vague given the fact that if the prerequisites are met, Art. 46(1) provides the market surveillance authority to take the same measures as the authority has in case of non-compliant products, i.e., the authority might even demand the recall of compliant products.²⁵⁹ It is also with regard to compliant products, where the Commission is provided with the possibility to intervene and establish corrective or restrictive measures, similarly to those under Art. 45 concerning the EU-level procedure for products with digital elements presenting a significant cybersecurity risk.²⁶⁰

Apart from these intervention possibilities, following Art. 48 CRA several market surveillance authorities can also agree to carry out joint activities to verify compliance and identify cybersecurity risks of products with digital elements that are often found to present such risks.²⁶¹ Joint activities might also be proposed by the Commission or ENISA.²⁶² Particularly drastic joint activities are the so-called “sweeps”.²⁶³ These are simultaneous coordinated control actions of certain products or categories thereof in order to check their compliance with the CRA.²⁶⁴ In other words, market surveillance authorities can simulate area-wide and cross-border cyberattacks on products that are already on the market and in use.²⁶⁵ According to Recital 61 CRA, sweeps should particularly be conducted “where market trends, consumer complaints or other indications suggest that certain product categories are often found to present cybersecurity risks.” Given that sweeps are an intensive intervention with respect to the rights and freedoms of market participants and users, it can be noted that these criteria are again

²⁵⁷ Zirnstein/Lee/Ge (fn 190), 170.

²⁵⁸ Art. 46(1) CRA Proposal.

²⁵⁹ Art. 46(1) CRA Proposal.

²⁶⁰ Cf. Art. 48(6 et seq.) CRA Proposal.

²⁶¹ Cf. Recital 60 CRA Proposal.

²⁶² Art. 48(2) CRA Proposal.

²⁶³ Zirnstein (fn 145), 713.

²⁶⁴ Art. 49(1) CRA Proposal.

²⁶⁵ Zirnstein (fn 145), 713.

somewhat broad and vague.²⁶⁶ If clearer criteria not only on the deployment but also on the process of such control actions can be established, such sweeps can be a viable way to verify that a product is secure in practice.²⁶⁷

Overall, the monitoring and oversight over the compliance with the CRA is considerable and complex.²⁶⁸ This can be in practice linked to problems of coordination between the different national authorities.²⁶⁹ There is also a risk of fragmentation of surveillance resulting from the unclear wording in Art. 43(1), which states that a market surveillance authority may initiate investigations if it considers a product to present a “significant cybersecurity risk”. Consequently Art. 43(1) leaves it to the discretion of the market surveillance authority which products are to be investigated or not. This may result in inconsistent procedures within the EU.²⁷⁰ Asymmetry between national market surveillance authorities may also unfold as a result of different set of resources and institutions that an authority may use. In this sense, the varying levels of cybersecurity preparedness among Member States may present an obstacle to harmonization, mutual recognition, and convergence.²⁷¹ Accordingly, the requirement in Art. 41(6) CRA, whereby Member States must provide adequate resources, is particularly important and ultimately critical for the CRA’s efficiency on the ground and throughout the Union.²⁷²

V. Significant administrative fines

The power to set rules on penalties is delegated to the Member States. Yet, the Member States’ discretions are relative,²⁷³ as Art. 53 already sets certain parameters. In general, all penalties imposed must be effective, proportionate and dissuasive.²⁷⁴ More concretely: in case of a failure to comply with the essential requirements of Annex I and the obligations set out in Arts. 10 and 11 market surveillance authorities may impose fines of either €15 million or 2.5% of the total annual turnover of the previous business year, whichever is

²⁶⁶ Zirnstein (fn 145), 713.

²⁶⁷ Cf. Ludvigsen Kaspar Rosager/Nagaraja Shishir, *The Opportunity to Regulate Cybersecurity in the EU (and the World): Recommendations for the Cybersecurity Resilience Act*, <<https://arxiv.org/abs/2205.13196>>, 17.

²⁶⁸ European Economic and Social Committee (fn 23), 1.

²⁶⁹ European Economic and Social Committee (fn 23), 5.

²⁷⁰ Chiara, IoT (fn 63), 127 et seq.

²⁷¹ Christou George, *Cybersecurity in the European Union: Resilience and Adaptability in Governance Policy*, London 2016, 177.

²⁷² European Economic and Social Committee (fn 23), 1.

²⁷³ Chiara, *Cyber Resilience Act* (fn 8), 265.

²⁷⁴ Art. 53(1) CRA Proposal.

higher.²⁷⁵ The bulk of risking fines is therefore borne by the manufacturer and other persons who are deemed to be manufacturers.²⁷⁶ For non-compliance with other obligations of the CRA, market surveillance authorities can impose administrative fines of up to €10 million or 2% of global annual turnover for the previous fiscal year, whichever is higher.²⁷⁷ This risk is borne by all economic operators – manufacturers, importers, as well as distributors.²⁷⁸ For the supply of incorrect, incomplete or misleading information to market surveillance authorities in connection with an official investigation, a fine of €5 million or 1% of the total worldwide annual turnover for the previous fiscal year, whichever is higher, may be imposed.²⁷⁹

When deciding on the amount of the administrative fine in each individual case, the market surveillance authority should take into account all relevant circumstances of the specific situation and as a minimum the nature, gravity, duration and consequence of the infringement; whether other authorities have already imposed fines for similar infringements; and the size and market share of the operator.²⁸⁰

At a first glance, one may well conclude that the CRA follows the fines model of recent EU law, such as the GDPR as well as the proposed AI Act.²⁸¹ Yet, it remains to be seen whether the fines will amount to similar sums as those imposed under the GDPR and whether differences in the authorities' approaches to fines will also materialize in case of the CRA.²⁸² It should be borne in mind that, as shown above, the market surveillance authorities also have the option of banning products on the market, which can be an important tool of intervention. The interplay between these two mechanisms (fines vs. barring from the EU market) is so far not clarified in the CRA and may need additional attention before its final adoption.

D. Concluding observations and outlook

The article provided an enquiry into the EU proposal for a Cyber Resilience Act and attempted above all two things – on the one hand, to analyze more

²⁷⁵ Art. 53(3) CRA Proposal.

²⁷⁶ Zirnstein/Lee/Ge (fn 190), 170.

²⁷⁷ Art. 53(4) CRA Proposal.

²⁷⁸ Car/De Luca (fn 14), 8.

²⁷⁹ Art. 53(5) CRA Proposal.

²⁸⁰ Recital 65 and Art. 53(6) CRA Proposal.

²⁸¹ Zirnstein/Lee/Ge (fn 190), 170.

²⁸² Zirnstein/Lee/Ge (fn 190), 170; Ludvigsen/Nagaraja (fn 267), 11.

closely some of the key CRA provisions and on the other, to put the reform that the CRA will bring about into the broader context of EU's legal, policy as well as geopolitical activities in the digital domain in general and cybersecurity in particular. It is evident from the above that the CRA, when adopted, would cause a major stir and trigger a series of obligations for all actors engaged along the life-cycle of products with digital elements, create new competences for EU and Member State agencies and generate new interfaces with existing EU regulation in the domain of cybersecurity but also in other areas, such data protection and AI.

The ambitious regulatory project of the CRA and its potential far-reaching implications can be linked in general terms to its approach to cybersecurity as a cross-sectoral issue and the underlying conceptualization of cyber resilience as not merely a technical but a much wider topic of immediate societal relevance.²⁸³ In more concrete terms, the regulatory sway of the CRA comes from its broad and comprehensive scope of application, the detailed catalogue of obligations (especially for manufactures of products with digital elements), as well as the potentially impactful market surveillance and enforcement mechanisms. Crucial for the effective approach of the CRA is also the inclusion of the entire value chain of digital products along their life-cycle, which is a new legal approach that duly takes into account both the dynamics of technological innovation as well as the premise of cyber resilience, whereby cyber threats are the rule rather than the exception.²⁸⁴ While the CRA does take cyber resilience seriously, it also seeks to ensure that the single market for digital products is not unduly compromised and adopts a risk-based approach with varied regulatory burden across types of products and types of actors.

Despite the promise of the CRA and its regulatory potency, many questions remain still unanswered. These questions are of different nature and their answers will ultimately be quite different. Some of the definitional problems, lack of clarity and guidance in the CRA proposal, as well as the coordination problems with existing (and forthcoming) pieces of EU legislation can certainly be solved – either through compromises made during the still ongoing legislative process, through additional guidelines by the Commission or if somewhat less swiftly, through follow-up jurisprudence. There are however bigger questions and our contextualization of the CRA in the beginning of

²⁸³ Kipker (fn 137); Nai Fovino et al. (fn 226), 93; Bygrave Lee, *Cyber Resilience versus Cybersecurity as Legal Aspiration*, 14th International Conference on Cyber Conflict: Keep Moving 2022 (cit.: Bygrave, *Cyber Resilience*), 27.

²⁸⁴ Bygrave, *Cyber Resilience* (fn 284), 27.

the article speaks to them. The first important issue is whether the CRA, despite its virtues, could effectively lead to an Internet of Secure Things in Europe. Some of the concerns in this regard stem from endogenous to the CRA issues, such as that most digital products will be classified as low risk, the sliding scale of obligations, the possible divergences in surveillance practices and fines across responsible agencies. Others stem from even harder problems linked to the CRA's implementation in practice. In this context, it remains to be seen whether the CRA is adaptable enough to keep up with the rapidly evolving threat environment inherent to connected devices. Here one can consider for instance the fact that cybercriminals increasingly use malicious AI to support attacks, often to thwart intrusion detection algorithms within the IoT, or to attack beneficial AI in a way that causes the AI to work against its own system.²⁸⁵ Also, given that the sophisticated AI application ChatGPT (with others to join it) can be used to proficiently write computer code, virtually anyone could exploit this to create their own malware to spy on user activity, steal data, spread ransomware or undertake any other malicious cyberattack.²⁸⁶ Another big unknown in this dynamic context are users. While it appears that consumers would be willing to pay more for secure IoT devices,²⁸⁷ the problem of informational asymmetry in the marketplace remains.²⁸⁸ Similarly, the big question mark around user literacy and to what extent users are able and willing to react when faced with insecure digital products is unaddressed and may in reality reduce the CRA's efficacy despite the huge regulatory burden placed on the supply side. In this and the overall implementation context of the CRA, it would be particularly interesting, and potentially fruitful for policy makers, to observe and detect parallels with the implementation of the GDPR as another grand EU regulatory project.

Some of the critique points that can be expressed towards the CRA are of exogenous nature and can be linked to the CRA's underlying rationale to boost EU's role as a global cybersecurity standard-setter and a vector for safeguarding and sustaining its digital sovereignty – the second discrete topic that this article picked up at its outset. From the perspective of the Union, such a “digital sovereignty”-oriented strategy and the therewith related

²⁸⁵ Kuzlu Murat/Fair Corinne/Guler Ozgur, Role of Artificial Intelligence in the Internet of Things (IoT) Cybersecurity, Discover Internet of Things 2021.

²⁸⁶ Marr Bernard, How Dangerous Are ChatGPT and Natural Language Technology for Cybersecurity?, Forbes, 25 January 2023, <<https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2023/01/25/how-dangerous-are-chatgpt-and-natural-language-technology-for-cybersecurity/?sh=52b374864aa6>>.

²⁸⁷ Johnson et al. (fn 7), 721.

²⁸⁸ Johnson et al. (fn 7), 722.

regulatory activism in cybersecurity and beyond make lots of sense and can be easily politically justified. Yet, the EU, despite its sizeable market, is still part of the even larger landscape of the world and the datafication of economies and societies as a whole has only increased connectedness and interdependence between and across actors. After a period of relatively liberal stance towards cyberspace, in recent years and absent an international legal framework governing data, national legislators have adopted far-reaching rules on data protection, cybersecurity, competition, consumer protection, etc., often with an extra-territorial effect. It can be maintained that the EU has even been the regulatory champion in this regard. Yet, this leads to a profound fragmentation in the global data governance framework that we should be aware of.²⁸⁹ Whether the “Brussels effect” of the CRA will unfold is still unknown but it too can contribute to exacerbating this fragmentation, as well as to increasing geopolitical tensions and strategic competition across different policy areas, which ultimately contribute little to a functioning, seamless data economy and a corresponding optimal legal design.²⁹⁰

Against this backdrop, it remains to be seen to what extent and how the CRA will manage to find its place in the complex puzzle and navigate the different trade-offs – such as between cybersecurity and market freedom, between protectionism and openness, between unilateral action and international cooperation.

²⁸⁹ Arner Douglas W./Castellano Giuliano G./Selga Eriks K., The Transnational Data Governance Problem, *Berkeley Technology Law Journal* 2023, 623.

²⁹⁰ Arner/Castellani/Selga (fn 290); also Aaronson Susan, What Are We Talking about When We Talk about Digital Protectionism?, *World Trade Review* 2018, 541; Bonefeld-Dahl Cecilia, European Sovereignty or a Shadow of Protectionism?, EURACTIV.com, 25 August 2022, <<https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/european-sovereignty-or-a-shadow-of-protectionism/>>.

Market Definition and Market Power in the Era of Blockchain

Okan Yildiz/Rolf H. Weber*

Table of Contents

A.	Introduction	C 2
B.	Distributed ledger technology (DLT) and blockchain	C 3
I.	Terminology	C 4
II.	Fundamental objectives of blockchain	C 5
III.	Types of blockchain	C 5
IV.	Multi-layered architecture of blockchain	C 7
V.	Main characteristics of blockchain	C 8
1.	Distributed ledgers	C 8
2.	Decentralized structure without intermediaries	C 9
3.	Consensus mechanisms	C 9
a)	Proof of Work	C 10
b)	Proof of Stake	C 10
C.	Implications of blockchain on competition law	C 11
I.	The concept of “undertaking”	C 12
II.	Market definition	C 13
1.	Overview	C 13
2.	Current state of market definition	C 14
3.	Market definition based on type of blockchain	C 15
4.	Market definition based on block validation	C 16
5.	Market definition based on the layers of the blockchain	C 17
a)	Market definition on the base layer	C 17
b)	Market definition on the application layer	C 20
III.	Market power	C 23
1.	Existing methods	C 24
2.	Alternative approach for the determination of market power on the blockchain	C 25
D.	Outlook	C 27

* Okan Yildiz, MLaw, PhD candidate, Law Faculty, University of Zurich;
Prof. Dr. Rolf H. Weber, professor of Business Law at University of Zurich and attorney in Zurich (Bratschi AG).

A. Introduction

During the last decade, competition authorities had to increasingly deal with digital business models (often described as operating in “digital markets”).¹ While scholars and authorities were in the process of understanding how to adapt competition law in the context of digitalization, the next technological leap started to emerge. This article does not investigate the digital markets in general but the newly appearing infrastructure, the distributed ledger technology (DLT). With the DLT, once again particular markets are evolving; therefore, it is important to address the features of those new markets which are based on the DLT.

In contrast to the World Wide Web, which is the “internet of information”, DLT and blockchain² have been transforming the internet to the so called “internet of value”. Consequently, in DLT and blockchain, the digitally represented values, their ownership, access to them and transactions with these values are of importance.

DLT is not fully unknown to the Swiss³ as well as the European⁴ regulators. Both authorities already reacted with the development of a normative framework for financial markets. In principle, policy and law intend to ensure optimal conditions for business activities with the aim that new technologies can meet the needs of society and markets. In the last few years, competition

¹ In fact, one specific digital market does not exist; this terminology is a paraphrase for markets in the digital economy. However, authorities as well as the literature regularly speak of “digital markets” (e.g., *Digital Markets Act* in the European Union).

² See [section B.I](#) for the terminological differences between these two.

³ Federal Law on the Adaptation of Federal Law to Developments in the Distributed Ledger Technology, 27 November 2019, BBl 2020, 233 et seqq.

⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2020) 593 final, 2020/0265(COD). The trilogues between the legislative bodies have already ended in a formal agreement; the provisional agreement of MiCA is subject to approval by the Council and the European Parliament before going through the formal adoption procedure (see Council of the EU, Digital finance: agreement reached on European crypto-assets regulation (MiCA) – Press release of 30.06.2022, available at <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/>>).

law academics started to shift their focus to DLT and blockchain issues and to also raise respective concerns.⁵

The topic of DLT and blockchain is still very much in progress, both technologically and legally, but a more in-depth exploration of the normative regulatory framework proves to be appropriate. This paper aims to understand the implications of DLT and blockchain on Swiss and European competition law. In order to assess those implications, the first section explains the fundamental technological features, i.e., [section B](#), addresses the technology itself by setting the technical foundation ([B.I](#)), showing the objectives of blockchain ([B.II](#)), examining different types of blockchain ([B.III](#)), pointing out the multi-layered architecture of blockchain ([B.IV](#)) and taking a closer look at the main concepts of blockchain ([B.V](#)).

In [section C](#), the focus lies on the main implications of DLT/blockchain on substantive Swiss and European competition law. In this context, the chapters examine the concept of an “undertaking” under the applicable law and investigate possible consequences for blockchain business models ([C.I](#)). Furthermore, the application of existing market definition tools to blockchain markets ([C.II](#)) is of fundamental importance. In addition, the calculation and evaluation of market power also need some adaptation in the context of DLT and blockchain ([C.III](#)). Lastly, [section D](#) concludes this article and gives an outlook.

B. Distributed ledger technology (DLT) and blockchain

This section examines the technological characteristics of DLT and blockchain in detail. In this regard, it is important to clarify the functioning of the technology itself because the subsequent competition law related considerations require a conceptual understanding of DLT and blockchain.⁶

⁵ Schrepel Thibault, *Blockchain + Antitrust: The Decentralization Formula*, Cheltenham/Northampton 2021 (cit. Schrepel, *Blockchain + Antitrust*); Schrepel Thibault/Buterin Vitalik, *Blockchain Code as Antitrust*, *Berkeley Technology Law Journal* 2021, 1 et seqq.; Deuffhard Florian/Heller C.-Philipp, *Antitrust Economics of Cryptocurrency Mining*, available at <<https://ssrn.com/abstract=3917012>>; Schrepel Thibault, *Libra: A Concentrate of “Blockchain Antitrust”*, *Michigan Law Review* 2020, 160 et seqq.; Schrepel Thibault, *Collusion by Blockchain and Smart Contracts*, *Harvard Journal of Law and Technology* 2019, 117 et seqq.; Schrepel Thibault, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox*, *Georgetown Law Technology Review* 2019, 281 et seqq.

⁶ The following section is based on Weber Rolf H., *DLT-Handelsplattformen: Spannungsfeld von Technologie und Recht*, Zürich 2022 (cit. Weber, *DLT-Handelsplattformen*). This publication is not further referenced below.

I. Terminology

DLT refers to a concept that allows data to be recorded and shared across distributed ledgers. It enables the recording, sharing and synchronization of transactions and data across a distributed network with participants all over the world, hence it is built on a peer-to-peer basis and operates without intermediaries, i.e., without centralized control.⁷

Blockchain (literally a chain of data blocks) is a special type of data structure used in some distributed ledgers. New data (usually transactions) – after being validated by the participants – are stored on the blockchain, block by block and chronologically, and are thus linked together in a digital chain.⁸ Blockchains use cryptographic and algorithmic methods to record and synchronize data across their networks; hence, the blocks are connected by cryptographic hashes.⁹ Each newly added block refers to the previous block; in this way, the technology ensures that a unique and traceable chain of blocks is created.¹⁰

“Distributed ledger” is a broader terminology describing distributed, synchronized, and cryptographically secured databases.¹¹ Therefore, in some situations it is necessary to speak of distributed ledgers rather than

⁷ Baker Colleen/Werbach Kevin, *Blockchain in Financial Services*, in: Madir Jelena (ed.), *FinTech, Law and Regulation*, Cheltenham/Northampton 2019, 123 et seq., marginal nos. 6.05 et seq. (cit. Baker/Werbach, *Blockchain in Financial Services*); Maull Roger et al., *Distributed Ledger Technology: Applications and Implications*, *Strategic Change* 2017, 481 et seq., 483 et seq. (cit. Maull et al., *Strategic Change* 2017).

⁸ Baker/Werbach, *Blockchain in Financial Services*, marginal no. 6.07; Ganne Emmanuelle, *Can Blockchain revolutionize international trade?*, Geneva 2018, 6 (cit. Ganne, *Can Blockchain revolutionize?*); Tapscott Don/Tapscott Alex, *The Blockchain Revolution, How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business, and the World*, Toronto 2016, 75; Weber Rolf H./Baumann Simone, *FinTech – Schweizer Finanzmarktregulierung im Lichte disruptiver Technologien*, *Jusletter* 21. September 2015, marginal no. 26.

⁹ A cryptographic hash is a cryptographic fingerprint. When generating a hash, the algorithm receives a data input of arbitrary length and generates a deterministic result of predetermined length. For a specific input, the resulting hash value always remains the same and is verifiable by anyone using the same hash algorithm. Computationally, it is impossible to provoke a collision, i.e., it is impossible to generate the same cryptographic fingerprint with two different inputs (Antonopoulos Andreas M., *Mastering Bitcoin, Programming the Open Blockchain*, 2nd ed. Beijing 2017, 228).

¹⁰ Low Kelvin F.K./Mik Eliza, *Pause the Blockchain Legal Revolution*, *International & Comparative Law Quarterly* 2020, 135 et seq., 137 et seq. (cit. Low/Mik, *International & Comparative Law Quarterly* 2020); Baker/Werbach, *Blockchain in Financial Services*, marginal no. 6.07; Weber Rolf H., *Regulatory Environment of the Ledger Technology*, *CRI* 2017, 1 et seq.

¹¹ Maull et al., *Strategic Change* 2017, 483.

blockchain, since not all distributed ledgers record and store data in interconnected chains of blocks. In these cases, the distributed ledgers do not have the same so-called “immutability” as some blockchains.¹²

II. Fundamental objectives of blockchain

The blockchain technology being called the “internet of values” focuses on digitally represented assets. Unlike on the World Wide Web, the rightful owner of any asset can be conclusively determined on the blockchain.¹³

In addition, the assets or property rights on the blockchain are transferred in atomic transactions and not copied. The blockchain automatically ensures that a value on the blockchain (or on any other distributed ledger) exists only once and is assigned to a precisely identifiable owner. Due to the lack of a centralized authority, the data is (simultaneously) stored on the different decentralized nodes.¹⁴

III. Types of blockchain

In relation to the authorization to validate, the accessibility to the blockchain and the possibility to participate on the blockchain, two main distinctions are necessary.

Firstly, blockchains can be qualified as permissioned or permissionless networks. The main difference between these two types of blockchain is whether anyone can validate a new block or whether doing that requires some kind of permission. Permissionless blockchains are of particular interest because on permissionless systems, anyone can create and validate the blocks

¹² Low Kelvin F.K., *Confronting Cryptomania: Can Equity Tame the Blockchain?*, Legal Studies Research Paper No. 2020-01, Hong Kong 2020, 7 (cit. Low, *Confronting Cryptomania*); Low/Mik, *International & Comparative Law Quarterly* 2020, 138 with further details (esp. footnote 23).

¹³ Rutishauser Daniel/Kubli Ralf/Weber Rolf H., *Grundlagen*, in: Weber Rolf H./Kuhn Hans (eds.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Basel 2021, 9 et seq., marginal no. 4 (cit. Rutishauser/Kubli/Weber, *Grundlagen*).

¹⁴ Rutishauser/Kubli/Weber, *Grundlagen*, marginal nos. 4 et seq.

or add transactions. Hence, the validators can be numerous.¹⁵ On permissioned systems, execution and validation is limited to the authorized participants. On these systems, a hierarchy (i.e., by defining different permissions for each group of participants) among the participants exists. It is necessary to pre-define the nodes in each group.¹⁶ These restrictions to certain nodes are applied by a controlling firm or by a consortium of firms (so called consortium blockchain).¹⁷

Secondly, blockchains can be categorized into private and public blockchains depending on whether everybody or only the participating nodes in the network are able to access the blockchain. On public blockchains there is no restriction to access the blockchain itself; anyone can participate on the blockchain while keeping the anonymity. No specific user is given special authorization on any decisions as the validation of transactions relies on a pre-defined consensus mechanism.¹⁸ On private blockchains, only authorized parties can view the transaction history. In addition, access to the system is restricted and the participants are in principle identifiable. Only a limited

¹⁵ Ganne Emmanuelle, Blockchain's Practical and Legal Implications for Global Trade and Global Trade Law, in: Burri Mira (ed.), *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge 2021, 128 et seq., 130 (cit. Ganne, Blockchain's Practical and Legal Implications); Low, *Confronting Cryptomania*, 7 et seq.; Low/Mik, *International & Comparative Law Quarterly* 2020, 138 et seq.; Nascimento Susana/Pólvora Alexandre (eds.), *Blockchain now and tomorrow: assessing multidimensional impacts of distributed ledger technologies*, Luxembourg 2019, 14 (cit. Nascimento/Pólvora, *Blockchain now and tomorrow*); Rauchs Michel et al., *Distributed Ledger Technology Systems: A Conceptual Framework*, Cambridge 2018, 24 (cit. Rauchs et al., *Distributed Ledger Technology Systems*).

¹⁶ Massarotto Giovanna, *Using Blockchain-Based Smart Contracts To Enforce the Antitrust Consent*, 11, available at <<https://ssrn.com/abstract=4016740>>; Ganne, *Blockchain's Practical and Legal Implications*, 130; Low, *Confronting Cryptomania*, 7 et seq.; Low/Mik, *International & Comparative Law Quarterly* 2020, 138 et seq.; Nascimento/Pólvora, *Blockchain now and tomorrow*, 14.

¹⁷ Pike Chris/Capobianco Antonio, *Antitrust and the trust machine*, OECD Blockchain Policy Series, 4 et seq., available at <<https://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-and-the-trust-machine-2020.pdf>> (cit. Pike/Capobianco, *OECD Blockchain Policy Series*); Rauchs et al., *Distributed Ledger Technology Systems*, 54; Ganne, *Can Blockchain revolutionize*, 11.

¹⁸ See section [BV.3](#). Consensus mechanisms. Rutishauser/Kubli/Weber, *Grundlagen*, marginal nos. 20 et seq.; Pike/Capobianco, *OECD Blockchain Policy Series*, 5; Nascimento/Pólvora, *Blockchain now and tomorrow*, 14 et seq.; Salmon John/Myers Gordon, *Blockchain and Associated Legal Issues for Emerging Markets*, EMcompass 2019, 1 et seq., 1 et seq. (cit. Salmon/Myers, *EMcompass* 2019); Ganne, *Can Blockchain revolutionize*, 9.

number of nodes are allowed to participate in the verification process. In this constellation, the system is protected not only technologically, but also organizationally by comprehensive sets of contracts and rules.¹⁹

These two main distinctions can also be found in tech as well as law literature addressing blockchain but the terminologies are not always used consistently.²⁰ Finally, the categorization of blockchains presented here is not exhaustive; hybrid systems in particular also exist in the real world.

IV. Multi-layered architecture of blockchain

Blockchains usually use a multi-layered architecture with distinct purposes of each layer. In the context of the internet, for example, a distinction between the infrastructure layer, the data layer, the software layer, and the application layer is applied. In the context of blockchain,²¹ Decentralized Finance (DeFi) is a good example for the multi-layered architecture because DeFi consists of five different layers, namely the settlement layer, the asset layer, the protocol layer, the application layer, and the aggregation layer.²² For the purpose of

¹⁹ Rutishauser/Kubli/Weber, Grundlagen, marginal nos. 20 et seq.; Pike/Capobianco, OECD Blockchain Policy Series, 5; Nascimento/Pólvora, Blockchain now and tomorrow, 14 et seq.; Salmon/Myers, EMcompass 2019, 1 et seq.; Ganne, Can Blockchain revolutionize, 10; Kaulartz Markus, Die Blockchain-Technologie, CR 2016, 474 et seqq., 475.

²⁰ See Deng Robert /Lee David Kuo Chuen, Handbook of Blockchain, Digital Finance, and Inclusion, Vol. 2, Cambridge MA 2017, 147; Low/Mik, International & Comparative Law Quarterly 2020, 138; see also World Bank Group, Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, FinTech Note, No.1, Washington 2017, IV and 11 et seqq., available at <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/177911513714062215/pdf/122140-WP-PUBLIC-Distributed-Ledger-Technology-and-Blockchain-Fintech-Notes.pdf>> with an explicit distinction between permissioned/permissionless and private/public blockchains.

²¹ For other examples of multi-layered architecture in blockchain, see Pajooh Houshyar Honar et al. Multi-Layer Blockchain-Based Security Architecture for Internet of Things, sensors 2021, 772, 1 et seqq., 6 et seqq.; López David/Farooq Bilal, A multi-layered blockchain framework for smart mobility datamarkets, Transportation Research Part C 2020, 588 et seqq., 590 et seqq.

²² For the internet layers, see Weber Rolf H., Zivilrechtliche Haftung auf dem Information Highway, in: Hilty Reto M. (ed.), Information Highway. Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Bern 1996, 531 et seqq. For the example of DeFi, see Schär Fabian, Decentralized Finance: On Blockchain- and Smart Contract-based Financial Markets, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2021, 153 et seqq., 155 et seqq. (cit. Schär, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2021).

this article, only the settlement layer, asset layer and application layer will be discussed.²³

The settlement layer of DeFi represents the used blockchain for the system. Hence, the settlement layer consists of the blockchain and the native protocol asset (e.g., Bitcoin on the Bitcoin network or Ether on the Ethereum network). The settlement layer can be understood as the foundation.²⁴

The asset layer encompasses all assets issued on the settlement layer. Besides the native protocol assets, the asset layer also consists of tokens, which are digital assets that have not been issued on the native protocol.²⁵

On the application layer, user-oriented applications are created. These applications connect different protocols and provide a user-friendly experience. The application layer usually is closely linked to the user interface as it facilitates the interaction with the smart contract, and as a result, the protocols are easier to use.²⁶

V. Main characteristics of blockchain

Various blockchains are often considered secure because of the lack of potentially “untrustworthy” intermediaries. In the following, the most important concepts and technological foundations of blockchain are explained in order to create a basic understanding for the legal analysis of blockchain in context of competition law.²⁷

1. Distributed ledgers

In distributed ledgers, as mentioned above, neither a single party ever has control over the entire ledgers nor is the data ever stored centrally in one place; rather, various mirrors with the same information are distributed across several nodes. Therefore, these nodes replace to role of a central party in

²³ For a comprehensive explication of all layers on DeFi, see Schär, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2021, 155 et seqq.

²⁴ Schär, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2021, 155 et seq.

²⁵ Schär, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2021, 156; Roth Jakob/Schär Fabian/Schöpfer Aljoscha, The Tokenization of Assets: Using Blockchains for Equity Crowdfunding, in: Wendt Karen (ed.), Theory of Change: Change Leadership Tools, Models and Applications for Investing in Sustainable Development, Cham 2021, 329 et seqq., 332.

²⁶ Schär, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2021, 156.

²⁷ See also Schär Fabian/Berentsen Aleksander, Bitcoin, Blockchain, and Cryptoassets, Cambridge MA/London 2020, 31 seqq. (cit. Schär/Berentsen, Bitcoin, Blockchain, and Cryptoassets).

a “traditional” setting with intermediaries.²⁸ With this concept, a consensus mechanism is necessary: the participants themselves are responsible for verifying and validating the data blocks using this mechanism,²⁹ which replaces trust in the counterparty. The activity of all participants is based on a protocol that contains instructions for the entire network. Usually, this code is “open source”, i.e., it can be viewed and understood by all participants.³⁰

2. Decentralized structure without intermediaries

According to the description as “internet of values”, one of the main functions of transactions on the blockchain is how much (and what kind of) value has been transferred from one party to another. The data of each transaction or bundle of transactions can be represented as a block on the blockchain. Each block has a header, which contains all the information necessary to classify and validate a block, and a body, which describes the transaction to be re-registered. Since each block in the chain builds on the previous block, it is possible to trace the entire chain; a newly created block contains the hash of the previous block.³¹

3. Consensus mechanisms

There are two types of users on the blockchain: those who only register transactions and those who provide the computing power to validate a transaction. The participants of the second group are responsible for finding the consensus – based on a specific pre-selected consensus mechanism. The consensus mechanisms are – contrary to the name – not of a democratic nature, but fully automated, deterministic, and algorithm-driven validation processes. Validation thus depends on the fulfilment of certain technological conditions; in principle, a node or the person behind it cannot decide for

²⁸ Low, *Confronting Cryptomania*, 7; Ganne, *Can Blockchain revolutionize*, 6.

²⁹ Weber Rolf H., *Handel mit digitalen Aktiven*, in: Weber Rolf H./Kuhn Hans (eds.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Basel 2021, 165 et seqq., marginal no. 11; Low, *Confronting Cryptomania*, 7; Ganne, *Can Blockchain revolutionize*, 5 et seqq.; Maull et al., *Strategic Change 2017*, 483 et seq.

³⁰ Rutishauser/Kubli/Weber, *Grundlagen*, marginal no. 15.

³¹ Rutishauser/Kubli/Weber, *Grundlagen*, marginal no. 16.

itself whether to reject a transaction that fulfils all validation criteria or to accept a transaction that does not fulfil the validation criteria.³² In practice, the following two methods are established consensus mechanisms:³³

a) *Proof of Work*

If the blockchain opted for proof of work, all participants attempt to solve a complex proof of work instance (a complex calculation).³⁴ Proof of work builds on the asymmetry of calculation and verification, because the calculation requires immense computing power, while the verification of the solution is simple. The first party to find the solution receives a reward and the other participants can simply verify the solution. This described verification process is called mining, because after the verification a new block is added to the blockchain. Proof of work is an established method for reaching consensus (e.g., used in the Bitcoin network).³⁵

b) *Proof of Stake*

When using proof of stake, validation is not carried out via the computing power of the participants, but via deposited cryptocurrencies (so far generally not via cryptoassets). Proof of stake systems consist of validators who lock their assets (staked coins) and those who merely hold the cryptocurrency of the corresponding system. Validators propose the potentially next valid block through a weighted random selection, which is determined by the participation time and/or the percentage relation to the deposited cryptocurrencies and vote on its validity. The voting power of the validators depends on the size of their deposited portfolio.³⁶

Staking is complemented by slashing. Slashing is used to punish unfair or malicious behavior of validators. Hence, validators are exposed to the risk

³² Low/Mik, *International & Comparative Law Quarterly* 2020, 140 et seq.

³³ Rutishauser/Kubli/Weber, *Grundlagen*, marginal nos.22 et seqq.; Schär/Berentsen, *Bitcoin, Blockchain, and Cryptoassets*, 139 et seqq.

³⁴ Strictly speaking, this is not a common mathematical calculation, but a complex procedure, see Gervais Arthur et al., *On the Security and Performance of Proof of Work Blockchains*, CCS '16: Proceedings of the 2016 ACM SIGSAC, Vienna 2016, 3 et seqq., 4 et seq.

³⁵ Nakamoto Satoshi, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, available at <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>.

³⁶ Antonopoulos Andreas M./Wood Gavin, *Mastering Ethereum, Building Smart Contracts and DApps*, Beijing 2019, 321 (cit. Antonopoulos/Wood, *Mastering Ethereum*).

of losing their entire deposit or parts of the staked cryptocurrencies.³⁷ But validators also receive a small reward proportional to their staked coins; this reward-punishment mechanism forces validators to act honestly and follow the consensus protocol.³⁸

Furthermore, proof of stake is supposed to be substantially less energy intensive. It is said that the Ethereum Merge in mid-September 2022 (a software upgrade swapping the platform's consensus mechanism from proof of work to proof of stake) will speed up the execution of transactions on the blockchain and significantly reduce energy consumption (estimations of 99% energy reduction).³⁹

C. Implications of blockchain on competition law

The following section analyses the implications of blockchain on competition law based on Art. 102 TFEU⁴⁰ and Art. 7 CartA⁴¹ in particular. It focuses on fundamental questions regarding the application of competition law in a blockchain environment. First, an overview of the concept of an undertaking and how blockchain might affect the approach to define an undertaking is necessary. Furthermore, the market definition of blockchain business models needs further investigation. Then, the determination of market power in the context of blockchain will be discussed and the last part addresses possible examples of abuse of power.

³⁷ Rutishauser/Kubli/Weber, Grundlagen, marginal nos.22 et seqq.; Chentouf Fatima Zahrae/Bouchkaren Said, Blockchain for Cybersecurity in IoT, in: Maleh Yassine et al. (eds.), Artificial Intelligence and Blockchain for Future Cybersecurity Applications, Cham 2021, 61 et seqq., 74; Bitcoinsuisse, What is Staking?, Zug 2020, 1 et seq. available at <<https://www.bitcoinsuisse.com/learn/what-is-staking>>.

³⁸ Antonopoulos/Wood, Mastering Ethereum, 321.

³⁹ Born Mathias, Ethereum senkt Stromverbrauch: Wie Bitcoin, nur bio, Tages-Anzeiger of 15.09.2022, available at <<https://www.tagesanzeiger.ch/die-zweitgroesste-krypto-waehrung-wird-oekologischer-652418632805>>; Fulterer Ruth, Ethereum löst auf einen Schlag sein Energieproblem. Das geht nicht ohne Risiko. Die sieben wichtigsten Fragen, NZZ of 29.08.2022, available at <<https://www.nzz.ch/technologie/der-merge-bei-ethereum-7-fragen-zum-gruenen-umbau-der-blockchain-ld.1695122>>.

⁴⁰ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, 47–390.

⁴¹ Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition of 6 October 1995 (CC 251; Status as of 1 January 2022).

I. The concept of “undertaking”

In competition law, various articles apply to “undertakings” (e.g. TFEU Title VII, Chapter 1, Section 1: Rules applying to undertakings). Art. 101 and 102 TFEU explicitly mention the undertakings. In Swiss competition law, Art. 2 para. 1 CartA clearly states the scope of the Act which “*applies to private or public undertakings* that are parties to cartels or to other agreements affecting competition, which exercise market power or which participate in concentrations of undertakings”.⁴² The structure of blockchain⁴³ inherently contains some implications on the concept of the undertaking. First, in a distributed ledger, which blockchain is a part of, one single party never has control over the whole structure. Further, the consensus mechanisms allow to make certain decisions within the blockchain. These two circumstances together raise concerns over who controls an economic entity and who is with which assets liable for actions taken by this economic entity, be it an undertaking or a firm.

The concept of undertakings in the context of blockchain has already been discussed in detail by *Schrepel* and *Lianos*.⁴⁴ It is especially important to also consider the “firm” besides defining the concept of “undertaking”. For this purpose, *Schrepel* has developed a theory of granularity. He distinguishes between different participants and defines a “nucleus”. According to *Schrepel*, the nucleus is “a group of participants [that] may achieve a form of control over the blockchain by collaborating, by circumventing (some of) the constraints imposed on them, and by changing them in the long run.”⁴⁵ Therefore, this nucleus should “become a legal fiction that can be liable for anticompetitive practices, but also able to claim damages.”⁴⁶ Hereinafter this view of *Lianos* and *Schrepel* related to the concept of undertaking is applied.

⁴² With emphasis added.

⁴³ See [section B.V.](#) Main characteristics of blockchain.

⁴⁴ *Schrepel*, *Blockchain + Antitrust*, 80 et seqq. with special focus on the “firm” (esp. 109 et seqq.); *Lianos Ioannis*, *Blockchain Competition*, Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series 4/2018, 77 et seqq. (cit. *Lianos*, *Blockchain Competition*).

⁴⁵ *Schrepel*, *Blockchain + Antitrust*, 123.

⁴⁶ *Schrepel*, *Blockchain + Antitrust*, 124; similarly, *Lianos*, *Blockchain Competition*, 79 et seq.

II. Market definition

1. Overview

The definition of the market requires a twofold approach: First, this section explains why a market definition is still necessary even though in the 2010s an increasing number of papers discussed the abandonment of market definition.⁴⁷ Then, the current state of market definition in the European Union and in Switzerland is described in order to demonstrate this article's approach to "blockchain markets".⁴⁸

When defining markets in the context of blockchain, the characteristics of this new infrastructure need to be considered. First of all, a distinction between public/private and permissionless/permissioned blockchains is necessary. Secondly, the type of validation on the blockchain plays an important role in delineating the market. Furthermore, when developing a market definition,

⁴⁷ Especially the papers by Kaplow were influential: Kaplow Louis, Market definition: impossible and counterproductive, *Antitrust Law Journal* 2013, 361 et seqq.; Kaplow Louis, Why (Ever) Define Markets?, *Harvard Law Review* 2010, 437 et seqq., 517 (cit. Kaplow, *Harv. L. Rev.* 2010); see also Pike Chris, Part I. Introduction and key findings, in: OECD (ed.), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paris 2018, 9 et seqq. (cit. Pike, Part I) stating "market definition is often unnecessary and can be counterproductive." (see Pike, Part I, 13); Smith Rhonda L./Duke Arlen, Platform business and market definition, *ECJ* 2021, 93 et seqq. (footnote 1 with further information; cit. Smith/Duke, *ECJ* 2021); Nazzini Renato, *Online Platforms and Antitrust: Where Do We Go From Here?*, *Italian Antitrust Review* 2018, 5 et seqq., 13 et seqq.; Schweitzer Heike et al., *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, Endbericht, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) Projekt Nr. 66/17, Düsseldorf 2018, 30 et seqq.; Podszun Rupprecht/Franz Benjamin, Was ist ein Markt? – Unentgeltliche Leistungsbeziehungen im Kartellrecht, *NZKart* 2015, 121 et seqq., 126; Crane Daniel A., Market Power Without Market Definition, *Notre Dame Law Review* 2014, 31 et seqq.; Zimmer Daniel, Differenzierte Produkte, nichtkoordinierte Effekte und das Upward Pricing-Pressure-Konzept: Wird die Marktabgrenzung in Fusionskontrollverfahren entbehrlich?, *WuW* 2013, 928 et seqq. with further information.

⁴⁸ In fact, a "blockchain market" per se does not exist. In the context of competition law, there is no such thing as one "blockchain market", one "digital market" or one "multi-sided market"; it is misleading to assume that there is a single, predetermined market for blockchain in general. Moreover, those terminologies might help to orient one towards a general description of a specific market structure. Once this is established, competition authorities are able to define markets for each case separately while considering all peculiarities of each market.

the authorities need to always assess the multi-layered architecture of the blockchain. Lastly, as a comprehensive and reoccurring topic, the general concept of blockchain must be reflected in the market definition.

2. Current state of market definition

According to *Kaplow* “the market definition process is incoherent as a matter of basic economic principles and hence should be abandoned entirely”.⁴⁹ *Kaplow* is, in particular, of the opinion that the market definition is useful in a market with homogenous products but useless if applied in redefined markets.⁵⁰ Furthermore, he argues that the market definition is the first step in antitrust proceedings which is used to assess the market share of a firm or undertaking. From this share, then, one (automatically) infers the degree of market power.⁵¹

This line of argumentation does not work in the context of European and Swiss law. While the market definition is a tool for determining market power, the authorities are still obliged to analyze the market position of the undertaking under investigation. This market analysis considers market shares but does not automatically infer any market power from it. Instead, the authorities also take the market structure (i.e., potential competition, barriers to entry), the company structure (i.e., economies of scale, technological lead) and the general market behavior into account.⁵² Even though extraordinary market shares are an indicator for market power in the European Union and in Switzerland,⁵³ their authorities only consider the market share among other

⁴⁹ Kaplow, *Harv. L. Rev.* 2010, 437.

⁵⁰ Kaplow, *Harv. L. Rev.* 2010, 441.

⁵¹ Kaplow, *Harv. L. Rev.* 2010, 439.

⁵² LMRKM Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, Loewenheim Ulrich et al. (eds.), 4th ed., Munich 2020, LMRKM Kartellrecht-Bergmann/Fiedler, Art. 102 marginal nos. 117 et seqq. (cit. LMRKM Kartellrecht-Editor). The dispatch of the Federal Council explicitly states that there is not a *numerus clausus* of possible factors to consider for the determination of market power, it rather is necessary to consider all specific circumstances of the individual case (Dispatch of the Federal Council on the Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition of 23 November 1994, *Swiss Federal Gazette* 1995 I 468 et seqq.).

⁵³ LMRKM Kartellrecht-Bergmann/Fiedler, Art. 102 marginal nos. 118 et seq. In Switzerland, the Federal Supreme Court of Switzerland states that high market shares are a strong indicator for market power but does not necessarily mean that there is no effective competition (TF 130 II 459 E. 5.7.2).

important factors. In the digital economy, in particular, the market share starts to lose importance because of the dynamic and innovative markets; this is not different in markets based on blockchain.

Therefore, the authorities of the European Union and of Switzerland still hold on to a market definition; their methods remained constant for decades and the market definition still is a prerequisite for analyzing market power. Both authorities usually consider the demand side substitutability and the SSNIP test. The former has even been codified in the Merger Control Ordinance (MCO), according to Art. 11 para. 3 lit. a MCO, “[t]he [relevant] product market comprises all those goods or services that are regarded as interchangeable by consumers on the one hand and by suppliers on the other hand.”⁵⁴

According to the demand side substitutability, products and services which are interchangeable based on their characteristics, the price level and the intended use belong to the same market. The focus is on the functional interchangeability of the goods from the point of view of the market counterparty. Price, quality, availability, consumer preferences and barriers to market entry must be considered.⁵⁵

The SSNIP test examines how consumers would react to a hypothetical, small but significant and non-transitory price increase of 5%-10%. If consumers switch to other goods or services, the next best substitute is also included in the analysis. Then it is again examined whether a hypothetical price increase of 5%-10% of these two goods or services would be profitable for the undertaking. If this is the case, these two goods form the relevant product market. This test is usually conducted until the price increase of the identified group of products or services would no longer lead to a switch to another product or service.⁵⁶

3. Market definition based on type of blockchain

One possible method of defining a market is by differentiating the various types of blockchain (e.g., having a market for public blockchain and a market for private blockchain). Especially the private blockchains can be of sig-

⁵⁴ Ordinance on the Control of Concentrations of Undertakings (MCO) of 17 June 1996 (CC 251.1; Status as of 1 January 2013).

⁵⁵ Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Amstutz Marc/Reinert Mani (eds.), 2nd ed. Basel 2022, BSK-Reinert/Wälchli, Art. 4 para. 2, marginal no. 102 (cit. BSK-Author); LMRKM Kartellrecht-Bergmann/Fiedler, Art. 102 marginal no. 38.

⁵⁶ BSK-Reinert/Wälchli, Art. 4 para. 2, marginal nos. 116 et seqq.; LMRKM Kartellrecht-Bergmann/Fiedler, Art. 102 marginal no. 41.

nificance for competition authorities because they could conduct anticompetitive practices by excluding certain users (in this context, comparisons to sporting associations may be appropriate). It is easily possible that – if a user is excluded from accessing the infrastructure of a blockchain – an infrastructure is regarded as essential facility if there are no suitable alternatives and the infrastructure can deny access. This issue, however, only concerns private and/or permissioned blockchains which are much less in use compared to public/permissionless blockchains.

Nevertheless, the distinction between these types of blockchain raises another question: Can a product or service be interchangeable if offered on opposing types of blockchain? Similar to online and offline markets, this question cannot be answered generally. Rather, one must conduct a “traditional” market definition (with demand side substitutability or the SSNIP test) to infer whether any two products or services (be it on public or private blockchain) are interchangeable. Therefore, it is theoretically possible that two products or services are interchangeable based on their characteristics, the price level, and the intended use even though one is on a public blockchain and the other is on a private blockchain. However, price, quality, availability, consumer preferences and barriers to market entry must also be considered. Consequently, the substitutability equally depends on the level of privatization of the blockchain.

4. Market definition based on block validation

The still limited literature on competition law in the context of blockchain suggests delineating markets based on block validation.⁵⁷ It is surprising that the authors assume separate markets based on consensus mechanisms without providing any explanation as to why.⁵⁸ Based on that assumption, they apply the SSNIP test to these “markets”. It is, however, questionable if those markets do even exist because of the difficulty to grasp the fact that a type of internal organization is being analyzed in these cases. As mentioned above, these consensus mechanisms are an inherent part of distributed ledgers (thus also blockchains) because of the lack of intermediaries and the need of trust

⁵⁷ Deuflhard Florian/Heller C.-Philipp, Defining Relevant Markets in the Crypto Economy, TechREG CHRONICLE February 2022, 1 et seqq., 4 et seqq. (cit. Deuflhard/Heller, Defining Relevant Markets).

⁵⁸ “The markets for the two consensus mechanisms are likely separate.” (Deuflhard/Heller, Defining Relevant Markets, 4).

towards the counterparties. Therefore, the consensus mechanisms do not provide any insight in interchangeability or – more generally – in competitive constraints.

The main goal of the market definition is to define the framework for the antitrust analysis. It aims to determining the competitive constraints concerning the undertaking under investigation. The competitive constraints, however, cannot be identified based on internal organizational structure. The consensus mechanisms can be compared to (internal) decision-making mechanisms in different types of undertakings (e.g., a voting in the general assembly of a shareholder company where they decide on internal matters without any influence to the market definition in competition law). In traditional competition law, one does not define markets based on the type of company (e.g., public stock company, limited company etc.). Competition authorities rather consider the economic activities of these undertakings and then decide that different types of companies belong to the same market. The same logic should apply to blockchains.

Therefore, it is not convincing to base market definition on block validation types.

5. Market definition based on the layers of the blockchain

As mentioned, blockchains use a multi-layered architecture. This architecture has important effects on the approach of market definition. For the purpose of a market definition, it is important to distinguish the different layers and identify the layer that is impacted.⁵⁹ Most likely, products and services on each layer are not interchangeable with products and services on other layers as they do not provide functional interchangeability and/or consumers could not change to a product or service on another layer.

a) *Market definition on the base layer*

The base layer of blockchain (in the context of DeFi, it is called the settlement layer) must be considered at the beginning. As explained above, the base layer provides the infrastructure on which everything relies on. In the case of blockchain, the base layer usually contains the used blockchain for the system, thus the base layer consists of the blockchain itself and the native protocol asset. Regarded as the foundation, everything bases on the Bitcoin network or Ethereum network (or any other network).

⁵⁹ See also Schrepel, *Blockchain + Antitrust*, 185.

This base layer of the blockchain can be compared to the infrastructure layer of the internet. The internet (or its infrastructure) can be seen as a network of networks that is linked together.⁶⁰ While competition authorities have dealt with a myriad of cases regarding the internet (more specifically based on the internet), the question of defining a market along the infrastructure never came up. The same thought process can be applied to the base layer of blockchain.

Even though there are different protocols and infrastructures of blockchain (as mentioned Bitcoin network, Ethereum network, but also Tezos network and others), they are mainly public blockchain networks.⁶¹ Similar to the internet infrastructure, these public and/or permissionless blockchain infrastructures do not present any problems.⁶² Therefore, at least for the time being, this base layer does not seem to pose any difficulties regarding market definition.

Even if the blockchain infrastructure is viewed as a platform, hence as its own ecosystem, it is questionable whether it may constitute its own market. Even with digital ecosystems, authorities tend to struggle when defining “ecosystem markets”, with good reasons. While at first sight, ecosystems might seem to be competing against each other, a general definition of ecosystem markets may lead to erroneous markets, especially when keeping in mind that the goal of the market definition is to consider competing, substitutable *products and services* from the point of view of the consumers. It is rare that consumers will consider whole ecosystems as interchangeable; they rather care about single products in an ecosystem.

A similar approach is necessary when analyzing blockchains. It is not reasonable to view whole blockchain infrastructures (or ecosystems) as general substitutes. In this case, it would be more accurate to investigate each application on the blockchain.⁶³

Another point of view is the qualification of a blockchain as a platform.⁶⁴ This approach has the advantage of being (comparatively) easy to understand as it bases its core logic on platform theories of digital businesses. According to Pike/Capobianco, blockchains “compete to attract both users and validators”

⁶⁰ Krol Ed/Hoffman Ellen S., FYI on “What is the Internet?”, May 1993, available at <<https://www.rfc-editor.org/rfc/rfc1462.html>>, 1 et seqq.

⁶¹ See [section B.III](#). Types of blockchain.

⁶² See [section B.III](#). Types of blockchain.

⁶³ See [section C.II.5.b](#)). Market definition based on the layers of the blockchain.

⁶⁴ Pike/Capobianco, OECD Blockchain Policy Series, 6; Hoffer Raoul/Mirtchev Kristina, Erfordert die Blockchain ein neues Kartellrecht?, Neue Zeitschrift für Kartellrecht 2019, 239 et seqq., 241 (cit. Hoffer/Mirtchev, NZKart 2019).

while the blockchain itself “should be seen as platform products”. As mentioned above, the blockchain is not a product nor does it intend to be one. The blockchain is just one type of distributed ledger that provides an infrastructure for new types of applications with self-regulation as described hereinafter.

Such a concept of self-regulation needs further explanation. According to Tombs, regulation ensures the absence of chaos. Without regulation, actors of society – or for that matter of any environment – tend to cheat. Therefore, regulation suppresses and avoids these actors or these behaviors;⁶⁵ self-regulation aims to do the same as governmental regulation with the difference that the decisions to self-regulate stem from the community itself. Self-regulation has several advantages: the rules created by the participants of a given community are fundamentally efficient, as they respond to real needs, reflect technology, and offer the possibility to flexibly adapt the legal framework to the changing environment. Since self-regulation is negotiated by the stakeholders involved, there is a high probability that such rules will be widely accepted.⁶⁶

On the blockchain, self-regulation is an integral part of the concept itself. The participants of any blockchain (and application on the blockchain) may – depending on the structure of the blockchain⁶⁷ and the content of the smart contract⁶⁸ – also regulate business decisions acting as something similar to the general assembly of a company (more specific as the shareholders of a company). Therefore, it is wrongful to treat a blockchain as a platform product; for that reason, this comparison is flawed.

Furthermore, the core idea of digital platforms is having the function of a central party, the so-called intermediary, while the whole structure of blockchains is based on the lack of intermediaries. Therefore, this comparison is misleading as well.

However, if ever a market definition on the base layer is necessary, the approach of Schrepel comes closest of being applicable. He identifies

⁶⁵ Tombs Steve, Understanding Regulation?, *Social & Legal Studies* 2002, 113 et seqq., 114.

⁶⁶ Weber Rolf H., Sectoral Self-Regulation as Viable Tool, in: Mathis Klaus/Tor Avishalom (eds.), *Law and Economics of Regulation*, Cham 2021, 25 et seqq., 26; Weber Rolf H., *Realizing a New Global Cyberspace Framework, Normative Foundations and Guiding Principles*, Zurich 2014, 27; similar basic principles are applicable to the blockchain as well.

⁶⁷ For detailed explanation of the structure of the blockchain, see [section B.V](#). Main characteristics of blockchain.

⁶⁸ See footnote 71 for further remarks on the smart contract.

substitutable blockchains on the demand side based on their nucleus.⁶⁹ While this method is possible, it may result in a too narrow view of markets. It is correct that the nucleus of a blockchain has to some extent control over the blockchain and may impose constraints on the blockchain. Even so, this should not be the approach when considering the whole infrastructure.

If authorities need to define markets on the infrastructure layer, it is important to find the opposite market side.⁷⁰ On the infrastructure layer, the opposite market side are the undertakings that seek the service of the infrastructure which is the use of the blockchain. All blockchain networks provide the same service – a blockchain. Here, a broader approach may be necessary because first of all, authorities need to decide whether blockchains and other distributed ledgers are interchangeable. As mentioned above, the special characteristic of blockchains is the chronological linkage of blocks which are connected by cryptographic hashes and constitute a unique and traceable chain. Other distributed ledgers may have fundamentally different structures which may not be favorable for certain use cases. Hence, depending on the exact use case, the substitutability of blockchains with other distributed ledgers needs to be evaluated.

Once this is determined, in a second step, the question of private/permissioned and public/permissionless blockchain arises. Here again, depending on the exact use case of the blockchain, it is possible that all types are substitutable. But if an undertaking (or a state) needs to use a specific type of blockchain to be able to hold control, only private or permissioned blockchains may be substitutes.

b) *Market definition on the application layer*

The actual challenge for a market definition on the blockchain is at the application layer that can remotely be compared to different websites on the internet (or even different applications on different “app stores”). An

⁶⁹ Schrepel, *Blockchain + Antitrust*, 130.

⁷⁰ Market definition is conducted from the perspective of the opposite market side (BSK-Reinert/Wälchli, Art. 4 para. 2, marginal no. 102; LMRKM Kartellrecht-Bergmann/Fiedler, Art. 102 marginal no. 35). The opposite market side often are the consumer, but depending on the perspective, the consumer may change.

application runs on the base layer and are a user-friendly interface that allow interaction with the smart contract⁷¹ and other protocols of the blockchain.

On the application layer, again, different distinctions are necessary. Firstly, only applications on one specific blockchain network may be substitutes. Then, one may view all applications on public or private blockchains as substitutes. Lastly, it is also possible to assume interchangeability of applications independent of the blockchain network they are based on (only based on their products or services).

The first approach needs to be rejected. It is not reasonable to narrow the substitutes of an application to its existence on any specific blockchain network. The reasoning here is twofold: Firstly, market delineation on the base layer usually only concerns the undertakings deciding on which blockchain network they are willing to build their application. Secondly, users of the applications are seeking the services of said application and not the blockchain the application is based on. Therefore, it is not right to discard all applications on other blockchain infrastructures from the very beginning without conducting any reasonable market definition.

The second approach is more intricate. While there is some truth in the fact that private/permissioned and public/permissionless blockchains may not be interchangeable to some users, this question usually regards the undertakings building their applications on a specific blockchain network. From the perspective of the end users, however, the actual product or service of the application itself is of importance. Therefore, private/permissioned and public/permissionless blockchains may be considered to the extent that they constitute an inherent part of their product or service. Hence, competition authorities should not delineate markets for applications just on the mere fact that they are built on private/permissioned or public/permissionless blockchains.

⁷¹ The smart contract is based on predetermined rules (if-then rules); if the smart contract is stored on the blockchain and a predefined scenario occurs, then the contract is automatically executed – according to the predetermined consequences. Therefore, the execution of the smart contract does not necessarily require a “common” consensus in the legal sense, but merely the occurrence of the predefined event (this event itself may require a consensus but does not have to). In this respect, smart contracts are not contracts in the legal sense, but programs that automate process flows on a blockchain and ensure the correct execution of contractual relationships (for further details, see Schär, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2021, 154; Schär Fabian/Hübner Philipp, Blockchain und Smart Contracts im Kontext der Prozessautomatisierung, in: Bruhn Manfred/Hadwich Karsten (eds.), *Automatisierung und Personalisierung von Dienstleistungen*, Berlin 2020, 297 et seqq., 305).

The last approach will be – in most cases – a suitable approach. Applications shall not be excluded in advance from the scope of the market definition because of the network they are based on or because of the type of blockchain they are part of.⁷²

When defining the market on the application layer, the demand side substitutability provides satisfying results. Here, comparisons to multi-sided markets⁷³ need to be prevented. While applications on the blockchain may provide similar services to applications on the digital economy, their fundamental structure is different. Applications in the digital economy are based on multi-sidedness with the application (or the platform) as the intermediary of the business. On the blockchain, this is logically not possible. Blockchains do not have any intermediary that is connecting two (or more) sides together. The blockchain, as a distributed ledger, is typically a public database distributed across multiple locations, countries, and institutions. Each computer interacting with the blockchain constitutes an own node that cannot be allocated to any side. Hence, the application itself, as a whole, needs other applications as substitutes which constitute the market.⁷⁴

On this level of market definition, the use of the SSNIP test is possible too. The approach of applying the SSNIP test on this layer of the blockchain can be situated between its applications on “traditional” markets and digital markets. On digital markets, the SSNIP test tends to meet problems with the small but significant and non-transitory *increase of price* because most of these services are free of charge. To overcome this issue, it has been suggested to have a SSNDQ test (small but significant and non-transitory *decrease of quality*)⁷⁵ or that “the SSNIP should be applied to the (weighted) average competitive price applicable to the particular platform business”.⁷⁶

Applications on the blockchain, however, are not fully comparable to these platform businesses; for competition authorities, it may even be easier to define markets for the application layer on the blockchain. The SSNIP test needs no adaptation of the method itself but only on where it is applied. The general use of an application is mostly free of charge on the blockchain,

⁷² Similarly, Pike/Capobianco, OECD Blockchain Policy Series, 6.

⁷³ To some extent Pike/Capobianco, OECD Blockchain Policy Series, 6.

⁷⁴ Not entirely matching, but with a similar thought process Pike/Capobianco, OECD Blockchain Policy Series, 6.

⁷⁵ Filistrucchi Lapo, Market Definition in Multi-Sided Markets, in: OECD (ed.), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, 37 et seq., 47 et seq.; Smith/Duke, ECJ 2021, 104 et seq.

⁷⁶ Smith/Duke, ECJ 2021, 104 et seq.

but as mentioned in the introduction, the blockchain can be seen as the internet of values. The blockchain focuses on digitally represented assets, their ownership, access to them, and transactions with these assets. The latter concept is the foundation to the other use cases. A digitally represented asset, its ownership, and access to it only is useful if a transaction proceeds them.

Therefore, any use of an application usually intends to conduct a transaction at some point. Hence, it is possible to assess the SSNIP test on said transactions. Depending on the blockchain network and the application that is being used, users need to pay a certain fee for such transaction, in most cases the native token of the application. These amounts are either measured at a percentage rate of the whole transaction or are a fixed amount. Here, the SSNIP test is applicable because a small but significant and non-transitory increase of price (here the price of each transaction) is very much possible.

Again, it is not reasonable to differentiate the applications based on the consensus mechanism.⁷⁷ The consensus mechanisms are in fact important for internal matters of each application, but this is usually of no importance to the users. The users seek the service (or product) of said application. As mentioned above, this can be compared to the internal structure of any given undertaking in the “traditional” markets. When deciding whether any two products (or services) are substitutes, it is not of any relevance whether the undertaking providing the product (or service) is a limited company or a public stock company. Similarly, it cannot be of importance whether decisions made on applications are based on proof of work or proof of stake, even if they are fundamental decisions on what product an undertaking should provide. It is possible that an application – based on the voting – decides to change its product (or service) which in return would lead to it not being part of said relevant market anymore. However, it is not necessary to exclude any application from the very beginning.

III. Market power

The way of determining market power has been discussed and questioned in the past. Because the calculation of market power is difficult, competition authorities usually use a two-step method. First, the relevant market is

⁷⁷ For the consensus mechanisms, see [section B.V.3](#).

defined, then the potentially dominant position is determined comparing all undertakings of that market.⁷⁸ Logically, a narrower market definition tends to have more powerful undertakings.

In traditional markets, the most common method of calculating market power is based on market shares. Market shares are therefore also the starting point for analyzing whether a company is dominant. However, market shares are not as indicative on the blockchain because of their special architecture and may not be used as a proxy. Especially when considering the first layer, market shares are not a useful tool of comparison because of the differences in the value of the concerned cryptocurrency of each blockchain.⁷⁹

1. Existing methods

As mentioned above, the market share is an important factor when ascertaining market power.⁸⁰ In the context of blockchain, it is not clear how an authority would calculate market shares. Several approaches seem to have emerged in the past which need further clarification.

One method examines market power based on the consensus mechanisms.⁸¹ *Hoffer/Mirtchev* suggest two different ways of identifying market power.⁸² According to their first method, market power on a blockchain based on proof of stake⁸³ could be measured by the ownership of the issued tokens, especially if one or several users have a high volume of ownership in view of the issued tokens.⁸⁴ While this approach is able to determine who has a say in said blockchain ecosystems, it does not reveal anything on market power. This fact is rather comparable to majority shareholders in a company acting in a “traditional” market. When determining whether a company has market power (and is abusing that power), competition authorities do not need to know whether someone has a majority stake in the company or not.

⁷⁸ See EGC, Judgment of 6 July 2000, Case T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180 – Volkswagen v Commission, marginal no. 230; see also ECJ, Judgement of 14 February 1978, Case 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 – United Brands v Commission, marginal no. 10; ECJ, Judgement of 21 February 1973, Case 6-72, ECLI:EU:C:1973:22 – Europemballage v Commission, marginal nos. 29–35.

⁷⁹ Similarly, Schrepel, *Blockchain + Antitrust*, 187.

⁸⁰ See [section C.II.2](#). Current state of market definition.

⁸¹ See [section B.V.3](#), for the consensus mechanisms.

⁸² *Hoffer/Mirtchev*, NZKart 2019, 244.

⁸³ For a detailed description of proof of stake, see [B.V.III.b](#).

⁸⁴ *Hoffer/Mirtchev*, NZKart 2019, 244.

As specified above, the indirect method of calculating market power determines the market power of different undertakings in one defined market. *Hoffer's* and *Mirtchev's* method, however, does not consider different undertakings in a defined market, but only examines the internal matters within a blockchain infrastructure (or application) which is of no interest for competition law.

According to these authors, the other way of establishing the domination of a relevant market is by evaluating the hashing power in a proof of work.⁸⁵ As they state correctly, there is a hypothetical chance of controlling a blockchain when a group of miners can control more than 50% of the hashing power. Consequently, miners would be able to control the consensus on a network. From that, they deduce market power through these miners.⁸⁶ However, this again does not establish any market power and just describes the circumstances within a blockchain infrastructure as it just concerns the internal matters of an undertaking (i.e., control of an undertaking). This method does not allow to compare any two undertakings for antitrust proceedings.

Therefore, these existing methods are impractical and do not grant any reliable insight on market power or dominant position of an undertaking in a defined market. Hence, it is necessary to provide an appropriate proxy or approach for calculating market power on the blockchain.

2. Alternative approach for the determination of market power on the blockchain

Because the market share cannot be used as a proxy when determining market power on the blockchain, another approach is necessary. One possible solution would be to establish market power through the number of participating nodes. As mentioned, blockchains consist of different nodes forming the distributed network.⁸⁷

One challenge of this method consists in the control over the nodes because in public/permissionless blockchains everybody is allowed to “connect” to the blockchain, i.e., to create an own node. In consequence, this situation allows to have “unused” nodes on the application. Therefore, plainly determining market power by the existing nodes does not provide satisfying results. While using

⁸⁵ For a detailed description of proof of work, see [B.V.III.a](#).

⁸⁶ Hoffer/Mirtchev, NZKart 2019, 244; further details on the 51% attack, see Weber, DLT-Handelsplattformen, 88.

⁸⁷ See [sections B.I](#). Terminology, [B.II](#). Fundamental objectives of blockchain, and [B.V.2](#). Decentralized structure without intermediaries.

nodes as a proxy for market power might have some advantages, authorities need to further investigate the exact behavior of these nodes, i.e., investigate their activity on the application (passive users generally do not provide any added value to the system). The activity of the nodes can be determined by different factors such as participation on consensus-building, participation on the blockchain, conducting transactions or even search queries where applicable.⁸⁸

Another interesting way of deducing the activity on a blockchain is by analyzing the hashing power spent for any one validation of a block. The faster a community is able to validate a block (thus the more hashing power they spend) the more active this community is. Hence, this blockchain (or application) usually also is more attractive than other competing blockchains (or applications).⁸⁹

Again, another way of calculating market power on a blockchain might be to rely on the number of transactions recorded on a blockchain (or application). This, however, may lead to inaccurate results because just a high number of transactions does not equal to high market power. This method needs to be combined with the volume of transactions conducted on said blockchain. Because the blockchain is regarded as the internet of values, the number of transactions combined with the volume of those transactions may provide valuable insight on market power. When considering the volume of a transaction, further problems may arise, especially the high fluctuation of the value of tokens⁹⁰ on the blockchain.⁹¹ There are, however, possibilities to circumvent this problem. Even though *Schrepel* also brings up the problem of high fluctuation, he disregards the fact that, when analyzing different blockchain structures, authorities do not necessarily need to convert the value of a token to fiat money. It is easily possible to calculate the value of tokens on the blockchain based on an “anchor token”. Then, there is a lot less fluctuation of the tokens under investigation and the analysis is kept in the blockchain environment without outside world influences.

Due to the fact that transactions are of great importance on the blockchain the generated revenue on the blockchain or the applications may also be one of many indicators on its market power.

⁸⁸ Similarly, *Schrepel*, *Blockchain + Antitrust*, 190; *Lianos*, *Blockchain Competition*, 86.

⁸⁹ *Lianos*, *Blockchain Competition*, 86.

⁹⁰ A token in the context of distributed ledgers is considered a digital representation of a good and can be traded like assets that are part of the underlying protocol.

⁹¹ See also *Schrepel*, *Blockchain + Antitrust*, 189.

In contrast to the already existing ways of determining market power on the blockchain, this method comprehensively captures the (economic) activity on a blockchain and not the internal organization of it. In addition, the activity of the nodes can compare different applications regardless of whether the investigated undertakings are based on a public/permissionless or private/permissioned blockchains.

D. Outlook

As two core elements of antitrust proceedings, market definition and market power have always been an object of competition law literature. This most probably will not change with the challenges of the blockchain developments. Even though this topic is still to be fully explored by informatics, business, law, and other scholars, it seems to be important to take first actions where possible.

Similar to the developments in the context of the regulation of financial markets, it remains to be seen what importance blockchain architecture will have for authorities. There has not been any antitrust case concerning the blockchain so far. Nonetheless, first discussions on this topic seem to show that a correct application of the already known (and with the digital developments expanded methods) usually appear to be able to seize the challenges faced with blockchain.

In view of market definition, this article suggests distinguishing between each layer of the blockchain architecture. The base layer is comparable to the infrastructure layer of the internet. As for the internet, the infrastructure layer usually is not part of antitrust proceedings. Authorities are more concerned with what happens on this infrastructure. Similarly, in the context of blockchain, authorities will most probably deal with applications that are created on said infrastructure. It is imperative that competition authorities do not differentiate from the very beginning between markets based on the blockchain network itself and markets based on the type of blockchain (public/permissionless or private/permissioned). When looking at the application layer, a market for the application as a whole can be constituted by applying the concept demand side substitutability. Furthermore, it is possible to define a market based on the SSNIP test as every application conducts a transaction. Such a transaction is coupled with a fee, be it at a percentage rate or a fixed amount, which can serve as the price that needs to be increased.

In the past, it has been suggested that market power may be calculated through ownership in tokens on a proof of work or control of more than 50%

on a proof of stake system. Both methods, however, do not provide sufficient knowledge on market power, but only on internal control of an undertaking which is of no relevance for competition law. Therefore, this article suggests determining market power through the activity of nodes in any blockchain network or application. The activity of nodes is a valuable indicator on active usage of the network or application.

As shown, there is no need to adapt the antitrust laws themselves because selectively adapting the approach to market definition and calculation of market power seems sufficient. This would also be in line with the desirability of making regulations technologically neutral when regulating DLT and blockchain law.

This article has not touched on various other problems regarding competition law in the blockchain environment which need further investigation. Once market definition and market power are established, authorities have to look at anti-competitive practices by undertakings. But in the context of blockchain, it is important to first acquire insights on what layer of the blockchain is of interest and on what exactly constitutes the undertaking (or on what this undertaking consists of). The theory of granularity lays the ground for that analysis.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

Christos V. Gortsos
The Economic and Monetary Union (EMU): status quo and way forward

AUSGABE:
03 | 2023



The Economic and Monetary Union (EMU): *status quo and the way forward**

Christos V. Gortsos**

Table of Contents

A.	Key Design Elements of the Economic and Monetary Union (EMU)	D 2
I.	On the Monetary Union	D 3
II.	On the Economic Union	D 5
B.	The Impact of the Four Major Crises During the Period 2007-2022	D 7
I.	The Global Financial Crisis (GFC)	D 7
1.	Recourse by the ECB within the Eurosystem to unconventional monetary policy measures	D 7
2.	The creation of the European System of Financial Supervision (ESFS) and the role of the ECB therein	D 8
II.	The fiscal crisis in the euro area	D 10
1.	Further quantitative easing by the ECB within the Eurosystem	D 10
2.	Strengthening the Economic Union – including regarding sovereign crisis management	D 12
3.	The creation of the Banking Union (BU) and its first main pillar involving the ECB	D 16
4.	A brief note on two significant soft law instruments of the Commission	D 17
III.	The pandemic crisis	D 18
1.	Monetary policy developments	D 18

* This article is an extended and fully updated version of the author's paper included in: Kellerhals/Baumgartner/Reber, European Integration Perspectives in Times of Global Crises, EIZ Publishing, 2023.

** Christos V. Gortsos is Professor of Public Economic Law at the Law School of the National and Kapodistrian University of Athens. During the Academic Year 2022-2023, he is Visiting Scholar at the Faculty of Law of the University of Zürich and Senior Fellow at the Collegium Helveticum. The main fields of his academic activity include international and EU monetary law, financial regulation, central banking law and institutional economics. Among his other academic and professional activities, he is also Vice-President of the Board of Appeal of the European Supervisory Authorities (ESAs) and President of the Academic Board of the European Banking Institute (EBI). During the academic year 2022-2023, he is Visiting Scholar at the Faculty of Law of the University of Zürich and Senior Fellow at the Collegium Helveticum in Zürich. The cut-off date for information included in this article is 28 February 2023.

2.	Key elements of the new (2021) monetary policy strategy of the Eurosystem	D 19
3.	Developments relating to the Economic Union	D 21
4.	The role of the ECB within the SSM	D 24
IV.	The current 'inflation crisis'	D 25
1.	The initial monetary policy decisions (July 2022)	D 25
2.	Consequent monetary policy decisions	D 26
C.	The Way Forward	D 29
I.	On the Monetary Union	D 29
1.	Expected developments in relation to the monetary policy stance	D 29
2.	Towards a central bank digital currency (CBDC) in the euro area	D 30
II.	On the Economic Union and fiscal policies in general	D 31
1.	Reform considerations	D 31
2.	In particular: the link between monetary and fiscal policies under the current high inflation conditions	D 33
III.	On the Banking Union: the 'unfinished' agenda	D 34

A. Key Design Elements of the Economic and Monetary Union (EMU)

The legal basis for the Economic and Monetary Union (EMU), which started operating on 1 January 1999, is set out in primary EU law: the Treaty on European Union (TEU), in more detail in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)¹ (jointly, the Treaties), and several Protocols annexed to them. Participation therein is confined to the Member States meeting specific economic and legal 'convergence criteria'.² The EMU is asymmetric by

¹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 202, 7 June 2016, pp. 13-45 and 47-200, respectively. The EMU was established by the Treaty of Maastricht of 7 February 1992 (Treaty on European Union, signed at Maastricht on 7 February 1992, OJ C 191, 29 July 1992, pp. 1-112), which was then embedded into the Treaty establishing the European Community (TEC) (Consolidated version, OJ C 321, 29 December 2006, pp. 47-200). For a detailed presentation of the road towards the EMU, see Bini-Smaghi, L./Padoa-Schioppa, T./Papadia, F., *The Transition to EMU in the Maastricht Treaty*, Essays in International Finance, No 194, Princeton University, 1994 Princeton, N.J.; and Issing, O., *The Birth of the Euro*, Cambridge University Press, 2008 Cambridge.

² TFEU, Articles 130-131 and 140(1). Those not meeting these criteria are referred to as 'Member States with a derogation'; they also include Denmark, the only (anymore) Member State with an opt-out clause from the monetary union under the conditions laid down in Protocol (No 16) (Consolidated version, OJ C 202, 7 June 2016, p. 287). Applicable to these Member States are Arts 139-144.

design (and remains so): whereas in the context of the monetary union the EU has exclusive competence (*inter alia*) in relation to monetary policy-related issues for the Member States participating therein, the same does not hold true in the context of the economic union, where (the other) economic policies remain national, the EU having a mere coordinating competence.³

I. On the Monetary Union

First, in the monetary union, which is undoubtedly the core of the EMU, a European System of Central Banks (ESCB) was established, consisting of the European Central Bank (ECB), which is an EU institution,⁴ and the national central banks (NCBs) of all Member States; part of that is the ‘Eurosystem’, composed of the ECB and the NCBs of the Member States whose currency is the euro.⁵ The basic tasks of the (ECB within the) Eurosystem, whose primary objective is to maintain price stability,⁶ include the definition and implementation of the single monetary policy;⁷ the conduct of foreign-exchange operations (single foreign-exchange policy);⁸ the holding and management

³ TFEU, Articles 3(1), point (c) and 5(1), respectively.

⁴ TEU, Article 13(1), second sub-paragraph, sixth indent.

⁵ TFEU, Article 282(1). The operation of the ECB, the ESCB and the Eurosystem is governed by the TFEU and the Statute of the ESCB and the ECB (hereinafter the ‘ESCB/ECB Statute’) (Consolidated version, OJ C 202, 7 June 2016, pp. 230–250). Article 14.3 of that Statute governs the relationship between the ECB and the NCBs of the Member States whose currency is the euro. It is noted that both the ESCB and the Eurosystem do not have legal personality. On the institutional aspects of the ECB, see Gortsos, *Ch. V., European Central Banking Law – The Role of the European Central Bank and National Central Banks under European Law*, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, Palgrave Macmillan, Cham – Switzerland, 2020 (Gortsos (2020)), pp. 245–278, with extensive further references; on the role of NCBs in the ESCB and the Eurosystem, see *ibid.*, pp. 188–194.

⁶ TFEU, Article 127(1), first sentence (*inter alia*).

⁷ Responsible for its formulation is the ECB Governing Council (GC), which must adopt Guidelines for the implementation of intermediate monetary objectives, key interest rates and the supply of reserves in the Eurosystem (ESCB/ECB Statute, Article 12.1, first sub-paragraph, second sentence).

⁸ This must be consistent with Article 219 TFEU. If the euro is freely floating in exchange-rate markets (as currently), this task is carried out by the Eurosystem in cooperation with the Council (as composed by the Ministers of the Member States whose currency is the euro, the ‘Eurogroup’) (Article 219(2)).

of Member States' official foreign reserves; and the promotion of payment systems' smooth operation.⁹

In this respect it is worth noting that price stability maintenance is the primary but not the exclusive objective of the Eurosystem. The TFEU¹⁰ clearly sets out that, without prejudice to this objective, the Eurosystem shall (also) support the “general economic policies in the EU” to contribute to the achievement of the EU objectives as laid down in Article 3 TEU, acting in accordance with the principle of an open market economy with free competition favouring an efficient allocation of resources (a statement of respect for market economics) and in compliance with the principles set out in Article 119(3) TFEU. On the other hand, the Eurosystem does not have a dual primary objective (as is the case with some other central banks, such as the US Federal Reserve System). This hierarchy of objectives implies that it can only pursue its secondary objectives if it has assured the primary one and must, thus, perform its tasks aimed at combatting inflation (or disinflation) and only if this is achieved at influencing growth, employment, environmental and other conditions.

Second, the general regulatory framework governing the monetary policy instruments includes a wide set of legal acts of the ECB, spearheaded by Guideline (EU) 2015/510 of 19 December 2014 “on the implementation of the Eurosystem monetary policy framework (General Documentation Guideline) (ECB/2014/60) (recast)”, as in force,¹¹ which, *inter alia*, governs the so-called ‘monetary policy operations’ (i.e., open market operations and standing facilities). The application of minimum reserves, i.e., the third category of instruments for the implementation of the single monetary policy, is governed by Council Regulation (EC) No 2531/1998 of 23 November 1998 “concerning

⁹ TFEU, Article 127(2). On these tasks, see Gortsos (2020), pp. 281-320, with extensive further references. In their conduct, the ECB enjoys a high degree of functional, personal, financial, and operational independence, albeit subject to accountability and transparency (*ibid.*, Articles 130, 282(3), third-fourth sentences, 283(2), third sub-paragraph and 284(3)). In respect to personal independence, see also the Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2019 in Joint Cases C-202/18 and 238/18, *Ilmārs Rimšēvičs and European Central Bank v Republic of Latvia* (ECLI:EU:C:2019:139). Similar provisions apply to the NCBS (their institutional independence being a key legal convergence criterion, TFEU, Article 131).

¹⁰ TFEU, Article 127(1), second sentence.

¹¹ OJ L 91, 2.4.2015, pp. 3-135; by end-February 2023, this legal act had been amended twelve times; the current consolidated version is available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02014O0060-20220708>>. The power of the ECB to adopt legal acts, in order to carry out the tasks conferred upon the ESCB/Eurosystem, is based on Article 132(1) TFEU and Article 12.1 ESCB/ECB Statute.

the application of minimum reserves by the [ECB],¹² and ECB Regulation (EU) 2021/378 of 22 January 2021 “on the application of minimum reserve requirements (recast) (ECB/2021/1),¹³ which further specifies the Council Regulation’s provisions.

Finally, the ECB has also been endowed with other tasks, such as the issuance of banknotes and coins denominated in euro (the single euro area currency¹⁴) and the contribution to the smooth conduct of policies pursued by the national authorities relating to the prudential supervision of credit institutions and the financial system’s stability.¹⁵ However, it is not acting as a lender of last resort to credit institutions established in the euro area. Such lending to solvent credit institutions exposed to severe liquidity problems is provided by the NCBs of the Member State in which they are incorporated under the conditions governing the Emergency Liquidity Assistance (ELA) Mechanism.¹⁶

II. On the Economic Union

The concept of the economic union, as defined in the TFEU,¹⁷ refers to the adoption of an economic policy which is based, *inter alia*, on the close coordination of Member States’ economic policies. Hence, unlike in the case of the monetary union, where a *single* currency and a *single* monetary and foreign policy have been envisaged, Member States’ economic policy (or, more

¹² OJ L 318, 27.11.1998, pp. 1-3; this is in force as amended by Council Regulation (EC) No 134/2002 of 22 January 2002 (OJ L 24, 26.1.2002, p. 1).

¹³ OJ L 73, 3.3.2021, pp. 1-15. This Regulation, which repealed ECB Regulation (EC) No 1745/2003 of 12 September 2003 (ECB/2003/9) on the same subject (OJ L 250, 2.10.2003, pp. 10-16), is in force as repeatedly amended (most recently by Regulation (EU) 2022/2419 of 6 December 2022 (ECB/2022/43), OJ L 318, 12.12.2022, pp. 7-8). The current consolidated version is available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02021R0378-20221221>>.

¹⁴ TFEU, Article 128. The euro is the currency of the EMU (TEU, Article 3(4) TEU) and is a single and not a common currency (TFEU, Article 119(2)), which substituted for the (former national) currencies of the Member States participating in the euro area at an *irrevocably* fixed rate (*ibid.*, Article 140(3)). Concurrently, the euro is the national currency of those Member States by virtue of national law.

¹⁵ *Ibid.*, Article 127(5); see indicatively Psaroudakis, G., The Scope of Financial Stability Considerations in the Fulfilment of the Mandate of the ECB/Eurosystem, *Journal of Financial Regulation*, Vol. 4, 2018, pp. 155-156.

¹⁶ The role of the ECB is delimited by Article 14.4 ESCB/ECB Statute; see Gortsos (2020), pp. 388-399, with extensive further references. On the economics of the monetary union, see De Grauwe, P., *Economics of Monetary Union*, 13th Edition, Oxford University Press, Oxford - New York, 2020.

¹⁷ TFEU, Article 119(1); see also Article 120.

precisely, dimensions thereof other than the monetary and foreign exchange policies, such as fiscal policy) was not “europeanised” and no Member State (even if having adopted the euro) lost autonomy in its conduct.¹⁸ However, this autonomy is significantly constrained by the institutional framework of the economic union, which is composed of provisions governing, *on the one hand*, the close coordination of Member States’ economic policies and, *on the other hand*, fiscal discipline. The latter consists of a procedure for monitoring excessive government deficits and of the imposition upon Member States of certain prohibitions with respect to the financing of their public expenses.¹⁹

One of the prohibitions introduced is the “no-bail-out-clause” under which the EU is neither liable for nor assumes the obligations of central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law or public undertakings of Member States; the same applies to the Member States.²⁰ These provisions are widely considered to constitute the institutional constraint for the issuance of so-called “Eurobonds” or “stability bonds.”²¹

¹⁸ A single economic policy, which would become an exclusive EU competence, as the monetary policy, when and if achieved, would mean that Member States would no longer enjoy, in essence, any degree of freedom in the conduct of their macroeconomic policy in general. Therefore, the decision for full economic unification in such form would have to be made along considerations for a genuine EU political integration.

¹⁹ TFEU, Articles 121 (on economic policy coordination) and 123-126 (fiscal discipline). The rules laid down in Articles 122 and 126 are further specified in Council Regulations (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies and (EC) No 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure (both of 7 July 1997 (OJ L 209, 2 August 1997, pp. 1-5 and 6-11, respectively) and as in force), which constitute the two pillars of the Stability and Growth Pact (SGP); see indicatively *Keppenne, J.-P.*, EU Fiscal Governance of the Member States: The Stability and Growth Pact and Beyond, in *Antenbrink, F. and Hermann, Ch.* (eds.): *Oxford Handbook on the EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, 2020 Oxford, Chapter 28, pp. 813-849.

²⁰ TFEU, Article 125(1), first and second paragraphs, respectively.

²¹ On the feasibility of introducing “Stability Bonds”, based on three alternative scenarios and a cost-benefit analysis, see the European Commission’s Green Paper on Stability Bonds of 23 November 2011 (COM(2011) 818 final), available at: <https://ec.europa.eu/economy_finance/articles/governance/2011-11-23-green-paper-stability-bonds_en.htm>. See also the European Parliament’s resolution of 15 February 2012 on the feasibility of introducing stability bonds (at: <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2012-46>>). Out of an extensive literature on this topic, see, by means of mere indication, *Ubide, Án.*, Stability Bonds for the Euro Area, Peterson Institute of International Economics, Policy Brief, Number P B 15-19, October 2015.

This institutional framework also contains provisions on “economic solidarity”.²² However, until the 2010 outbreak of the euro area fiscal/sovereign crisis, it did not govern the management of such crises in extreme-case scenarios as that.²³

B. The Impact of the Four Major Crises During the Period 2007-2022²⁴

I. The Global Financial Crisis (GFC)

1. Recourse by the ECB within the Eurosystem to unconventional monetary policy measures

The onset of the (2007-2009) GFC²⁵ showed that the key problem of concern to the ECB was not the risk of inflation but that of very low inflation (disinflation). Given that the GC had defined (since the start of the Eurosystem’ operation) price stability as a year-on-year increase in the Harmonised Index of Consumer Prices (HICP) for the euro area of below, *but close to*, 2%,²⁶ the fact that price levels remained persistently below this benchmark rendered necessary for the ECB, like other central banks in advanced (and not only) economies since the monetary policy cycle was synchronised around the world, to adjust its monetary policy to address the risks of low inflation.

In this respect, in order to bolster liquidity in the euro area economy, it gradually cut the rate for its main refinancing operations (MROs); extended the maturity of its longer-term refinancing operations (LTROs); provided liquidity in foreign currency, particularly in US dollars and yen; carried out massive

²² TFEU, Article 122.

²³ See on this further below, under [B.II.2.](#)

²⁴ This is a typical manifestation of a ‘permacrisis’, a term defined in the *Collins English Dictionary* as an extended period of instability and insecurity, especially one resulting from a series of catastrophic events.

²⁵ For an overview of the causes of this crisis, see Gortsos, Ch. V., *Fundamentals of Public International Financial Law: International Banking Law within the System of Public International Financial Law*, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes – Rechtswissenschaft, Nomos Verlag, 2012 Baden-Baden, pp. 127-130, with extensive further references.

²⁶ Under this quantitative definition, price stability “*shall be maintained over the medium term*” (a precondition for sustained growth). Its publication aims at building credibility for the strategy required to safeguard the efficiency of monetary policy and grant transparency. See also below (under [B.III.2.](#)) in relation to the ECB’s new monetary policy strategy.

purchases of covered bonds denominated in euro; and markedly broadened the pool of assets eligible by the Eurosystem as collateral in the conduct of its credit transactions in the context of its single monetary policy.²⁷ In addition, it decided to have recourse to quantitative easing (QE), namely to use 'unconventional' monetary policy instruments and mainly adopt and implement asset purchase programmes (APPs).²⁸

Its first APP was the covered bond purchase programme of 2 July 2009 (CBPP).²⁹ This was then followed, on 14 May 2010, by the Securities Markets Programme (SMP),³⁰ which was terminated in 2012, and pursuant to which the ECB could, upon a CG Decision purchase, *inter alia*, Member States' sovereign bonds in the secondary market. ECB purchases of such bonds in the primary market (that is, upon their issuance) is prohibited by the TFEU as part of the fiscal discipline framework.³¹

2. The creation of the European System of Financial Supervision (ESFS) and the role of the ECB therein

The scale and intensity of the GCF have also highlighted that price stability is not sufficient for financial stability and, thus the need to enhance the (then) existing EU regulatory and supervisory framework relating to the financial system. In this respect, on 25 February 2009, the High-Level Group on Financial Supervision in the EU, that was set up by the Commission and chaired by the France's former central banker Jacques *de Larosière*, submitted

²⁷ See details in Tuori, Kl., Monetary Policy (Objectives and Instruments), in: Amténbrink, F./Hermann, Ch. (eds.): *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, 2020 Oxford, Chapter 22, pp. 615-698, pp. 642-652.

²⁸ For an assessment, see Smits, R., A central bank in times of crisis: the ECB's developing role in the EU's currency union, in: Conti-Brown, P./Lastra, R.M. (eds.): *Research Handbook on Central Banking*, Research Handbooks in Financial Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK - Northampton, MA, 2018 USA, Chapter 10, pp. 184-207; European Central Bank, The ECB's monetary policy stance during the financial crisis, *ECB Monthly Bulletin*, January 2010, pp. 63-71; and Zilioli, Ch./Athanasios, Ph. L., The European Central Bank, in: Schütze, R. and Tridimas, T. (eds.): *Oxford Principles European Union Law - Volume I: The European Union Legal Order*, Oxford University Press, 2018 Oxford, Part III: Institutional Framework, Chapter 19, pp. 610-650, pp. 633-644.

²⁹ Decision of the ECB of 2 July 2009 on the implementation of the covered bond purchase programme (ECB/2009/16), 2009/522/EC, OJ L175, 4 July 2009, pp. 18-19.

³⁰ Decision of the ECB of 14 May 2010 establishing a securities markets programme (ECB/2010/5), 2010/281/EU, OJ L 124, 20 May 2010, pp. 8-9.

³¹ TFEU, Article 123(1).

a Report ('de Larosière Report'),³² which included specific recommendations which led to the creation of the 'European System of Financial Supervision' (ESFS) that became operational on 1 January 2011.

The ESFS, which applies to all EU Member States, consists of the three (so-called) European Supervisory Authorities (ESAs) and of the European Systemic Risk Board (ESRB), which has been tasked with the macroprudential oversight of the EU financial system to address systemic vulnerabilities.³³ In respect to the operation of the ESRB it was also decided to activate, for the first time, Article 127(6) TFEU, pursuant to which the Council may, by a unanimous Regulation, confer 'specific tasks' upon the ECB concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions³⁴ and other financial firms with the exception of insurance undertakings.³⁵ On the basis of this enabling clause, the ECB has been assigned specific tasks in the field of financial macroprudential oversight by a Council Regulation,³⁶ taking into account the close links between monetary and macroprudential policies.³⁷

³² Available at: <https://ec.europa.eu/commission_barroso/president/pdf/statement_20090225_en.pdf>. For an overview, see Ferrarini, G./Chiodini, F., Regulating cross-border banks in Europe: a comment on the de Larosière report and a modest proposal, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 4, 2009 Oxford University Press, pp. 123-140.

³³ Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board, OJ L 331, 15 December 2010, pp. 1-11 (as in force). On the ESFS, see indicatively Gortsos (2020), pp. 105-140.

³⁴ In EU banking law, 'credit institution' means (in principle) an undertaking the business of which is to take deposits or other repayable funds from the public and to grant credits for its own account.

³⁵ For an analysis of this provision, see Gortsos (2020), pp. 198-200.

³⁶ Council Regulation (EU) No 1096/2010 of 17 November 2010 conferring specific tasks upon the European Central Bank concerning the functioning of the European Systemic Risk Board, OJ L 331, 15 December 2010, pp. 162-164. On these specific tasks, see Gortsos (2020), pp. 371-373.

³⁷ The interaction between monetary policy and financial stability is well established; in the aftermath of the GFC, the aim of monetary policy remained price stability and macroprudential policies were tasked with the preservation of financial stability; see indicatively Lastra, R.M./Goodhart, Ch., Interaction between monetary and bank regulation, *Monetary Dialogue Papers*, European Parliament, September 2015, available at: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3d05d3ec-fcb9-11e6-8a35-01aa75ed71a1/language-en>>, pp. 37-54; and Viñals, J./Blanchard, O./Tiwari, S., *Monetary Policy and Financial Stability*, IMF Policy Paper, IMF, September 2015, available at: <<https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2015/082815a.pdf>>.

II. The fiscal crisis in the euro area

1. Further quantitative easing by the ECB within the Eurosystem

Following the onset of the fiscal crisis in the euro area in the spring of 2010,³⁸ several of the above-mentioned monetary policy measures were further strengthened: *first*, the rate for the ECB's MROs was further cut to 0% (a level held until July 2022³⁹), while the maturity of LTROs was further extended and their use increased exponentially; *second*, the interest rate on the deposit facility entered into negative territory; and *third*, the pool of assets eligible as collateral was further broadened. In addition, the ECB provided foreign currency liquidity to domestic credit institutions by currency swap lines through swap agreements with several third country central banks.⁴⁰ The ECB proceeded also to the first increase (duplication) of its capital from 5.76 billion euro to 10.76 billion euro.⁴¹

Furthermore, on 6 September 2012, the ECB *announced* by a Press Release its Outright Monetary Transactions (OMT) Programme consisting of purchases of

³⁸ On this crisis and the policy responses thereto, see *Shambaugh, J.C.*, The Euro's Three Crises, Brookings Papers on Economic Activity, Spring, The Brookings Institution, 2012, pp. 157-231, available at: <https://www.brookings.edu/~media/Projects/BPEA/Spring_2012/2012a_Shambaugh.pdf>; and *Hadjiemmanuil, Ch.*, The Euro Area in Crisis, 2008-18, in: *Antenbrink, F./Hermann, Ch.* (eds.): Oxford Handbook on the EU Law of Economic and Monetary Union, Oxford University Press, 2020 Oxford, Chapter 40, pp. 1253-1362 (*Hadjiemmanuil* (2020)) (also published in LSE Law, Society and Economy Working Papers 12/2019, available at: <<https://ssrn.com/abstract=3413000>>) (both with extensive further references). The author uses the term 'fiscal crisis' instead of the (more commonly used) terms 'debt crisis' and 'sovereign crisis' as more consistent with the fact that the Member States which, for different reasons each, were severely affected by this crisis (Greece, Portugal, Ireland, and Cyprus), were excluded from international interbank and capital markets and resorted to the (sovereign) lending of last resort facilities of the International Monetary Fund (IMF) and the newly built (during this crisis) EU facilities, violated the 'hard limit' (3%) deficit/GDP ratio laid down in primary EU law (TFEU, Article 126(2) and Article 1 of Protocol (No 12) "on the excessive deficit procedure", Consolidated version, OJ C 202, 7 June 2016, pp. 279-80).

³⁹ See below, under [B.IV.1](#).

⁴⁰ Available at: <https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/currency_swap_lines.en.html>. Such currency swap lines have traditionally been part of central banks' set of monetary policy instruments to fund market interventions, but in recent years have also become an important tool for preserving financial stability.

⁴¹ Decision of the European Central Bank of 13 December 2010 on the increase of the European Central Bank's capital (ECB/2010/26), 2011/20/EU, OJ L 11, 15 January 2011, p. 53.

sovereign bonds of individual euro area Member States without access to the markets to address the risks of a prolongation of the low-inflation period in the euro area; this was immediately after ECB President Draghi's statement that he would do "whatever it takes to save the euro".⁴² The programme has given rise to intense debate, culminating in an *ultra vires* review by the German Federal Constitutional Court (FCC), which rejected constitutional complaints against it, holding that a programme of unlimited bond purchases amidst a fiscal crisis in the euro area does not violate German law.

Even though the OMT programme was never activated (yet), several other corporate and sovereign bond purchase programmes were designed (included in the so-called 'expanded asset purchase programme') to enhance the transmission of monetary policy, facilitate the provision of credit to the economy, and contribute to returning inflation rates to levels below but close to 2% over the medium term, consistent with the ECB's primary objective. *Inter alia*, it included the public sector purchase programme (PSPP),⁴³ under which the ECB and NCBs purchase eligible marketable debt securities in secondary markets from eligible counterparties albeit under specific conditions. The validity of the related ECB Decision was also contested before the German FCC, which referred for a preliminary ruling to the CJEU.⁴⁴

⁴² Available at: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html>. On this Programme, see indicatively Hadjiemmanuil (2020), pp. 1333-1335 and Tuori (2020), pp. 665-675. The FCC's decision was based on the judgement of the Court (Grand Chamber) of 16 June 2015 in Case C-62/14, *Peter Gauweiler and others v Deutscher Bundestag* (ECLI:EU:C:2015:400), which did not raise objections as to the compatibility of OMTs with EU law. It ruled that the ECB may, under exceptional circumstances, support euro area Member States facing acute financing problems by purchasing their sovereign bonds, albeit under specific framework conditions.

⁴³ Decision (EU) 2015/774 of the European Central Bank of 4 March 2015 on a secondary markets public sector asset purchase programme (ECB/2015/10), OJ L 121, 14 May 2015, pp. 20-24. On this Programme, see Tuori (2020), pp. 675-686.

⁴⁴ The judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 December 2018 in Case C-493/17, *Weiss et al.* (ECLI:EU:C:2018:1000), found no factor of such a kind as to affect the validity of the ECB Decision. However, in its judgement of 5 May 2020 (BVerfG, Judgment of the Second Senate, 2 BvR 859/15) the FCC declared the CJEU's judgement in the *Weiss Case* and the contested ECB Decisions *ultra vires* as having violated EU law by failing to correctly apply the proportionality principle, and not applicable in Germany (see on this, out of a vast existing literature, D'Ambrosio, R./Messineo, D., *The German Federal Constitutional Court and the Banking Union*, *Quaderni di Ricerca giuridica*, No. 21, March 2021, available at: <<https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2021-0091/index.html>>). On 2 December 2021, the Commission decided to close the infringement procedure against Germany (initiated earlier that year) concerning this FCC judgment.

2. Strengthening the Economic Union – including regarding sovereign crisis management

The euro area fiscal crisis revealed weaknesses in relation to the then existing institutional framework governing the Economic Union, which did not contain any provisions for the management of such crises. In view, however, of the urgency to deal with the Greek fiscal crisis in April 2010 and the need to provide Greece with financial support (as it could no longer refinance its debt in capital markets), it became necessary to establish, for the first time, a mechanism for the management of such crises, given also that the ‘no-bail-out clause’⁴⁵ does not allow the direct refinancing of Member States’ debt by the other Member States or the EU. Under these conditions, on 11 May 2010, the Council established a European Financial Stabilisation Mechanism (EFSM), endowed with 60 billion euro.⁴⁶

However, that (last resort) solution was not credible and sustainable; hence, in June 2010, the euro area Member States signed an intergovernmental treaty (agreement) outside the EU framework which established the European Financial Stability Facility (EFSF).⁴⁷ The establishment of a permanent mechanism was then the next (necessary) step. Since, however, this required amendment to the TFEU, on 25 March 2011, the European Council adopted a Decision amending Article 136.⁴⁸ On that (solid legal) basis, on 2 February 2012,⁴⁹ a new intergovernmental treaty was signed establishing the European

⁴⁵ TFEU, Article 125(1); see also above, under [A.II](#).

⁴⁶ Council Regulation (EU) No 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilisation mechanism, OJ L 118, 12 May 2010, pp. 1-4. This legal act was adopted on the basis of Article 122(2) TFEU (on “economic solidarity”).

⁴⁷ Use was immediately made by Greece and then by Ireland (in 2010 as well) and by Portugal (in April 2011).

⁴⁸ European Council Decision of 25 March 2011 amending Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro, 2011/199/EU, OJ L 91, 6 April 2011, pp. 1-2.

⁴⁹ Following the Euro Summit of 26 October 2011, the process of depreciation of the nominal value of the Greek government bonds was initiated. This was based on the restructuring of its debt with the participation of the private sector through the application of collective action clauses (Private Sector Involvement, PSI) and was completed on 14 March 2012. For the key terms of the PSI, see *Hadjimannuil (2020)*, pp. 1318-1321. In relation to the PSI programme, and in particular on compensation for the damage allegedly suffered by the applicants (holders of Greek government bonds) following its implementation due to the conduct and actions of, in particular, the European Council, the Council, the Commission and the ECB, see the judgment of the General Court of 9 February 2022 in Case T-868/16, *QI and Others v European Commission and European Central Bank* (ECLI:EU:T:2022:28), which dismissed the application in its entirety.

Stability Mechanism (ESM) as an international financial institution, which succeeded the EFSF; that Treaty became operational in October 2012.⁵⁰

In addition, the fiscal crisis rendered necessary the strengthening of the framework for economic policy coordination and fiscal discipline. In this context, based on the work carried out (in March 2010, even before the onset of the Greek crisis) by the Task Force on Economic Governance, which was chaired by the (then) President of the European Council Herman Van Rompuy, on 29 September of that year the Commission presented a legislative package on a comprehensive strengthening of economic governance in the EU, without amending the TFEU. This package included proposals for five Regulations and one Directive (“six-pack”) in two thematic areas: the revision and strengthening of the Stability and Growth Pact (SGP);⁵¹ and the effective prevention and correction of excessive macroeconomic imbalances in the EU and the euro area, as well as repressive measures to correct excessive macroeconomic imbalances in the euro area. These legislative acts were adopted in 2011.

Furthermore, on 1 January 2013, the intergovernmental “Treaty on Stability, Coordination and Governance in the [EMU]” (TSCG) entered into force (also known as the “Fiscal Pact”).⁵² Its objective is to further enhance the commitment made by the euro area Member States to comply with the TFEU provisions on fiscal discipline by application of a “balanced budget rule” and by anchoring into their legal orders the commitment to support the proposals of the Council and the Commission at every stage of the excessive deficit

⁵⁰ The consolidated version of the ESM Treaty, which is currently under revision, is available at: <<https://www.esm.europa.eu/legal-documents/esm-treaty>>. Cyprus was the first Members State (in 2013) to directly resort to the ESM. On the validity of Decision 2011/199/EU and the right of a Member State to conclude and ratify the ESM Treaty even before the entry into force of that Decision, see the judgement of the Court (Full Court) of 27 November 2012 in Case C-370/12, *Thomas Pringle v Government of Ireland* (ECLI:EU:C:2012:756).

⁵¹ See above, under [A.II](#).

⁵² The text of this Treaty is available at: <<https://www.consilium.europa.eu/media/20383/st00tscg26-cl-12.pdf>>. See in this regard Craig, P., *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2012 (also available at: <<https://ssrn.com/abstract=2115538>>) and Hadjiemmanuil (2020), pp. 1294-1298.

procedure.⁵³ This was followed, on 21 May 2013, by the adoption of two Regulations of the European Parliament and the Council concerning euro area Member States: Regulation (EU) No 472/2013 “on strengthening economic and fiscal surveillance of Member States in the euro area experiencing or threatened with serious difficulties with respect to their financial stability”; and Regulation (EU) No 473/2013 “on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary programmes and ensuring the correction of excessive deficit of the Member States in the euro area.”⁵⁴ Finally, on 21 October 2015, the Commission adopted Decision (EU) 2015/1937 “establishing an independent advisory European Fiscal Board”,⁵⁵ which is called upon to contribute, in an advisory capacity, to the Commission’s tasks regarding multilateral fiscal surveillance (as set out in Articles 121, 126 and 136 TFEU), with specific reference to the euro area.⁵⁶

TABLE 1:		
The sources of existing secondary EU law governing the Economic Union		
Legal act	Legal basis	Object
A. Coordination of economic policies		
1. Legal acts concerning all Member States		
Regulation 1466/97 – amended by Re- gulations 1055/ 2005 and 1175/2011	Article 99(5) TEC (Article 121(6) TFEU)	Strengthening the surveillance of the budgetary situation and the surveillance and coordination of economic policies
Regulation 1176/ 2011	Article 121(6) TFEU	Prevention and correction of excessive macro-economic imbalances

⁵³ This procedure is set out in Article 126 TFEU. On the economic union after these developments, see indicatively *Fabbrini, F.*, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford Studies in European Law, Oxford University Press, 2016 Oxford; and the relevant contributions in: *Amttenbrink, F./ Herrmann, Ch.* (eds.): *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, 2020 Oxford.

⁵⁴ OJ L 140, 27.5.2013, pp. 1-10 and 11-23, respectively. These Regulations were adopted on the basis of Articles 136 and 121(6) TFEU.

⁵⁵ OJ L 282, 28.10.2015, pp. 37-40. This Decision, whose legal basis is the Treaties (in general), was amended by Decision (EU) 2016/221 of 12 February 2016 (OJ L 40, 17.2.2016, p. 15).

⁵⁶ Decision (EU) 2015/1937, Article 2(1). For an overview of the EU law governing the Economic Union, see Table 1 just below; some of the Regulations referred to therein were adopted by the European Parliament and the Council, while some others (as well as Directive 2011/85/EU) by the Council only.

2. Legal acts concerning only euro area Member States		
Regulation 1173/ 2011	Articles 136 and 121(6) TFEU	Effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area
Regulation 1174/ 2011		Repressive measures to correct excessive macro-economic imbalances in the euro area
Regulation 472/ 2013		Strengthening economic and budgetary surveillance of euro area Member States experiencing or threatened with serious difficulties with respect to their financial stability
Regulation 473/ 2013		Monitoring and assessing draft budgetary programmes and ensuring the correction of excessive deficits of euro area Member States
B. Fiscal discipline		
1. Legal acts relating to the excessive deficit procedure		
Regulation 1467/97 – amended by Regulations 1056/2005 and 1177/2011	Article 104(14) TEC (Article 126(14) TFEU)	Excessive deficit procedure
Regulation 479/ 2009	Article 126(14) TFEU	Implementation of Protocol (No 12) on the excessive deficit procedure
Directive 2011/85/ EU		Requirements for Member States' budgetary frameworks
2. Legal acts concerning prohibitions in the context of budgetary discipline		
Regulation 3603/ 93	Article 103(2) TEC	Definition of concepts for the application of Articles 123/125 TFEU
Regulation 3604/ 93	Article 104(2) TEC (Article 125(2) TFEU)	Definition of concepts for the application of Article 124 TFEU
The Commission published a Compendium, in two volumes, of all the (basic) legal instruments relating to EMU, which in relation to economic union is exhaustive (available at: < https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economyfinance/compendium_part_1_en.pdf >, and < https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/compendium_part_2_en_0.pdf >)		

3. The creation of the Banking Union (BU) and its first main pillar involving the ECB

The creation of a European Banking Union (BU) in 2013 was dictated by the policy consideration that it was essential “to break the vicious circle between banks and sovereigns” amidst the euro area fiscal crisis.⁵⁷ The BU, and in particular its first main pillar, the Single Supervisory Mechanism (SSM), in which the ECB is the hub, is closely linked to the EMU.⁵⁸ The legal basis of this Mechanism is (the above-mentioned⁵⁹) Article 127(6) TFEU, which was re-activated in 2013, when the Council adopted the Regulation establishing the SSM (SSMR).⁶⁰ By virtue of this legislative act, which applies mainly (but not exclusively) to the euro area Member States,⁶¹ ‘specific tasks’ were conferred upon the ECB concerning policies relating to the prudential supervision of

⁵⁷ Euro Area Summit Statement, 29 June 2012, first para., first sentence (available at: <https://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/131359.pdf>).

⁵⁸ On the interaction between monetary policy and banking supervision, see indicatively Eijffinger, S./Nijsskens, R., Monetary Policy and Banking Supervision, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, 2012, available at: <<https://www.europarl.europa.eu/studies>>; and Beck, T./Gros, D., Monetary Policy and Banking Supervision: Coordination Instead of Separation, CEPS Policy Brief No. 286, 2013, available at: <<https://ssrn.com/abstract=2189364>>.

⁵⁹ See above, under [B.I.2](#).

⁶⁰ Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, OJ L 287, 29 October 2013, pp. 63-89. It is noted that, like the ESCB and the Eurosystem, the SSM does not have legal personality either. The BU project contains two further main pillars: the Single Resolution Mechanism (SRM), established by Regulation (EU) No 806/2014 of the co-legislators of 15 July 2014 (OJ L 225, 30 July 2014, pp. 1-90 (as in force), SRMR) – in which the hub is the Single Resolution Board (SRB); and the (still missing) European Deposit Insurance Scheme (EDIS), the perspective of which was set out in the ‘Five Presidents Report’ of 22 June 2015 “Completing Europe’s [EMU]” (at: <https://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_en.pdf>); on this aspect, see also below, under [C.III](#). On the BU as in force, see details, *inter alia*, in the (article-by-article) Commentary of the SSMR and the SRMR by Binder, J.-H./ Gortsos, Ch.V./ Lackhoff, K./Ohler, Ch. (eds.): Brussels Commentary on the Banking Union, C.H. Beck, 2022 München – Hart Publishing, Oxford – Nomos, Baden-Baden.

⁶¹ By virtue of Article 7 SSMR, a non-participating Member State can join the SSM as from the date of entry into force of an ECB decision on close cooperation. This was the case for Bulgaria and Croatia, which joined in 2020. It is noted, however, that since 1 January 2023 Croatia has joined the euro area becoming its 20th Member State; see Council Decision (EU) 2022/1211 of 12 July 2022 “on the adoption by Croatia of the euro on 1 January 2023”, adopted on the basis of Article 140(2) TFEU (OJ L 187, 14.7.2022, pp. 31-34).

credit institutions (and some other categories of supervised entities) with a view to contributing to the safety and soundness of credit institutions and the stability of the financial system.⁶² Since November 2014, these specific tasks are, in principle, carried out for the Member States participating in the BU *directly* by the ECB for significant credit institutions and by national competent authorities (NCAs) for less significant ones (within the SSM).⁶³

Taking, thus, into account the significant institutional developments in 2010 and 2013, the role of the ECB has been substantially enhanced. Apart from being a monetary authority within the Eurosystem and exercising the basic and other tasks set out in the TFEU,⁶⁴ the ECB has also been assigned specific tasks in relation to financial macroprudential oversight within the ESFS, as well as specific banking supervisory tasks within the SSM.

4. A brief note on two significant soft law instruments of the Commission

Of particular interest in relation to the further deepening of the EMU – including the BU – towards the end of that period was the Commission “Reflection Paper” of 31 May 2017.⁶⁵ The conclusions therein were then reinforced in the Commission Communication of 6 December 2017 “Further steps towards completing Europe’s [EMU]: A roadmap”,⁶⁶ which outlined a comprehensive package of proposals to strengthen the EMU – including the BU and – this time as well – the Capital Markets Union (CMU),⁶⁷ i.e., the two pillars of a ‘Financial Union’.

⁶² SSMR, Article 1, first sub-paragraph. This objective is apparently different from the primary objective of the Eurosystem, i.e., maintaining price stability.

⁶³ The determination of supervised entities as significant, is made in accordance with Article 6 SSMR and Articles 39-72 of the SSM ‘Framework Regulation’ of the ECB of 16 April 2014 (ECB/2014/17, OJ L 141, 14 May 2014, pp. 1-50). See on this also the judgment of the General Court of 16 May 2017 in Case T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank v European Central Bank* (ECLI:EU:T:2017:337). It is noted that the specific tasks relating to the authorisation and the withdrawal of authorisations of credit institutions, as well as the assessment of acquisitions of qualifying holdings therein are carried out by the ECB even for less significant ones (‘common procedures’).

⁶⁴ See above, under [A.I](#).

⁶⁵ At: <https://ec.europa.eu/commission/publications/reflection-paper-deepening-economic-and-monetary-union_en>.

⁶⁶ COM(2017) 821 final.

⁶⁷ On the initial stage of the CMU, see, by means of mere indication, the various contributions in Busch, D., Avgouleas, E. and G. Ferrarini (editors): *Capital Markets Union in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2018.

III. The pandemic crisis

1. Monetary policy developments

At the outbreak of the pandemic crisis, it was reasonably expected that economic activity across the euro area would inevitably suffer a considerable contraction. Under this consideration, the ECB adopted, since early 2020, profound liquidity-supporting measures, aimed at preserving the smooth provision of credit to the economy in order to counter the serious risks to the euro area economic outlook *and* at ensuring that all its sectors would benefit from supportive financing conditions to absorb the implications of the pandemic. They were designed with a view to ensuring the Eurosystem's primary objective of price stability and the proper functioning of the monetary policy transmission mechanism and included: *first*, amendments to some ECB legal acts governing the general monetary policy framework of the Eurosystem and the introduction of the so-called pandemic emergency longer-term refinancing operations (PELTROs); *second*, the introduction of a new and separate Asset Purchase Programme, the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP) and amendments to some pre-existing APPs; and *third*, introduction of the Eurosystem repo facility for central banks and reactivation of swap lines with several third country central banks.⁶⁸

⁶⁸ On all these measures, see, by means of mere indication, Gortsos, Ch. V., Legal Aspects of the Single Monetary Policy in the Euro Area: From the establishment of the Eurosystem to the Pandemic Crisis and the Current Inflation Crisis, Fifth fully updated edition, February 2023 (Gortsos (2023)), available at: <<https://ssrn.com/abstract=3819726>>, pp. 57-65 and Zilioli, C./Riso, A.L., The response of central banks to the COVID-19 crisis: legal aspects of the ECB's monetary policy measures, in: Blair, W./ Zilioli, Ch./ Gortsos, Ch. V. (eds.): International Monetary and Banking Law in the post COVID-19 World, Oxford University Press, 2023 Oxford, Chapter 3 (forthcoming).

The key interest rates on the MROs, the marginal lending facility, and the deposit facility, which had been set by the ECB, with effect from 18 September 2019, at 0%, 0.25% and -0.50% respectively, remained unchanged.⁶⁹

2. Key elements of the new (2021) monetary policy strategy of the Eurosystem

In July 2021, amidst the pandemic crisis (but not directly related to it), the GC of the ECB concluded its most recent review of the Eurosystem's monetary policy strategy.⁷⁰ The new strategy set out the means to achieve its primary objective to maintain price stability in the euro area, with reference to an appropriate set of monetary policy instruments, indicators, and intermediate targets, while also taking into account other considerations – without prejudice to price stability. In this respect, the GC considered that price stability is still best maintained by aiming for a 2% 'symmetric' inflation target over the medium term ('inflation targeting' meaning the achievement of a specific (usually low) inflation rate both in the short and in the medium term);

⁶⁹ After a prolonged period of persistently low interest rates (a 'liquidity trap' situation in the jargon of Keynes), which lasted even longer due to the pandemic, a major policy challenge was to limit the financial excesses resulting from accommodative monetary policies, by managing the resulting negative financial impact to avoid repeating one of the main causes of the GFC (on the causes and consequences of persistently low interest rates, see indicatively Blanchard, O./Summers, L.H., Rethinking Stabilisation Policy: Evolution or Revolution?, in: Blanchard, O./Summers, L.H. (2019, eds.): Evolution or Revolution? – Rethinking macroeconomic policy after the great recession, Peterson Institute for International Economics (PIIE), The MIT Press, Cambridge, Massachusetts – London, 2019 England, Introduction, pp. xi-xliii, pp. xxviii-xxvi). *Inter alia*, a territory of negative rates has significant negative impact on credit institutions' profitability usually facing (legal or business-related) limitations on passing on negative rates to their retail (in particular) depositors (see Schnabel, Is., Going negative: the ECB's experience, 26 August 2020, available at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200826-77ce66626c.en.html>>). In its Report "Lower for longer – macroprudential policy issues arising from the low interest rate environment" of 1 June 2021, the ESRB identified several areas of concern for the euro area owing to this environment and quite interestingly remarked that the pandemic may have increased the likelihood and persistence of a "low for long" scenario, making it "even lower for even longer" (see at: <<https://www.esrb.europa.eu/news/pr/date/2021/html/esrb.pr210601-b459ba44ca.en.html>>). As a matter of fact, however, this has not been the case (see below, under B.IV.1).

⁷⁰ Available at: <https://www.ecb.europa.eu/home/search/review/html/ecb.strategy_review_monpol_strategy_overview.en.html>. The previous strategy review was conducted in 2003. On the 2019 US Federal Reserve's (quite comparable) review of its own monetary policy framework, see at: <<https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/review-of-monetary-policy-strategy-tools-and-communications.htm>>.

hence, both negative and positive deviations of inflation from that target are considered as equally undesirable. To maintain this symmetry, persistent monetary policy action is required to avoid negative deviations from the inflation target becoming firmly established and unlikely to change, eventually including a *transitory* period in which inflation is moderately above target (since short-term deviations, as well as lags and uncertainty in the transmission of monetary policy to the economy and to inflation are inevitable).

Taking as a given the ECB's commitment to set its monetary policy to ensure that inflation stabilises at its 2% target in the medium term, the set of key ECB interest rates remains the primary monetary policy instrument, but other instruments such as APPs and LTROs will continue to be used, as appropriate, as well. In addition, even though the HICP remains the appropriate measure for assessing price stability, account will be also taken of inflation measures that include initial estimates of the cost of owner-occupied housing to supplement broader inflation measures. Furthermore, monetary policy decisions, as well as the evaluation of their proportionality and potential side effects, will continue to be based on an integrated assessment of all relevant factors, which builds on the interdependent economic and monetary/financial analyses. For the sake of transparency, the communication of these decisions will be adapted to reflect the revised monetary policy strategy, complemented by layered and visualised versions of monetary policy communication⁷¹ towards the wider public to ensure public understanding of and trust in the actions of the ECB.

The decision to incorporate climate change considerations into the policy framework due to the profound implications of this change for price stability⁷² was also significant. In this respect, as part of the "Climate Action Plan" of 8 July 2021⁷³ and on the basis of the detailed "Roadmap of climate change-related actions" annexed thereto, the GC announced on 4 July 2022 its decision

⁷¹ See Lastra, R.M./Dietz, S., Communication in monetary policy, Monetary Dialogue Papers, European Parliament, February 2022, available at: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/244613/1_LASTRA-DIETZ.pdf>.

⁷² See Grünewald, S., The ECB's response to the COVID-19 crisis and its role in the green recovery, in: Gortsos, Ch. V./Ringe, W. G. (eds.): Financial stability amidst the pandemic crisis: on top of the wave, European Banking Institute (EBI), 2021, e-book, Chapter 8, pp. 263-286, available at: <<https://ssrn.com/abstract=3877946>>.

⁷³ Available at: <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.pr210708_1-f104919225.en.html>; see Zilioli, Ch., The New ECB Monetary Policy Strategy and the ECB's Roadmap of Climate Change-related Actions, EU Law Live Weekend Edition No 67, 17 July 2021, pp. 2-6, available at: <<https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no67>>.

to take further steps to include climate change considerations in the monetary policy framework.⁷⁴ The concrete measures decided are designed in full accordance with the Eurosystem's primary objective, the aim to better take into account climate-related financial risk in its balance sheet and, with reference to the secondary objective, support the green transition of the economy in line with the EU's climate neutrality objectives, and provide incentives to companies and financial firms. These measures, which will be regularly reviewed and, if necessary adapted, relate to corporate bond holdings, the collateral framework, climate-related disclosure requirements for collateral, as well as enhanced risk assessment tools and management.⁷⁵

3. Developments relating to the Economic Union

The basic principles for the measures taken in the EU at the level of budgetary policy implementation during the pandemic were five: *first*, flexibility in the application of financial and EU competition rules,⁷⁶ and in the use of the EU budget; *second*, a mix of targeted and horizontal fiscal measures; *third*, differences in time horizon: short-term (during the crisis) *versus medium* and long-term measures and instruments; *fourth*, flexibility in the implementation and reactivation of existing mechanisms and measures; and *finally*, the creation of selected new instruments and funds.⁷⁷ In this respect, and *inter alia*, the following is worth noting:

⁷⁴ Available at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.pr220704~4f48a72462.en.html>>. For an overview of this issue, see Ramos Muñoz, D. and E. Cerrato Garcia, Central banks in the Fight against Climate Change: the New Variable in the Equation, EU Law Live Weekend Edition No 128, 28 January 2023, pp. 6-13, available at: <<https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no128>>.

⁷⁵ For a detailed presentation of the new strategy, see indicatively Reichlin, L./Adam, K./McKibbin, W.J./McMahon, M./Reis, R./Ricco, G./Weder di Mauro, C., The ECB strategy: The 2021 review and its future, CEPR, CEPR Press, September 2021 (also available at: <<https://voxeu.org/content/ecb-strategy-2021-review-and-its-future>>); and Zilioli (2021). The next assessment of the appropriateness of the ECB monetary policy strategy is expected in 2025.

⁷⁶ This is the context of the Commission Communication of 20 March on a Temporary framework for State aid measures to support the economy during the current COVID-19 outbreak (OJ C 91 I, 20.3.2020, pp. 1-9). This Communication has been amended several times.

⁷⁷ For a detailed analysis of the initial measures taken, see Hadjiemmanuil, Ch., European economic governance and the pandemic: Fiscal crisis management under a flawed policy process, in Gortsos, Ch.V. and W.G. Ringe (2020, editors): *Pandemic Crisis and Financial Stability*, European Banking Institute (EBI), e-book, Chapter 6, pp. 175-243, available at: <<https://ssrn.com/abstract=3607930>>.

First, immediately after the outbreak of the pandemic crisis, the Commission adopted on 20 March 2020 a Communication “on the activation of the general escape clause of the Stability and Growth Pact”,⁷⁸ assessing that the conditions for the use of this clause of the EU fiscal framework, namely the existence of a serious economic disturbance in the euro area or the EU as a whole, were fulfilled.⁷⁹ In particular, in times of severe economic disturbance in the euro area or in the EU as a whole, with regard to the *preventive arm*, and in accordance with Articles 5(1) and 9(1) of Regulation (EC) 1466/97, Member States may be allowed to deviate from the adjustment path towards the medium-term budgetary objective, provided that this does not jeopardise fiscal sustainability in the medium term. Regarding the *corrective arm*, Articles 3(5) and 5(2) of Regulation (EC) 1467/97 stipulate that the Council is also entitled to decide (upon a Commission recommendation) to adopt a revised “fiscal trajectory”. These flexibilities give national budgets the necessary flexibility to support the economy and to respond in a coordinated way to the effects of a crisis such as the current pandemic.⁸⁰

Second, two months later (on 19 May 2020), the Council adopted Regulation (EU) 2020/672 “establishing a European Temporary Instrument for Temporary Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE – Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency) due to the epidemic outbreak of COVID-19”.⁸¹ This legislative act lays down the conditions and procedures allowing the EU to grant financial assistance to a Member State experiencing or seriously threatened with a serious economic disruption caused by the

⁷⁸ Communication from the Commission on the activation of the general escape clause of the Stability and Growth Pact, 20 March 2020, COM(2020) 123 final.

⁷⁹ “Statement of EU ministers of finance on the [SGP] in light of the COVID-19 crisis”, available at: <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/23/state-ment-of-eu-ministers-of-finance-on-the-stability-and-growth-pact-in-light-of-the-covid-19-crisis>>. The ‘general escape clause’, which is laid down in Articles 5(1), 6(3), 9(1) and 10(3) of Council Regulation (EC) 1466/97 and Articles 3(5) and 5(2) of Council Regulation (EC) 1467/97 (namely, as already mentioned, the two pillars of the SGP), facilitates the coordination of budgetary policies in times of severe economic disturbance and allows Member States to take budgetary measures within the general framework of the SGP.

⁸⁰ Overall fiscal guidance is being provided within this framework and as part of a streamlined “European Semester for economic policy coordination exercise”. The European Semester was introduced by Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies, OJ L 306, 23 November 2011, pp. 12-24, which amended the first above Regulation.

⁸¹ OJ L 159, 20.5.2020, pp. 1-7.

pandemic crisis. The legal basis of this Regulation are the two paragraphs of Article 122 TFEU;⁸² in particular, while the design of the “guarantee scheme/envelope”, based on contributions from Member States provided in the form of irrevocable and unconditional guarantees from Member States to the EU (i.e., with counter-guarantee for the risk assumed by the latter),⁸³ is based on Article 122(1), reflecting the response of Member States to the (unexpected and widespread) financial crisis resulting from the pandemic, the organisation and management of the “lending system/envelopes”⁸⁴ is based on Article 122(2), where the conditionality principle applies.⁸⁵

Finally, other significant initiatives that have been undertaken, and whose legal basis is not any TFEU article on Economic Union, include the “Pandemic Crisis Support” instrument, a credit line of the ESM available from 15 May 2020,⁸⁶ and the NextGenerationEU recovery programme,⁸⁷ whose main pillar is the “Recovery and Resilience Facility” (RRF), established on the basis of Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and the Council of 12 February 2021.⁸⁸ To finance the [NextGenerationEU recovery instrument](#) (up to 800 billion euro), the Commission resorts to the issuance of bonds pursuant to Article 311 TFEU,⁸⁹ including the “NextGenerationEU green bonds”.⁹⁰

⁸² See above, under [A.II](#).

⁸³ Regulation (EU) 2020/672, Article 11.

⁸⁴ *Ibid.*, Articles 7-10.

⁸⁵ For the use made by Member States of this instrument, see: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/funding-mechanisms-and-facilities/sure_en.

⁸⁶ See at: <https://www.esm.europa.eu/content/europe-response-corona-crisis>.

⁸⁷ See at: https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/eu-borrower-investor-relations/nextgenerationeu_en. For this programme, see, by means of mere indication, Bosque, C., Ramos Muñoz, D. and M. Lamandini, Next Generation EU: its meaning, challenges, and link to sustainability, in Gortsos, Ch.V. and W.G. Ringe (2021, editors): Financial stability amidst the pandemic crisis: on top of the wave, European Banking Institute (EBI), e-book, Chapter 10, pp. 325-354, available at: <https://ssrn.com/abstract=3877946>.

⁸⁸ OJ L 57, 18.2.2021, pp. 17-75; the legal basis of this legislative act is Article 175, third subparagraph TFEU on Economic, Social and Territorial Cohesion.

⁸⁹ It is noted that the Commission has been issuing bonds on the markets since the 1970ies.

⁹⁰ See at: https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/eu-borrower-investor-relations/nextgenerationeu-green-bonds_en. Of equal importance is the ongoing long-term budget of the EU (also known as the Multiannual Financial Framework, MFF) for the period 2021-2027 (at: https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/long-term-eu-budget/2021-2027_e).

4. The role of the ECB within the SSM

Just before the outbreak of the pandemic, the EU banking system was quite robust. EU credit institutions were (on average) well capitalised and benefited from having implemented macroprudential buffers and liquidity ratios, which were introduced as international financial standards by the 2010 ‘Basel III regulatory framework’ of the Basel Committee on Banking Supervision (the so-called “Basel III impact”).⁹¹ Furthermore, the accumulated stock of non-performing loans (NPLs, impaired assets), built up in the wake of the GFC and the subsequent fiscal (sovereign) crisis in the euro area (the so-called ‘legacy NPLs’), had been significantly reduced and, overall, financial stability had been enhanced compared to the decade before.⁹²

During the pandemic, given that the prudential banking regulatory framework contains certain elements of flexibility, and considering that making full use thereof was essential to overcome the financing pressures faced by firms and households, the ECB, as a banking supervisory authority within the SSM and complemented by the European Banking Authority (EBA),⁹³ adopted specific supervisory measures to ensure that credit institutions have the capacity to foster credit flows to households and businesses in a flexible way during (at least the initial phase of) the pandemic. It also adopted specific macroprudential measures, which were complemented and reinforced by similar measures

⁹¹ On this framework, see Gortsos, Ch. V., Historical Evolution of Bank Capital Requirements in the European Union, in: Joosen, B./Lamandini, M./Tröger, T. (eds.): Capital and Liquidity Requirements for European Banks: CRR II and CRDV, Oxford EU Financial Regulation Series, Oxford University Press, 2022 Oxford, Part I, Chapter 1, pp. 3-42, pp. 18-28.

⁹² On the obstacles to NPL resolution in the EU and proposals for a comprehensive related strategy, see indicatively Montanaro, E., Non-Performing Loans and the European Union Legal Framework, in: Chiti, M.P./Santoro, V. (eds.): The Palgrave Handbook of European Banking Union Law, Palgrave – Macmillan, 2019 USA, Chapter 10, pp. 213-246; and Gortsos, Ch. V., Non-performing Loans – New risks and policies? What factors drive the performance of national asset management companies?, In-Depth Analysis, ECON Committee, European Parliament, March 2021, available at: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/659647/IPOL_IDA\(2021\)659647_E.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/659647/IPOL_IDA(2021)659647_E.pdf)> (with extensive further references).

⁹³ The EBA, an inherent part of the ESFS, was established by Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) (...), OJ L 331, 15 December 2010, pp. 12-47 (as in force).

swiftly taken by several euro area national macroprudential authorities to facilitate the absorption of credit losses, and support lending to the real sector of the economy.⁹⁴

IV. The current ‘inflation crisis’

1. The initial monetary policy decisions (July 2022)

After the prolonged period of very low inflation and even, for some quarters, negative inflation (deflation), the inflation rate started increasing in the euro area in 2021 (due to the rise in energy and commodity prices and supply chain bottlenecks) and then even more significantly in 2022, especially after Russia's invasion of Ukraine in February of that year.⁹⁵ Under these conditions, and in view of the fact that the monetary policy cycle was yet again increasingly synchronised around the world,⁹⁶ the GC decided in its meeting of 21 July 2022 to raise, for the first time since September 2019, the three key ECB interest rates, with effect from 27 July, by 50 basis points, committed to reducing support for demand and guarding against the risk of a persistent upward shift in inflation expectations, in order to ensure that the 2% ‘symmetric’ inflation target over the medium term under the new monetary policy strategy is granted. The interest rate on MROs was set at 0.5%; the interest rate on the marginal lending facility at 0.75%; and the deposit facility rate at 0% (hence, exit from the era of negative interest rates).⁹⁷

⁹⁴ ECB: “Macroprudential measures taken by national authorities since the outbreak of the coronavirus pandemic”, 26 May 2020 (available at: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/financial-stability/macprudential-measures/html/index.en.html>>). For details on all these measures, see Gortsos, Ch. V., Threats to EU financial stability amidst the pandemic crisis, in Utrilla, D./Shabbir, An. (2021, eds.): EU Law in Times of Pandemic: The EU's Legal Response to COVID-19, EU Law Live Press, 2021, Chapter 24, pp. 311-321, with extensive further references.

⁹⁵ The development within a very short period was remarkable: -0.3% in September 2020; 0.9% in January 2021; 5.1% in January 2022; 7.4% in March; and 8.9% in July (see at: <<https://sdw.ecb.europa.eu>>).

⁹⁶ See also above, under [B.I.1](#).

⁹⁷ See at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.mp220721-53e5bd317.en.html>>. *Inter alia*, the US Federal Open Market Committee (FOMC) also repeatedly raised the Funds Rate since June 2022 (see at: <<https://www.federalreserve.gov/data.htm>>); the same applies to the Bank of England (BoE), the Bank of Canada, and the Swiss National Bank (SNB), even though inflation pressures are milder in Switzerland and inflation is forecasted to remain at comparatively lower levels (see at: <https://www.snb.ch/de/iabout/monpol/id/monpol_current#t2>).

Furthermore, and apart from its decision to continue (under modified conditions) the APP and the PEPP, during that meeting the GC approved its new “Transmission Protection Instrument” (TPI) for the effective transmission of monetary policy across all euro area Member States. This new instrument will be activated “to counter unwarranted, disorderly market dynamics that pose a serious threat to the transmission of monetary policy across the euro area”, the scale of purchases thereunder not being *ex-ante* restricted; this will depend on the severity of the risks facing policy transmission. Under the conditionality attached to the TSI, the GC will comprehensively assess whether the euro area Member State in which purchases may be conducted under that program pursue sound and sustainable fiscal and macroeconomic policies based on a cumulative list of adjustable eligibility criteria. A judgement on whether the activation of purchases under the TPI is proportionate to the achievement of the Eurosystem’s primary objective will also have to be made. If there is a durable improvement in transmission or an assessment has been made, that persistent tensions are due to fundamentals in a particular euro area Member State, purchases will be terminated.⁹⁸

2. Consequent monetary policy decisions

In its meetings of 8 September and 27 October 2022, the GC decided to further tighten its monetary policy and raised the ECB key interest rates, by 75 basis points each time.⁹⁹ Two further developments of that period deserve specific attention:¹⁰⁰ first, by virtue of an ECB Decision of 9 September,¹⁰¹ climate change considerations were incorporated into the benchmark allocation, while maturity limits for the bonds of issuers with a poorer climate

⁹⁸ Available at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.pr220721-973e6e7273.en.html>>. For a first assessment of the TPI, see Nicolaides, Ph., The ECB’s new “Transmission Protection Instrument”: Discretion & Proportionality VS Transparency, EU Law Live Weekend Edition No 110, 30 July 2022, pp. 2-7, available at: <<https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no67>>.

⁹⁹ See at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.mp220908-clb6839378.en.html>>, and <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.mp221027-df1d778b84.en.html>>, respectively.

¹⁰⁰ On further decisions taken during these two meetings, see Gortsos (2023), pp. 75-77.

¹⁰¹ Decision (EU) 2022/1613 of 9 September amending Decision (EU) 2016/948 on the implementation of the corporate sector purchase programme (ECB/2016/16) (ECB/2022/29), OJ L 241, 19.9.2022, pp. 13-15.

performance were introduced;¹⁰² and *second*, on 10 October, the ECB and the People's Bank of China decided to extend their bilateral euro-renminbi currency swap arrangement, established in October 2013, and subsequently extended twice (each, for a further 3-year period) for another three years until 8 October 2025.¹⁰³ Noteworthy is also the ECB Opinion of 2 December 2022 on a proposal for a Council Regulation establishing a market correction mechanism to protect citizens and the economy against excessively high prices.¹⁰⁴

These monetary policy decisions were followed by that of 15 December 2022, whereby the GC raised for the fourth time the three key ECB interest rates in 2022, by 50 basis points this time.¹⁰⁵ In addition, monetary tightening continued in early-2023. In view of the persisting underlying inflation pressures and to ensure a timely return of inflation to its 2% medium-term target by dampening demand, as well as to guard against the risk of a persistent upward shift in inflation expectations, in its meeting of 2 February 2023 the GC decided to further raise the three key ECB interest rates by another 50 basis points.¹⁰⁶ Hence, with effect from 8 February 2023, the interest rate on MROs was set at 3.00%; the interest rate on the marginal lending facility was set at 3.25%; and the deposit facility rate was set at 2.50%.¹⁰⁷

¹⁰² In this respect, see also the ECB Press Release of 19 September, which provides details on its strategy relating to the decarbonisation of its corporate bond holdings (available at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.pr220919-fae53c59bd.en.html>>).

¹⁰³ See at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.pr221010-29cab889cf.en.html>>. The conditions of the swap arrangement remained essentially unchanged.

¹⁰⁴ OJ C 41, 3.2.2023, pp. 14-16.

¹⁰⁵ See at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.mp221215-f3461d7b6e.en.html>>. Inflation continued to remain “far too high”: 9.1% in August, 9.9% in September, 10.0% in November.

¹⁰⁶ See at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2023/html/ecb.mp230202-08a972ac76.en.html>>.

¹⁰⁷ It is interesting to note that due to the significant rise of the interest rate on the deposit facility to 2.5% from -0.50% only some months ago, resort by credit institutions to this facility (liability item 2.2) has exponentially increased (from 776 billion euro by end-January 2022 to 4.6 trillion euro on 21 October 2022 and then has slightly retreated to 4.09 trillion euro on 27 January 2023), amounting by end-January 2023 to 51.8% of the total liabilities of Eurosystem's consolidated balance sheet. On the evolution of this balance sheet during the crises since 2007, see (mainly) Tables 5-7 in Gortsos (2023).

TABLE 2:		
Key policy responses of the ECB to the four crises since 2007		
Type of crisis	Period	Policy measures
Global Financial Crisis (GFC)	2007-2009	<p>(1) gradual cut of the rate for MROs from 4.5% to 1%</p> <p>(2) extension of the maturity of LTROs from 3 months to 1 year</p> <p>(3) provision of liquidity in foreign currency</p> <p>(4) massive purchases of euro-denominated covered bonds</p> <p>(5) marked broadening of the pool of assets eligible by the Eurosystem as collateral in the conduct of credit transactions in the context of the single monetary policy</p>
Euro area fiscal crisis	2010-2017 (?)	<p>(1) immediately following the onset of the fiscal crisis: <i>first</i>, the rate for MROs was further cut to 0.5% (and then to 0%, a level held until July 2022); <i>second</i>, the maturity of LTROs was further extended and their use increased exponentially; <i>third</i>, the interest rate on the deposit facility entered into negative territory (since September 2019 (and until recently), at -0.50%); and <i>fourth</i>, the pool of assets eligible by the Eurosystem as collateral in the conduct of its credit transactions was further broadened.</p> <p>(2) establishment of currency swap lines through ECB swap agreements with several third country central banks for the provision of foreign currency liquidity to domestic credit institutions</p> <p>(3) recourse to quantitative easing (QE), containing 'unconventional' monetary policy instruments and mainly asset purchase programmes (APPs) (including – initially – the (first) covered bond purchase programme of 2 July 2009 (CBPP), replaced by the second CBPP of 3 November 2011 (CBPP2) and the Securities Markets Programme (SMP) of 14 May 2010)</p> <p>(4) announcement of the Outright Monetary Transactions (OMT) Programme</p> <p>(5) adoption and implementation of the 'expanded' asset purchase programme, including: <i>first</i>, the <i>third</i> covered bond purchase programme (CBPP3); <i>second</i>, the asset-backed securities purchase programme (ABSPP); <i>third</i>, the (secondary markets) public sector purchase programme (PSPP); And <i>fourth</i>, the corporate sector purchase programme (CSPP).</p> <p>(6) adoption and implementation of the programme for targeted longer-term refinancing operations (TLTROs) – there were three series of TLTROs</p>

Pandemic crisis	2020 (on-going)	<p>(1) amendment to some of the ECB legal acts governing the general monetary policy framework of the Eurosystem (including (but not confined to) the General Documentation Guideline and Guideline (EU) 2016/65 of 18 November 2015 “on the valuation haircuts applied in the implementation of the Eurosystem monetary policy framework”)</p> <p>(2) introduction of the pandemic emergency longer-term refinancing operations (PELTROs)</p> <p>(3) adoption of a new (and separate) APP, the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)</p> <p>(4) amendments to some pre-existing APPs</p> <p>(5) introduction of the Eurosystem repo facility for central banks and the reactivation of swap lines with several third country central banks</p>
Inflation crisis	since 2022	<p>(1) consecutive raising (during the period July 2022 – February 2023) of the three key ECB interest rates; with effect from 8 February 2023:</p> <ul style="list-style-type: none"> → interest rate on MROs: 3.00% (from 0%); → interest rate on the marginal lending facility: 3.25% (from 0.25%); and → deposit facility rate: 2.50% (from -0.50%) <p>(2) introduction of the Transmission Protection Instrument (TPI)</p> <p>(3) extension by the ECB and the People’s Bank of China of their bilateral euro-renminbi currency swap arrangement until 8 October 2025</p>

C. The Way Forward

I. On the Monetary Union

1. Expected developments in relation to the monetary policy stance

Monetary tightening is expected to continue. It is interesting to note, that in its meeting of February 2022 it was the first time that the GC announced its intention “to raise interest rates by another 50 basis points at its next

monetary policy meeting in March and (...) then evaluate the subsequent path of its monetary policy”, also noting that its “future policy rate decisions will continue to be data-dependent and follow a meeting-by-meeting approach.”¹⁰⁸

Furthermore, a gradual exit strategy relating to APPs and the PEPP has started being implemented. In particular, due to the lasting vulnerabilities caused by the pandemic, which still pose a risk to the smooth transmission of monetary policy, the GC expressed in its (above-mentioned¹⁰⁹) September, October and December 2022 meetings its intention to continue reinvesting, in full, the principal payments from maturing securities purchased under the APP until end-February 2023;¹¹⁰ reinvest the principal payments from maturing securities purchased under the PEPP until at least the end of 2024; and continue applying flexibility in reinvesting redemptions coming due in the PEPP portfolio. In consistency with (and as a specification of) these decisions, the GC decided, in its February 2023 meeting, on detailed modalities for reducing the Eurosystem’s holdings of securities under the APP,¹¹¹ while continuing to be applying flexibility in reinvesting redemptions coming due in the PEPP portfolio. Furthermore, the decision was taken that, as credit institutions are repaying the amounts borrowed under the TLTROs, a regular assessment will be carried out how these lending operations contribute to the ECB monetary policy stance.

2. Towards a central bank digital currency (CBDC) in the euro area

A significant novel element in euro area central banking is the prospect of the Eurosystem issuing a central bank digital currency (CBDC).¹¹² In accordance

¹⁰⁸ On current developments in relation to inflation in the euro area and the EU, see the Commission’s Technical Note of 13 February 2023 prepared for the Eurogroup Working Group meeting of 2 March (available at: <<https://www.consilium.europa.eu/media/62958/inflation-note.pdf>>).

¹⁰⁹ See just above, under [B.IV.2](#).

¹¹⁰ In the December meeting, it was decided that, from the beginning of March until the end of June 2023, the APP portfolio will decline by 15 billion euro per month on average, and the subsequent pace of portfolio reduction will be determined over time.

¹¹¹ For details, see at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2023/html/ecb.pr230202~1a4ecbe398.en.html>>.

¹¹² CBDCs should be distinguished from crypto-assets, including asset-referenced and e-money tokens (jointly referred to as ‘stablecoins’). See in this respect the final Report of the Financial Stability Board (FSB) of 13 October 2020: “Regulation, Supervision and Oversight of “Global Stablecoin” Arrangements”, available at: <<https://www.fsb.org/2020/10/regulation-supervision-and-oversight-of-global-stablecoin-arrangements>>.

with the ECB “[Report on a digital euro](#)” of 2 October 2020,¹¹³ this central bank money would be offered in digital form for use by citizens and businesses for retail payments (r-CBDC) and complement the current offering of cash and wholesale central bank deposits. In this respect, on 14 July 2021, the GC launched the Eurosystem’s ‘digital euro project’;¹¹⁴ during the current investigation phase of that project, which will last until October 2023, the Eurosystem will address key issues regarding the design and distribution of the digital euro, the objectives of which are a riskless, accessible, and efficient form of a CBDC.¹¹⁵

II. On the Economic Union and fiscal policies in general

1. Reform considerations

During the pandemic, discussions have been initiated on the need for further institutional initiatives and even transformations – including, albeit in the medium term, on the application more flexible fiscal rules and policies to facilitate appropriate structural changes and support the transition to a “green economy” (an aspect currently of primary importance). These considerations were set out, *inter alia*, in the Commission Communication of 19 October 2021 “The EU economy after COVID-19: implications for economic governance”.¹¹⁶ After assessing the impact of the changed conditions for economic gover-

¹¹³ Available at: <https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/report/html/index.en.html>.

¹¹⁴ See the ECB Press Release of 14 July 2021 “Eurosystem launches digital euro project”, available at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2021/html/ecb.pr210714-d99198ea23.en.html>>. The most recent Progress Report on the investigation phase of a digital euro, of 29 September 2022, is available at: <https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/investigation/governance/shared/files/ecb.degov220929.en.pdf?8ecc0678b57e98372a7ae6b59047604b>.

¹¹⁵ On the Eurosystem’s power to issue a digital euro (and, if so, in what form) and whether this would and should possess legal tender status, see *Grünwald, S./Zellweger-Gutknecht, C./Geva, B., Digital Euro and ECB Powers, Common Market Law Review, 2021, 58, pp. 1029-1056*, with extensive further references.

¹¹⁶ Communication from the Commission, The EU economy after COVID-19: implications for economic governance, 19 October 2021, COM(2021) 662 final. This was a re-launch of the public consultation on the EU economic governance framework, which had been launched in February 2020 (Commission Communication of 5 February 2020, Economic governance review, COM(2020) 55 final) and was suspended to focus on the pandemic crisis.

nance after the crisis,¹¹⁷ the Commission raises in this Communication specific issues/questions for the public debate on the framework that (should) govern economic governance based on the weaknesses identified and the challenges highlighted by the pandemic crisis.

Some of the most important among the issues raised are the following: *first*, how to improve the framework in order to ensure the sustainability of public finances in all Member States and to facilitate the elimination of existing macroeconomic imbalances and the avoidance of new ones; *second*, how the framework can ensure responsible fiscal policies to safeguard long-term sustainability while allowing for short-term macroeconomic stabilisation; *third*, how the framework can provide incentives for Member States to undertake the key reforms and investments needed to implement the Green Deal under the Commission Communication of 11 December 2019,¹¹⁸ and to contribute to addressing current and future economic, social and environmental challenges, while maintaining safeguards against debt sustainability risks; and *fourth*, how the design, governance and operation of the RRF can inform the discussion on economic governance through improved ownership, mutual trust, the imposition of sanctions in case of infringements, as well as the interaction between the economic, labour and fiscal dimensions.¹¹⁹ The current political debate on reforming the economic governance framework

¹¹⁷ For various interesting positions on the future of EU economic governance in the field of fiscal policy (even before the pandemic), see Buti, M., Fiscal Policy in the European Economic and Monetary Union: An Evolving View, in: Blanchard, O./Summers, L.H. (eds.): Evolution or Revolution? – Rethinking macroeconomic policy after the great recession, Peterson Institute for International Economics (PIIE), The MIT Press, Cambridge, 2019 Massachusetts – London, England, Chapter 8, pp.109-120; Fabbrini, F., Fiscal capacity, in: Fabbrini, F./Ventoruzzo, M. (eds.): Research Handbook of EU Economic Law, Edward Elgar Publishing, 2019 Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Chapter 5, pp.107-135; Schlosser, P., Europe's New Fiscal Union, Palgrave Macmillan Springer, 2019 Cham – Switzerland; Drossos, Y., The Flight of Icarus: European Legal Responses Resulting from the Financial Crisis, Hart Publishing, 2020 Oxford, Chapter 6; Craig, P./Markakis, M., EMU Reform, in: Amtenbrink, F./ Hermann, Ch. (eds.): Oxford Handbook on the EU Law of Economic and Monetary Union, Oxford University Press, 2020 Oxford, Chapter 42, pp.1400-1448; pp.1406-1428, as well as Blanchard, O./Leandro, Á./Zettelmeyer, J., Ditch the EU's fiscal rules; develop fiscal standards instead, VOX EU Debate, VOX EU/CEPR, 22 April 2021, available at: <<https://new.cepr.org/voxeu/columns/ditch-eus-fiscal-rules-develop-fiscal-standards-instead>>, proposing the migration from fiscal rules to fiscal standards.

¹¹⁸ COM(2019) 640 final.

¹¹⁹ See European Commission (2021): "Questions and Answers: The Commission relaunches the review of its economic governance", 19 October, available at: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_5322>.

is centered on the follow-up Commission's Communication of 9 November 2022.¹²⁰ This soft law instrument sets out orientations for such a reform and addresses the key issues that should shape the future economic policy coordination and surveillance in the EU (and which will require legislative changes) in view of current and forthcoming challenges, by integrating three dimensions for an effective new economic governance framework: fiscal prudence, reforms and investment, as well as macroeconomic balance.

2. In particular: the link between monetary and fiscal policies under the current high inflation conditions

An aspect requiring close attention under the current circumstances of high inflation is the extent to which the effects of monetary policy tightening could be neutralised by unwarranted expansive fiscal policy measures (especially as regards the exit strategy when the negative conditions on the inflation front will have been tamed).¹²¹ In accordance with the IMF "Fiscal Monitor" of October 2022:¹²² *"Governments face increasingly difficult trade-offs in tackling the spikes in food and energy prices when policy buffers are largely exhausted after two years of pandemic. They should prioritize protecting vulnerable groups through targeted support while keeping a tight fiscal stance to help reduce inflation. (...) Several fiscal tools, such as job-retention schemes, have proven useful to preserve jobs and income for workers. Social safety nets should be made more readily scalable and better targeted, leveraging digital technologies. Exceptional support to firms should be reserved for severe situations and requires sound fiscal risk management."*¹²³

In the same vein also Christine Lagarde, President of the ECB, in the press conference following the GC meeting of 2 February 2023:¹²⁴ *"Government support measures to shield the economy from the impact of high energy prices*

¹²⁰ COM(2022) 583 final.

¹²¹ Apparently, due consideration must be given in this respect to the different time horizons of action for (independent) central banks when defining and implementing their monetary policy, and governments when exercising their fiscal policies.

¹²² Available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2022/10/09/fiscal-monitor-october-22>>.

¹²³ On the outlook for the euro area, see International Monetary Fund: "Regional Economic Outlook, Europe: The Fog of War Clouds the European Outlook", October 2022, available at: <https://www.imf.org/en/Publications/REO/EU/Issues/2022/10/12/regional-economic-outlook-for-europe-october-2022?utm_medium=email&utm_source=govdelivery#Overview>.

¹²⁴ See at: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/shared/pdf/ecb.ds230202-40a069a7b4.en.pdf>>, pp. 5-6.

should be temporary, targeted and tailored to preserving incentives to consume less energy. In particular, as the energy crisis becomes less acute, it is important to now start rolling these measures back promptly in line with the fall in energy prices and in a concerted manner. Any such measures falling short of these principles are likely to drive up medium-term inflationary pressures, which would call for a stronger monetary policy response. Moreover, in line with the EU's economic governance framework, fiscal policies should be oriented towards making our economy more productive and gradually bringing down high public debt. Policies to enhance the euro area's supply capacity, especially in the energy sector, can help reduce price pressures in the medium term. To that end, governments should swiftly implement their investment and structural reform plans under the Next Generation EU programme.¹²⁵ The reform of the EU's economic governance framework should be concluded rapidly.”

III. On the Banking Union: the ‘unfinished’ agenda

Even though the first two main pillars of the BU (namely the SSM and the SRM) are in place for a longer period now (close to a decade) and their contribution in preserving financial stability in the euro area¹²⁶ is broadly considered positive,¹²⁷ there are still some elements which constitute its ‘unfinished

¹²⁵ See above, under [B.III.3](#).

¹²⁶ On the threats to financial stability in the current macro-financial environment, see Gortsos (2023), pp. 90-92, discussing the key elements and findings of the ESRB Warning of 22 September 2022 “on vulnerabilities in the Union financial system” (ESRB/2022/7) (OJ C 423, 7.11.2022, pp. 1-6.); the October 2022 IMF “Global Financial Stability Report” (available at: https://www.imf.org/en/Publications/GFSR/Issues/2022/10/11/global-financial-stability-report-october-2022?utm_medium=email&utm_source=govdelivery) and the ECB's most recent (November 2022) “Financial Stability Review” (at: <https://www.ecb.europa.eu/pub/financial-stability/fsr/html/ecb.fsr202211-6383d08c21.en.html#toc2>).

¹²⁷ This remark holds notwithstanding the fact that a growing number of Decisions of the ECB within the SSM and of the SRB within the SRM have been challenged before the Court of Justice of the EU. A related judgment of the General Court of 16 May 2017 in Case T-122/15 (*Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank v European Central Bank*) has been briefly presented above (under [B.II.3](#)); however, a further discussion of this very important aspect (including reference to other judgments of the Court and to an already vast existing bibliography) is beyond the scope of this study. For a regularly updated inventory of actions against ECB and SRB Decisions, see the website of the European Banking Institute (EBI) at: <https://ebi-europa.eu/publications/eu-cases-or-jurisprudence>.

agenda' and some of which are closely linked to the (so-called) 'medium-sized banks' resolution problem.¹²⁸ These include (mainly) the following:

First, the progress on adopting the Regulation establishing the EDIS on the basis of the (above-mentioned¹²⁹) 2015 Commission's proposal has been slow. Although a roadmap for beginning political negotiations on the EDIS has been set up and a High-level working group to focus on the next steps has been set up,¹³⁰ even in its meeting of 24 June 2022, the Euro Summit, which was mainly preoccupied with the economic implications of Russia's invasion of Ukraine, simply welcomed the commitment of the Eurogroup in inclusive format to subsequently identify in a consensual manner possible further measures with regard to the other outstanding elements to strengthen and complete the BU, including the EDIS.¹³¹ Accordingly, in realistic terms and in the best-case scenario, its establishment is not envisaged before 2025.

Second, the harmonisation at EU level of the rules on credit institutions' winding up proceedings is also of primary concern. In this respect it is noted that, under the framework in force governing the resolution of credit institution, if the third resolution condition (i.e., the public interest criterion) is not met,¹³² the winding-up is conducted pursuant to the national legislation in the Member State where it is established since the relevant rules have not yet been harmonised.

Third, another important aspect is the delay in the adoption of EU rules relating to sovereign bond-backed securities (SBBSS)¹³³ to contain

¹²⁸ See on this indicatively König, E., A European solution to deal with failures of medium-sized banks in the Banking Union, Eurofi, 14 April 2021, available at: <<https://www.srb.europa.eu/en/content/eurofi-article-elke-konig-european-solution-deal-failures-medium-sized-banks-banking-union>>. It is outside the reach of this study to discuss forthcoming and/or expected amendments to the single rulebook underlying the BU.

¹²⁹ See above, under [B.II.3](#).

¹³⁰ See "Eurogroup Report to Leaders on EMU deepening", of 4 December 2018, available at: <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/12/04/eurogroup-report-to-leaders-on-emu-deepening/pdf>>.

¹³¹ Euro Summit meeting (24 June 2022), Statement, point 3(b). The text of this Statement is available at: <<https://www.consilium.europa.eu/media/57443/20220624-euro-summit-statement-en.pdf>>.

¹³² SRMR, Article 18(1), point (c) and 18(5).

¹³³ See European Systemic Risk Board, "Survey on sovereign bond-backed securities", Background document, European Systemic Risk Board High-Level Task Force on Safe Assets, 22 December 2016, available at: <https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/surveys/161222_survey_background_document.en.pdf>.

systemic risk, mitigate financial fragmentation and, ultimately, reduce the ‘bank-sovereign loop’. On 24 May 2018, the Commission submitted a related Proposal for a Regulation, whose objective would be to lay down an EU “general framework” for SBBs in the EU,¹³⁴ whose finalisation is, however, still pending.

Finally, this author considers that an amendment to the ELA Mechanism,¹³⁵ which would allow the ECB to become a lender of last resort at least for the significant credit institutions it directly supervises within the SSM is a “missing fourth pillar” of the BU.¹³⁶

The absence of a clear financial stability mandate in the TFEU (for the ECB in cooperation with another or other EU institutions) is also a major concern. This aspect, nevertheless, is part of a longer-term agenda, since its implementation would require an amendment of the Treaties.

¹³⁴ COM(2018) 839 final.

¹³⁵ See above, under [A.I](#).

¹³⁶ See on this Gortsos (2020), pp. 441-445 (also with reference to *Lastra and Goodhart* (2015), p. 50).



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
04 | 2023

LEITARTIKEL:

**Simone Tobler
MiCAR – Höhenflug oder
unsanfte Landung für
Schweizer Krypto-Anbieter?**

MiCAR – Höhenflug oder unsanfte Landung für Schweizer Krypto-Anbieter?

Simone Tobler*

Inhalt

A.	Einleitung	E 2
B.	Übersicht Krypto-Regulierungen	E 3
I.	In der Schweiz	E 3
II.	In der EU	E 4
1.	Strategie für ein digitales Finanzwesen	E 4
2.	DLT-Pilotregelung	E 6
3.	DORA	E 7
4.	MiCAR	E 8
5.	Würdigung	E 10
C.	Ausgewählte Aspekte der MiCAR	E 11
I.	Sachlicher Geltungsbereich	E 11
1.	Token-Qualifikation	E 11
a)	Allgemeines	E 11
b)	Abgrenzung zu anderen Formen von Token	E 13
c)	Abgrenzung von NFTs	E 16
d)	Vergleich mit der Token-Qualifikation in der Schweiz	E 16
2.	Regulierte Tätigkeiten und Dienstleistungen	E 17
3.	Würdigung	E 18
II.	Räumlich-persönlicher Geltungsbereich und Drittstaatenregelung	E 19
1.	Im Allgemeinen	E 19
2.	In der MiCAR	E 21
3.	Würdigung	E 24
III.	Bewilligungspflichten	E 25
1.	Allgemeines	E 25
2.	Emission von E-Geld-Token	E 25
3.	Emission wertreferenzierter Token	E 26
4.	Emission von allgemeinen Token	E 27

* Simone Tobler, lic. iur., Advokatin, LL.M, ist als Senior Supervision Specialist bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA tätig. Die Autorin vertritt hier ausschliesslich ihre eigene Meinung und bindet die FINMA nicht. Dieser Beitrag gibt den Stand per 10. April 2023 wieder. Die Autorin dankt Prof. Dr. Rolf H. Weber für die kritische Durchsicht und wertvollen Hinweise.

5.	Krypto-Dienstleister	E 28
6.	Würdigung	E 29
IV.	Aufsichtszuständigkeit	E 31
V.	Verhaltens- und Organisationspflichten	E 32
1.	Widerrufsrecht	E 32
2.	Whitepaper	E 32
3.	Allgemeine Treuepflicht	E 34
4.	Rücktauschrecht	E 34
5.	Beschwerdemanagement	E 35
6.	Nachhaltigkeit	E 36
7.	Würdigung	E 36
VI.	Kapitalanforderungen	E 37
1.	Allgemeines	E 37
2.	Eigenmittel	E 38
3.	Reservevermögen	E 39
4.	Verwahrstellen	E 40
5.	Würdigung	E 41
VII.	Haftung der Verwahrstellen und Krypto-Verwahrer	E 42
VIII.	Outsourcing	E 43
D.	Zusammenfassung und Ausblick	E 44

A. Einleitung

Die Schweiz verfügt seit 2021 über ein Gesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (*Distributed Ledger Technologie*) (sog. DLT-Gesetz¹). Dieses soll bestmögliche Rahmenbedingungen schaffen, damit sich die Schweiz als führender, innovativer und nachhaltiger Standort für Fintech-Unternehmen etablieren und weiterentwickeln kann. Die EU bringt nun ebenfalls ein Paket zur Regulierung der Krypto-Branche auf den Weg. Neben einer DLT-Sandbox für Finanzmarktinfrastrukturen und einer Stärkung der Cyberresilienz plant sie eine Regulierung der Märkte für Kryptowerte (*Markets in Crypto Assets*, MiCA). Damit will sie Lücken in der bestehenden EU-Finanzmarktregulierung schliessen. Dieser Beitrag ordnet die geplante Regulierung der Märkte für Kryptowerte in die bestehende Regulierungslandschaft in der EU und der Schweiz ein. Er beleuchtet einzelne, für Schweizer Krypto-Anbieter in der Praxis besonders relevante Aspekte für die grenzüberschreitende Erbringung von Krypto-Dienstleistungen von der

¹ Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register vom 25. September 2020, BBl 2020, 7801 ff. (zit. DLT-Gesetz), <www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/33/de>.

Schweiz in die EU. Es geht um Fragen wie: Was sieht dieses Regelwerk für MiCA vor und was bedeutet es für Krypto-Anbieter in der Schweiz? Müssen sie sich nach dem FTX-Debakel auf einen weiteren Krypto-Winter einstellen? Oder ergeben sich für sie vielmehr Wettbewerbsvorteile gegenüber Mitstreitern in der EU? Ist ein Passporting von Krypto-Dienstleistungen in der EU künftig möglich? Können Stablecoins in der EU weiterhin grenzüberschreitend vertrieben werden? Gilt das Reverse Solicitation Prinzip? Müssen Stablecoins 1:1 hinterlegt oder mit Eigenmitteln unterlegt sein? Fallen NFTs unter die geplante Regulierung? Und wie steht es um die Haftung? Ziel ist es, Chancen und Risiken aufzuzeigen, die sich aus der geplanten Regulierung für das Geschäft von Schweizer Krypto-Anbietern ergeben können.

B. Übersicht Krypto-Regulierungen

I. In der Schweiz

Das erwähnte DLT-Gesetz regelt den Umgang mit kryptobasierten Vermögenswerten. Damit sind Vermögenswerte gemeint, „bei denen die Verfügungsmacht ausschliesslich über ein kryptobasiertes Zugangsverfahren vermittelt wird“, wie namentlich Kryptozahlungsmittel.² In der Praxis wird für solche Vermögenswerte der Begriff *Token* (Wertmarke) verwendet.³ Das DLT-Gesetz ist ein Rahmen- oder Mantelgesetz, kein umfassendes DLT-Gesetz. Es wurden damit zehn bestehende Bundesgesetze punktuell angepasst (u.a. das sog. Obligationenrecht⁴ und das Bucheffektengesetz⁵). Das DLT-Gesetz wurde am 25. September 2020 verabschiedet und trat gestaffelt am 1. Februar (u.a. OR) bzw. 1. August 2021 (Rest) in Kraft. Die Anpassungen werden in einer (Mantel-)Verordnung des Bundesrates konkretisiert, die ebenfalls am 1. August 2021

² Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 27. November 2019 zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBl 2022, 233 ff., 292; ferner Zellweger-Gutknecht Corinne/Weber Rolf H, Digital Money – Taxonomy and Regulatory Approaches, EuZ, 06/2022, 1 ff. (zit. Zellweger-Gutknecht/Weber), 7 f.

³ Vgl. Securities and Markets Stakeholder Group (sog. SMSG), Advice to ESMA, Own Initiative Report on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, 19. Oktober 2018, ESMA22-106-1338, Fn. 23, 4; Weber Rolf H./Baisch Rainer, DLT-basierte Finanzprodukte, SZW 2021, 683 ff. (zit. Weber/Baisch, DLT), 685.; Weber Rolf H., Haftungsfragen beim Handel von digitalen Vermögenswerten, SJZ 117/2021, 679 ff, 679.

⁴ Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

⁵ Bucheffektengesetz vom 3. Oktober 2008 (BEG, SR 957.1).

in Kraft trat (sog. *DLT-Verordnung*⁶).⁷ (Haupt-)Ziel des DLT-Gesetzes ist es, optimale, innovationsfreundliche Rahmenbedingungen für Anwendungen zu schaffen, die auf der Distributed Ledger Technologie (inkl. Blockchain) beruhen.⁸

Das DLT-Gesetz beinhaltet diverse Neuerungen, etwa:

- Schaffung von Registerwertrechten als neue entmaterialisierte Form von Wertpapieren ohne Zentralverwahrung (sog. *DLT-Effekten*)
- Recht auf Aussonderung von Kryptowerten im Konkurs des Verwahrers
- Möglichkeit zur Schaffung von Handelsplattformen für DLT-Effekten
- Ausdehnung des sog. Finanzdienstleistungsgesetzes⁹ auf DLT-Effekten.¹⁰

Neben regulatorischen Vorgaben enthält das DLT-Gesetz auch privatrechtliche Regelungen. Z.B. werden im OR die Wirkungen und Übertragungsmöglichkeiten der Registerwertrechte näher definiert.

II. In der EU

1. Strategie für ein digitales Finanzwesen

Der Vorschlag der EU-Kommission für eine *Verordnung über Märkte für Kryptowerte* vom 24. September 2020 (sog. *Kommissionsvorschlag*¹¹) ist Teil eines umfassenden Pakets zur Digitalisierung des Finanzsektors in der EU. Dieses Paket ist darauf ausgerichtet, Innovation und die Einführung neuer Finanz-

⁶ Verordnung vom 18. Juni 2021 zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, AS 2021, 400 ff., <www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/400/de>.

⁷ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. Juni 2021, Der Bundesrat setzt DLT-Gesetz vollständig in Kraft und erlässt Verordnung; Erläuterungsbericht zur DLT-Verordnung des Eidg. Finanzdepartements (EFD) vom 18. Juni 2021; Ergebnisbericht zum Vernehmlassungsverfahren zur DLT-Verordnung des EFD vom 18. Juni 2021.

⁸ Einzelheiten siehe BBl 2002, 239 f.

⁹ Finanzdienstleistungsgesetz vom 15. Juni 2018 (FIDLEG, SR 950.1).

¹⁰ Vgl. Weber Rolf H., Internationale Regulierungsansätze im Kryptouniversum, Überblick über die aufsichts- und privatrechtlichen Regulierungen eines neuen technologischen Umfelds, Expert Fokus, Oktober 2022, 450 ff. (zit. Weber, Regulierungsansätze), 451; Weber, Rolf H., Open Finance and Decentralized Finance – Entwicklungen in einem disruptiven Finanzmarktumfeld, SZW 1/2022, 3 ff., 7.

¹¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 24. September 2020, COM/2020/593 final, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/?uri=CELEX:52020PC0593>> (zit. Kommissionsvorschlag).

technologien zu fördern und soll einen angemessenen Verbraucher- und Anlegerschutz gewährleisten. Es beruht auf einer im September 2020 von der EU Kommission publizierten Strategie für ein digitales Finanzwesen in der EU (sog. *Digital Finance Strategy*)¹². Die Digital Finance Strategy baut unter anderem auf dem FinTech-Aktionsplan der EU von 2018 und einer diesem vorausgegangenen öffentlichen Konsultation mit dem Titel „FinTech: A more competitive and innovative European financial sector“ im 2017 auf. In ihrer Digital Finance Strategy definierte die Kommission vier Prioritäten. Eine dieser Prioritäten sind „Erleichterungen digitaler Innovation im Interesse von Verbrauchern und Markteffizienz“. Als Schlüsselmaßnahmen zur Umsetzung dieser Priorität unterbreitete die Kommission einen Verordnungsvorschlag für eine sog. *DLT-Pilotregelung*¹³, eine Verordnung über die Betriebsstabilität digitaler Systeme des Finanzsektors (sog. *Digital Operational Resilience Act, DORA*)¹⁴ sowie den erwähnten *Kommissionsvorschlag* zur Regulierung der Märkte in Kryptowerten.¹⁵ Mit diesem *Kommissionsvorschlag* folgte die EU Kommission einer Empfehlung¹⁶ der *Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde*

¹² Mitteilung der EU Kommission vom 24. September 2020 über eine Strategie für ein digitales Finanzwesen in der EU, COM (2020) 591 final.

¹³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Pilotregelung für auf der Distributed-Ledger-Technologie basierende Marktinfrastrukturen vom 24. September 2020, COM/2020/594 final.

¹⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Betriebsstabilität digitaler Systeme des Finanzsektors und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014 und (EU) Nr. 909/2014 vom 24. September 2020, COM/2020/595 final.

¹⁵ Vgl. Kommissionsvorschlag, 3; Weber Rolf H./Baisch Rainer, Entwicklungen im europäischen Finanzmarktrecht, „Digital Finance Package“, „Brexit means Brexit“, und Corona-Reaktionen, in: Epiney Astrid/ Zlatescu Petru Emanuel (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich/Basel/Genf 2021, 221 ff. (zit. Weber/Baisch, Digital Finance Package), 227.

¹⁶ Vgl. ESMA, Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, 9. Januar 2019, ESMA50-157-1391.

(ESMA) zur Schaffung einer Level-1-Regulierung für Kryptowerte, die weder als Finanzinstrument noch als *Electronic Money* gelten und somit weder durch die sog. MiFID II¹⁷ noch die sog. E-Geld-Richtlinie¹⁸ erfasst sind.¹⁹

Diese in der Digital Finance Strategy enthaltenen Massnahmen stehen in zeitlichem und inhaltlichem Kontext zu weiteren (Legislativ-)Massnahmen im Fintech-Bereich, namentlich im Geldwäschereibereich (z.B. Vorschlag zur Ausdehnung der *Travel Rule* in der bestehenden Geldtransferverordnung²⁰ auf Kryptowerte).²¹ Auf diese weiteren Massnahmen wird in vorliegendem Beitrag nicht näher eingegangen.²²

2. DLT-Pilotregelung

Die DLT-Pilotregelung²³ sieht für Marktinfrastrukturen (d.h. für multilaterale Handelssysteme, Abwicklungssysteme und Handels- und Abwicklungssysteme, die Geschäfte mit digitalisierten Finanzinstrumenten (i.S.d. MiFID II) ausführen) eine Befreiung von bestehenden EU-Finanzmarktvorschriften vor. Dieser bewilligungsfreie Raum (*Sandbox*) soll Personen, die ansonsten für ihre

¹⁷ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl L 173 vom 2. Juni 2014, 349 ff.

¹⁸ Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der Richtlinien 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2000/46/EG, ABl L 267 vom 10. Oktober 2009, 7 ff.

¹⁹ Im Rahmen des FinTech-Aktionsplans hatte die Kommission den Europäischen Aufsichtsbehörden (ESA) ein Mandat zur Bewertung erteilt, inwieweit der bestehende EU-Regulierungsrahmen für Finanzdienstleistungen auf Kryptowerte Anwendung finden kann und er dafür geeignet ist. Die diesbezüglichen Empfehlungen von EBA und ESMA dienten der Kommission als Grundlage für ihren Vorschlag für eine Verordnung über die Märkte in Kryptowerten (vgl. Kommissionsvorschlag, 3; Weber/Baisch, Digital Finance Package, 227).

²⁰ Verordnung (EU) 2015/847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1781/2006, ABl L 141 vom 5. Juni 2015, 1 ff.

²¹ Vgl. Pressemitteilung 638/22 des Rats der EU vom 29. Juni 2022; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und Transfers bestimmter Kryptowerte (Neufassung) vom 20. Juli 2021, COM/2021/422 final.

²² Weiterführende Hinweise siehe etwa Jutzi Thomas/Abbühl Andri, Die Fintech-Massnahmen der EU und das „Finanzinstrument“, EuZ, 09/2022, K. 1 ff. (zit. Jutzi/Abbühl), K4.

²³ Verordnung (EU) 2022/858 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über eine Pilotregelung für auf Distributed-Ledger-Technologie basierende Marktinfrastrukturen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 600/2014 und (EU) Nr. 909/2014 sowie der Richtlinie 2014/65/EU, ABl L 151 vom 2. Juni 2022, 1 ff.

Tätigkeit eine Bewilligung (i.S.d. sog. MiFIR)²⁴ benötigen würden, den Markteintritt erleichtern, und der EU Erkenntnisse für eine allfällige spätere umfassende Anpassung des Rechtsrahmens liefern. In der Schweiz wurde eine Sandbox bereits vor dem DLT-Gesetz eingeführt, allerdings nur für sog. *Fin-techs* (d.h. Personen, die Publikumseinlagen bis zu 1 Mio. Schweizer Franken entgegennehmen und diese weder anlegen oder verzinsen, vgl. Art. 1b Abs. 1 Bst. a des Bankengesetzes²⁵). Für sog. *DLT-Handelssysteme* (i.S.v. Art. 73a ff. des Finanzmarktinfrastukturgesetzes²⁶) wurde ein bewilligungsfreier Raum im Rahmen des DLT-Gesetzes verworfen.²⁷ Die DLT-Pilotregelung wurde am 2. Juni 2022 im Amtsblatt publiziert. Die meisten ihrer Bestimmungen gelten ab 23. März 2023.²⁸

3. DORA

Mit DORA will die EU sicherstellen, dass alle Personen, die am Finanzsystem teilnehmen, die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen treffen, um Cyber Risiken abzumildern. Neben Vorschriften zu Risikomanagementfunktionen und Berichterstattungspflichten über entsprechende Störungen/Vorfälle enthält die DORA insb. Vorschriften zur Prüfung der digitalen Betriebsstabilität, Vorgaben bei Auslagerung digitaler Operationen und beim Zukauf von Leistungen sowie Vorschriften in Bezug auf Drittanbieter, die selbst keine Finanzdienstleister sind, aber kritische digitaler Systeme im Finanzsektor anbieten. (z.B. Cloud-Computing-Dienstleister).²⁹ Das europäische Parlament und der Rat der EU haben die DORA im November 2022 verabschiedet. Sie ist am 17. Januar 2023 in Kraft getreten und bis am 17. Januar 2025 umzusetzen.³⁰

²⁴ Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl L 173, 12 Juni 2014, 84 ff.

²⁵ Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0).

²⁶ Finanzmarktinfrastukturgesetz vom 19. Juni 2015 (FinfraG, SR 958.1).

²⁷ Vgl. BBl 2022, 252. ferner Erläuterungsbericht zur DLT-Verordnung des Eidg. Finanzdepartements (EFD) vom 18. Juni 2021, 4, 11 f.

²⁸ Einzelheiten zur DLT-Pilotregelung siehe Zellweger-Gutknecht/Weber, 22; Weber/Baisch, Digital Finance Package, 222; Jutzi/Abbühl, K 40 ff.

²⁹ Vgl. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_1684>; Weber/Baisch, Digital Finance Package, 222, 236. Für eine umfassende Übersicht zur Cybersicherheit und Cyber-Resilienz in den Finanzmärkten siehe Weber Rolf H./Yildiz Okan, Cybersicherheit und Cyber-Resilienz in den Finanzmärkten, in Weber Rolf H./Thouvenin Florent (Hrsg), Center for Information Technology and Law - ITSL, Volume 09, Zürich 2022.

³⁰ Verordnung (EU) 2022/2554 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die digitale operationale Resilienz im Finanzsektor und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 909/2014 und (EU) 2016/1011, ABl L 333 vom 27. Dezember 2022, 1 ff.

4. MiCAR

Am 30. Juni 2022 haben sich der Rat der EU, das europäische Parlament und die EU Kommission informell auf eine Verordnung zu Märkten in Kryptowerten geeinigt (sog. *vorläufige Einigung*³¹). Der finale Kompromisstext³² zu dieser vorläufigen Einigung wurde am 5. Oktober 2022 veröffentlicht (sog. *Kompromisstext* oder MiCAR). Dieser Beitrag beruht auf dem Kompromisstext. Änderungen gegenüber dem Kommissionsvorschlag werden nur punktuell berücksichtigt.

Die MiCAR schafft für den Markt für Kryptowerte erstmals einen einheitlichen Regulierungsrahmen. Dieser Regulierungsrahmen soll die Förderung von Innovationen und die Nutzung des Potenzials von Kryptowerten unter Wahrung der Finanzstabilität und des Anlegerschutzes ermöglichen. Da einige EU-Mitgliedstaaten bereits nationale Rechtsvorschriften für Kryptowerte haben³³, erhofft sich die EU ausserdem mehr Rechtssicherheit.³⁴ Dementsprechend hat sie für die MiCAR das Gefäss der Verordnung anstelle einer Richtlinie gewählt.³⁵

Die MiCAR gliedert sich in neun Titel, die ihrerseits in einzelne Kapitel unterteilt werden. Auf den Allgemeinen Teil (Titel I), der den Anwendungsbereich sowie Begrifflichkeiten definiert, folgen die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Kryptowerte (Titel II: nicht wertreferenzierte Token; Titel III: wertreferenzierte Token; Titel IV: E-Geld-Token), die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Krypto -Dienstleister (Titel V) und Vorschriften zum Verhindern

³¹ Vgl. Pressemitteilung 551/22 des Rats der EU vom 30. Juni 2022.

³² Information Note 13198/22 des EU Rats vom 5. Oktober 2022, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/193 (MiCA) - Letter to the Chair of the European Parliament Committee on Economic and Monetary Affairs, 2020/0265 (COD), <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13198-2022-INIT/en/pdf>> (zit. Kompromisstext oder MiCAR).

³³ Vgl. Erw. (71a).

³⁴ Vgl. Pressemitteilung 886/21 des Rats der EU vom 24. November 2021. Einzelheiten zu den mit der MiCAR verfolgten Zielen siehe Kompromissvorschlag, 4; Reiser Nina/Dobbins Miriam, Bewilligungsregime für die Ausgabe, Entgegennahme und Verwahrung privater Kryptozahlungsmittel: Vergleich der Schweizer Regelung mit derjenigen der EU, in: Epiney Astrid/Zlatescu Petru Emanuel (Hrsg), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. Reiser/Dobbins), 495.

³⁵ Verordnungen sind in den EU-Mitgliedstaaten direkt anwendbar und führen zu einer grösseren Harmonisierung unter den EU-Mitgliedstaaten als Richtlinien. Richtlinien sind für die EU-Mitgliedstaaten lediglich im Ziel verbindlich und belassen ihnen somit mehr Spielraum bei der Umsetzung europäischer Vorgaben ins nationale Recht (sog. *Goldplating*).

von Marktmissbrauch (Titel VI).³⁶ Titel VII-VIII beschäftigen sich mit den Kompetenzen der Aufsichtsbehörden. Titel IX enthält Übergangs- und Schlussvorschriften.³⁷

Die MiCAR ergänzt die bestehende EU-Finanzmarktregulierung. Sie erfasst Personen, die Kryptowerte emittieren (sog. *Emittenten von Kryptowerten*) oder Dienstleistungen in Bezug auf Kryptowerte erbringen (sog. *Anbieter von Krypto-Dienstleistungen* oder *Krypto-Dienstleister*, (*Cryptoasset Service Providers* oder *CASPs*; Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Nr. 6-9). Zu diesen Krypto-Dienstleistungen gehören bspw. der Tausch, die Verwahrung und Verwaltung für Dritte oder der Betrieb einer Handelsplattform für Kryptowerte (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Nr. 6-9; siehe unten, [C.I.](#)).

Neben einem Bewilligungsregime und Regeln für ein EU-weites Passporting (siehe unten, [C.II.](#)) stellt die MiCAR Anforderungen an die Kapitalausstattung, die Betriebsorganisation und das Verhalten von Emittenten von Kryptowerten und Krypto-Dienstleistern (Art. 4 ff., 15 ff., 43 ff., 53 ff.).³⁸

Die Entwicklung wertreferenzierter Token auf der Grundlage einer nichteuropäischen Währung als weit verbreitetes Zahlungsmittel wird eingeschränkt. Emittenten von wertreferenzierten Token müssen einen eingetragenen Sitz in der EU haben, um die ordnungsgemäße Beaufsichtigung und Überwachung der öffentlichen Angebote wertreferenzierter Token zu gewährleisten. Alle signifikanten Stablecoins unterliegen der direkten Aufsicht der *Europäischen Bankenaufsichtsbehörde* (EBA), und es ist Voraussetzung für jede Emission von Kryptowerten, dass sich der Emittent in der EU befindet (siehe unten, [C.III./C.IV.](#)).

Vor einer Emission von Kryptowerten müssen die Emittenten eine Art Prospekt mit bestimmten Mindestangaben zu den Emittenten sowie den Rechten und Pflichten der Emittenten und Anlegerinnen veröffentlichen. Stablecoin-Besitzerinnen erhalten gegenüber den Emittenten ein jederzeit ausübbarer, kostenloser Anspruch auf Umtausch. Von Emittenten von Stablecoins wird dementsprechend verlangt, dass sie über eine ausreichend liquide Reserve im Verhältnis 1:1 und teilweise in Form von Einlagen verfügen. Anbieter von Krypto-Dienstleistungen werden verpflichtet, Vorgaben zum Schutz der *Wallets* der Verbraucherinnen zu erfüllen. Wenn sie Kryptowerte von Anlegerin-

³⁶ Auf die Vorschriften in Bezug auf Marktmissbrauch wird in diesem Beitrag nicht näher eingegangen.

³⁷ Vgl. Weber/Baisch, Digital Finance Package, 231

³⁸ Vgl. Reiser/Dobbins, 496; Weber, Regulierungsansätze, 451.

nen verlieren, werden sie haftbar. Zudem müssen Akteure auf dem Markt für Kryptowerte eine Erklärung mit Informationen über ihren ökologischen und klimatischen Fußabdruck vorlegen (siehe unten, [C.V./C.VI](#)).

Um Überschneidungen mit Rechtsvorschriften zur Geldwäschereibekämpfung zu vermeiden, die auch für Kryptowerte gelten, werden Bestimmungen in der angepassten Geldtransferverordnung³⁹ wie die Travel Rule (siehe oben, [B.II.1](#)) in der MiCAR nicht wiederholt. Jedoch wird die EBA in der MiCAR beauftragt, ein öffentliches Register der nicht konformen Anbieter von Krypto-Dienstleistungen zu führen. Anbieter von Krypto-Dienstleistungen, deren Mutterunternehmen ihren Sitz in einem Land haben, das in der EU-Liste von Drittländern mit hohem Risiko für Geldwäscheaktivitäten oder in der EU-Liste nicht kooperativer Länder und Gebiete für Steuerzwecke aufgeführt sind, sollen zu verstärkten Kontrollen gemäß den europäischen GwG-Vorschriften verpflichtet werden. Strengere Anforderungen können auch für die Anteilseigner und die Geschäftsführung der Anbieter von Krypto-Dienstleistungen gelten, insb. im Hinblick auf ihre Lokalisierung (vgl. etwa Erw. (53a) i.V.m. Art. 16 Abs. 1 Bst. ba, 19 Abs. 2 Bst. c, 20 Abs. 2 Bst. b).

Der Kompromisstext zur vorläufigen Einigung – also die MiCAR – befindet sich derzeit im förmlichen Verfahren zur Annahme durch das Europäische Parlament.⁴⁰ Die formale Genehmigung im Plenum ist für den 18. April geplant.⁴¹ Es ist möglich, dass es bis zur Verabschiedung noch zu Änderungen kommt. Aufgrund der erzielten vorläufigen Einigung scheint dies aber unwahrscheinlich.⁴² Nach Inkraftsetzung sind die Anforderungen der MiCAR innerhalb von 18 Monaten umzusetzen (Art. 126). Dabei gelten verschiedene Übergangsmassnahmen (Art. 123).

5. Würdigung

Sowohl die Schweiz als auch die EU werden nach Implementierung der MiCAR einen spezifischen Regelungsrahmen für die Tätigkeiten der beaufsichtigten Personen haben.⁴³ Beim Schweizer DLT-Gesetz handelt es sich um ein Rahmengesetz mit lediglich punktuellen Anpassungen in den geltenden Regelwerken. Demgegenüber hat sich die EU mit der MiCAR für eine Verordnung

³⁹ COM/2021/422 final.

⁴⁰ Vgl. www.consilium.europa.eu/de/policies/digital-finance/.

⁴¹ Vgl. www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-crypto-assets-1, www.europarl.europa.eu/sedcms/documents/PRIORITY_INFO/965/SYN_POJ_April_STR_EN.pdf.

⁴² Vgl. Jutzi/Abbühl, K. 21

⁴³ Vgl. Zellweger-Gutknecht/Weber, 23

entschieden, in der die Vorgaben für die Märkte in Kryptowerten gesammelt festgelegt sind. Die entsprechenden Regelungen sind so einfacher zu finden. Sowohl die Schweizer als auch die EU-Regulierungen für Kryptowerte bauen auf bestehenden Bewilligungskategorien auf (z.B. Banken/Kreditinstitute resp. Wertpapierhäuser/Wertpapierfirmen; siehe unten, [C.III.1](#)). Die CH war allerdings schneller mit ihrer Regulierung. Dies hat viele Krypto-Anbieter in die Schweiz gelockt.⁴⁴

Im Gegensatz zur MiCAR enthält das DLT-Gesetz auch privatrechtliche Bestimmungen, z.B. zu Fragen des Eigentums an Token. Hier vermag das DLT-Gesetz eine Vorreiterrolle zu beanspruchen, die den Standort Schweiz wegen der damit verbundenen Rechtssicherheit im Vergleich zur EU auch künftig attraktiv macht.⁴⁵

C. Ausgewählte Aspekte der MiCAR

I. Sachlicher Geltungsbereich

1. Token-Qualifikation

a) Allgemeines

Die MiCAR erfasst Emittenten und Dienstleister in Bezug auf *Kryptowerte*. Dabei handelt es sich um eine „digitale Darstellung von Werten oder Rechten, die unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie oder einer ähnlichen Technologie elektronisch übertragen und gespeichert werden können“ (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 2).⁴⁶

Bei Kryptowerten unterscheidet die MiCAR vier Typen:

- Wertreferenzierte Token
- E-Geld-Token
- Utility Token
- Allgemeine Token.

⁴⁴ Vgl. Reiser/Dobbins, 504, 502.

⁴⁵ Vgl. Weber, 452.

⁴⁶ Mit Distributed-Ledger-Technologie ist eine Technologie gemeint, welche die verteilte Aufzeichnung verschlüsselter Daten unterstützt (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1).

Bei einem *wertreferenzierten Token* handelt es sich um einen „Kryptowert, bei dem verschiedene Nominalgeldwährungen, die gesetzliches Zahlungsmittel sind, oder eine oder mehrere Waren oder ein oder mehrere Kryptowerte oder eine Kombination solcher Werte als Bezugsgrundlage verwendet werden, um Wertstabilität zu erreichen“ (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 3). Ein *E-Geld-Token* ist ein „Kryptowert, dessen Hauptzweck darin besteht, als Tauschmittel zu dienen, und bei dem eine Nominalgeldwährung, die gesetzliches Zahlungsmittel ist, als Bezugsgrundlage verwendet wird, um Wertstabilität zu erreichen“ (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 4). Während bei E-Geld-Token eine Anbindung an lediglich eine „offizielle Währung“, d.h. eine von einer Zentralbank oder anderen Währungsbehörde ausgegebene Währung (sog. *Fiat-Währung*, vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. 3a) erfolgt, besteht bei wertreferenzierten Token eine Anbindung an einen Korb von Fiat-Währungen, Waren, Kryptowerten oder einer Kombination aus Waren, Kryptowerten oder Fiat-Währungen. *Utility Token* werden definiert als „Kryptowert, der dazu bestimmt ist, digitalen Zugang zu einer Ware oder Dienstleistung zu verschaffen, über DLT verfügbar ist und nur vom Emittenten dieses Tokens akzeptiert wird“ (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 5). Alle anderen Formen von Kryptowerten i.S.v. Art. 3 Abs. 1, die keine wertreferenzierte Token oder E-Geld-Token darstellen (namentlich *Utility Token*), gehören in eine Auffangkategorie der sog. *allgemeinen Token* (Titel II, Art. 4). Die Kategorisierung der Token in der MiCAR ist somit nicht abschliessend.⁴⁷

Bei wertreferenzierten Token und E-Geld-Token wird weiter unterschieden zwischen nicht signifikanten und signifikanten Token. *Signifikante Token* sind solche, die von der EBA als solche eingestuft werden, weil sie erhöhte Risiken für die europäische Währungshoheit aufweisen. (Erw. (4), (29), Art. 39, 50). Signifikanz-Kriterien sind z.B. ein grosser Kundenstamm, eine hohe Marktkapitalisierung und viele Transaktionen (Erw. (4), (29), Art. 39, 50). Emittenten von E-Geld- und wertreferenzierten Token können im Rahmen des Zulassungsge- suchs einen freiwilligen Antrag auf Einstufung der Token als signifikante Token stellen (Art. 40, 51). Wird dem Gesuch entsprochen, geht die Aufsichtszuständig- keit auf die EBA über (siehe unten, [C.IV](#)). In der Praxis dürfte eine freiwillige Einstufung vor allem für Emittenten von Interesse sein, die direkt und nur von einer Aufsichtsbehörde auf europäischer Ebene beaufsichtigt werden möch- ten.⁴⁸

Für Token, deren Wert sich im Sinne einer Anbindung von einem unterliegen- den Vermögenswert (Fiat-Währung, Rohstoffe, Immobilien usw.) ableiten mit

⁴⁷ Vgl. Reiser/Dobbins, 497; Weber/Baisch, Digital Asset Token, 231; Weber/Baisch, Digital Finance Package, 229.

⁴⁸ Vgl. Reiser/Dobbins, 498

dem Ziel, die Preisvolatilität der Token zu begrenzen und somit zu deren erhöhter Wertstabilität beizutragen, hat sich international der Begriff „Stablecoin“ eingebürgert. Bei diesem Begriff handelt es sich primär um eine Marketing-Bezeichnung. Eine allgemeingültige Kategorisierung für Token ist damit nicht verbunden. Vielmehr hängt die Kategorisierung eines Token als Stablecoin von der konkreten Ausgestaltung des Token ab (vgl. hierzu die sog. *Stablecoin-Wegleitung* der FINMA⁴⁹).⁵⁰ Stablecoins sind nicht zu verwechseln mit Kryptowährungen, die von einer eigenständigen DLT erzeugt werden (sog. *native Token* wie BTC, ETH).⁵¹ Im Kontext der MiCAR werden sowohl wertreferenzierte Token als auch E-Geld-Token als Stablecoins bezeichnet bzw. können als solche ausgegeben werden (Erw. (9), (26) i.V.m. Art. 3 Nr. 1 Abs. 3-4).⁵² Wenn nachfolgend von Stablecoins die Rede ist, sind damit wertreferenzierte Token und E-Geld-Token gleichermaßen gemeint.

b) *Abgrenzung zu anderen Formen von Token*

Ausdrücklich vom Anwendungsbereich der MiCAR ausgenommen sind Kryptowerte, die bereits durch eine anderweitige Regulierung erfasst sind. Dazu gehören etwa *Finanzinstrumente* (i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 i.V.m. Anhang I, Abschnitt C der MiFID II), *E-Geld* (i.S.v. Art. 2 Nr. 2 der E-Geld-Richtlinie), es sei denn, es handle sich um E-Geld-Token i.S.v. MiCAR, *Einlagen* (i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 der Einlagensicherungsrichtlinie⁵³), *strukturierte Einlagen* (i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Nr. 43 MiFID II) oder *Verbriefungen* (i.S.v. Art. 2 Nr. 1 der Verbriefungsverordnung⁵⁴; vgl. Art. 2 Abs. 3). Zu den Finanzinstrumenten zählen etwa „übertragbare Wertpapiere“ wie „Schuldverschreibungen“ (vgl. Anhang I, Abs. 1

⁴⁹ Ergänzung der Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend *Initial Coin Offerings* (ICOs) der FINMA vom 11. September 2019, Ziff. 1, 1. Die Stablecoin-Wegleitung ergänzt die ICO-Wegleitung.

⁵⁰ Zum Stablecoin-Begriff ferner Weber/Baisch, *Digital Finance Package*, 229; Zellweger-Gutknecht/Weber, 19, 23 f.; Van Egghen Robert, *Stablecoin restrictions dropped from EU rules*, IgnitesEurope, 27. September 2022 (zit. Van Egghen).

⁵¹ Vgl. Zellweger-Gutknecht/Weber, 19.

⁵² Vgl. auch Kommissionsvorschlag, 12; Eggen Mirjam, *Stablecoins*, in: Belser Eva Maria/Pichonnaz Pascal/Stöckli Hubert (Hrsg.), *Le droit sans frontières, Mélanges pour Franz Werro*, Bern 2020, 173 ff. (zit. Eggen), 179.

⁵³ Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme, ABl L 173 vom 12. Juni 2014, 149 ff.

⁵⁴ Verordnung (EU) 2017/2402 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für Verbriefungen und zur Schaffung eines spezifischen Rahmens für einfache, transparente und standardisierte Verbriefung und zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 648/2012, ABl L 347 vom 28. Dezember 2017, 35 ff.

i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 44 (b) MiFID II), nicht aber „Zahlungsinstrumente“ (vgl. Art. 4 Abs. 1 Nr. 44 MiFID II). „Zahlungsinstrumente“ werden durch die sog. Zahlungsdienste-Richtlinie⁵⁵ (Art. 4 Nr. 14) erfasst.⁵⁶ Emittenten wertreferenzierter Token müssen im Rahmen des Zulassungsgesuchs in einem Rechtsgutachten darlegen, dass die entsprechenden Token keine Kryptowerte oder E-Geld-Token darstellen (Art. 16 Abs. 2 Bst. d).⁵⁷

Aufgrund der weiten und undifferenzierten Definition⁵⁸ des Begriffs der Kryptowerte in der MiCAR bereitet nicht nur die Unterscheidung der verschiedenen Token innerhalb der MiCAR (wertreferenzierte Token, E-Geld-Token, Utility Token usw.) Mühe. Auch die Unterscheidung von durch andere Regularierungen bereits erfasste Token (Finanzinstrumente wie übertragbare Wertpapiere, Schuldverschreibungen, Zahlungsinstrumente usw.) ist schwierig. Die in den bestehenden EU-Finanzmarktregularierungen verwendeten Begriffe (namentlich der „übertragbaren Wertpapiere“) sind vielfach ungeklärt.⁵⁹ Dementsprechend unterschiedlich werden sie von den nationalen zuständigen

⁵⁵ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl L 337 vom 3. Dezember 2015, 35 ff..

⁵⁶ Für eine Übersicht über Token-Arten und die anwendbaren EU-Regularien siehe Gortsos Christos V., *The Commission's 2020 Proposal for a Markets in Crypto-Assets Regulation ('MiCAR'): A Brief Introductory Overview*, 7. Mai 2021 (zit. Gortsos), 21.

⁵⁷ Für Kritik an dieser Rechtsgutachtenpflicht siehe Jutzi/Abbühl, K 25.

⁵⁸ Vgl. Jutzi/Abbühl, K 23. Zur Kritik der EZB an der Definition des Kryptowertes in der MiCAR vgl. Godschalk Hugo, *Kryptowerte, Fiatgeld und Aliens – einige Anmerkungen zur MiCAR (I)*, 16. März 2021 (zit. Godschalk), der angesichts der Unschärfe des Kryptowerte-Begriffs von einer „Arbeitsbeschaffungsmassnahme für Jurist*innen“ spricht.

⁵⁹ Ein Versuch der SMSG, zu bestimmen, ob Token, die Anlagezwecken dienen (Anlagetoken) Finanzinstrumente (i.S.v. MiFID II und Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl L 173 vom 12. Juni 2014, 1 ff.) bzw. übertragbare Wertpapiere (i.S.d. Prospektverordnung) sind, erwies sich angesichts der Ungewissheit als schwierige Aufgaben. Die SMSG empfahl der ESMA daraufhin, Leitlinien bereitzustellen oder eine aufsichtsrechtliche Konvergenz anzustreben zur Auslegung der MiFID II-Definition von übertragbaren Wertpapier sowie zur Klärung der Frage, ob übertragbare Anlagetoken, die typische Merkmale von Wertpapieren aufweisen, unter die MiFID II und die Prospektverordnung fallen (vgl. ESMA22-106-1338).

Aufsichtsbehörden (sog. *National Competent Authorities*, NCA) ausgelegt.⁶⁰ In der Praxis sind zudem häufig Mischformen anzutreffen (sog. *hybride Token*).⁶¹ Bspw. dienen übertragbare Token, die für Zahlungen oder den Zugang zu Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können, aus Sicht der Verbraucherinnen häufig (auch) Anlagezwecken. Da sie sich prinzipiell zur Kapitalanlage eignen, könnten solche Token somit Finanzinstrumente sein.⁶² In der Praxis sind insb. wertreferenzierte Token von Schuldverschreibungen einerseits und E-Geld-Token von E-Geld und Zahlungsinstrumenten andererseits kaum voneinander zu unterscheiden.⁶³

Der EU-Gesetzgeber hat diese Problematik erkannt und im Kompromisstext verschiedene Anpassungen vorgenommen. Zum einen soll die ESMA mit der Ausarbeitung von Leitlinien zur Einstufung von Kryptowerten als Finanzinstrumente beauftragt werden (Erw. (6a) i.V.m. Art. 2 Abs. 3). Statt E-Geld werden zudem Geldbeträge (i.S.v. Art. 4 Abs. 25 Zahlungsdienste-Richtlinie⁶⁴, d.h. Banknoten und Münzen, Giralgeld oder E-Geld) vom Anwendungsbereich der MiCAR ausgenommen, sofern es sich dabei nicht um E-Geld-Token handelt (Art. 2 Abs. 3 Bst. ca). E-Geld-Token werden dabei von Gesetzes wegen als E-Geld (i.S. der E-Geld-Richtlinie) betrachtet (Art. 43 Abs. 1 Bst. 1a). Strukturierte Einlagen werden im Kompromisstext neu unter den Einlagenbegriff gefasst (Art. 2 Abs. 3 Bst. c). Zudem stellt der Kompromisstext klar, dass nicht übertragbare digitale Vermögenswerte keine Kryptowerte darstellen (Erw. (8a)). Im erwähnten Rechtsgutachten muss dargelegt werden, warum es sich beim Token nicht um einen Kryptowert oder E-Geld-Token handelt (Art. 16 Abs. 2 Bst. d (ii)).

⁶⁰ Wie eine anschließende Umfrage der ESMA ergab, herrscht unter den NCA ein unterschiedliches Verständnis, welche Token unter den Begriff der Finanzinstrumente (i.S.v. MiFID II) fallen (vgl. ESMA, *Legal qualification of crypto-assets – survey to NCAs*, Januar 2019, ESMA-50-157-1384). Die Belgische Finanzmarktaufsicht hat dieses Problem erkannt und kürzlich eine Mitteilung herausgegeben, in der sie die häufigsten Fälle erläutert, in denen Krypto-Assets in den Anwendungsbereich der Prospektvorschriften und/oder Verhaltenspflichten nach MiFID II fallen können, vgl. FSMA, *Mitteilung 2022_25, Classification of crypto-assets as securities, investment instruments or financial instruments*, 22. November 2022.

⁶¹ Vgl. ICO-Wegleitung, Ziff. 3.1, 3.

⁶² Vgl. Weber/Baisch, *Digital Finance Package*, 225 f., mit Verweis auf den final report der HM Treasury/FCA/Bank of England, *Cryptoassets Taskforce*, vom 20. Oktober 2019, sowie den von der US-Aufsicht angewandten *Howey-Test*.

⁶³ Vgl. Jutzi/Abbühl, insb. K 27, 25; Eggen, 179, 188; Godschalk.

⁶⁴ Richtlinie (EU) 2015/2366.

c) *Abgrenzung von NFTs*

Unsicherheiten ergeben sich nach dem Kommissionsvorschlag auch bei der Einordnung von nicht austauschbaren Token (sog. *Non-Fungible Token*, NFT). Das sind digitale Vermögenswerte, die für reale Objekte wie z.B. Kunst, Musik oder Videos stehen.⁶⁵

Die sog. *Whitepaper*-Pflicht (siehe unten, [C.V.2.](#)) für die Emission und den Handel auf einer Handelsplattform für allgemeine Token (Art. 4 f.) entfällt, wenn Kryptowerte einmalig und nicht mit anderen Kryptowerten fungibel sind (Art. 4 Abs. 2 Bst. c). Dies spricht dafür, dass NFTs zumindest konzeptionell unter den Begriff der Kryptowerte fallen.⁶⁶ Gemäss dem Kompromisstext sind NFT denn auch „nur vom Anwendungsbereich ausgenommen, sofern sie nicht in eine der bestehenden Kryptowerte-Kategorien fallen“ (Erw. (6b)-(6c) i.V.m. Art. 2a; Art. 4 Abs. 2 Bst. c des Kommissionsvorschlags wurde gelöscht). Allerdings soll die EU-Kommission gemäss Kompromisstext binnen 18 Monaten mit einer umfassenden Bewertung sowie gegebenenfalls Ausarbeitung eines Legislativvorschlag zur Schaffung einer Regelung für nicht austauschbare Token beauftragt werden (Art. 122b Nr. 2 Bst. da).⁶⁷

d) *Vergleich mit der Token-Qualifikation in der Schweiz*

Die FINMA unterscheidet in ihrer sog. *ICO-Wegleitung*⁶⁸ zwischen *Zahlungstoken* (Kryptowährungen), *Nutzungstoken* und *Anlage-Token*. In der Praxis kommen auch hybride Token vor.⁶⁹ Zahlungstoken sind Token, die tatsächlich oder der Absicht des Organisators nach als Zahlungsmittel zum Erwerb von Waren oder Dienstleistungen akzeptiert sind oder der Geld- und Wertübertragung dienen sollen. Sie vermitteln keine Ansprüche gegenüber den Emittenten. Nutzungstoken sollen den Zugang zu einer digitalen Nutzung oder Dienstleistung vermitteln, welche auf oder unter Benutzung einer DLT-Infrastruktur erbracht wird. Anlage-Token repräsentieren Vermögenswerte und können eine schuldrechtliche Forderung gegenüber Emittenten oder ein Mitgliedschaftsrecht im gesellschaftsrechtlichen Sinne darstellen. Bei Anlage-Token werden z.B. Anteile an künftigen Unternehmenserträgen oder Kapitalflüssen versprochen. Der Token repräsentiert damit nach der wirtschaftlichen

⁶⁵ Vgl. Jutzi/Abbühl, K 32.

⁶⁶ Vgl. Jutzi/Abbühl, K 23.

⁶⁷ Vgl. Verweis in Jutzi/Abbühl, K 28.

⁶⁸ *Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) der FINMA vom 16. Februar 2018.*

⁶⁹ Vgl. Weber, *Regulierungsansätze*, 450.

Funktion insb. eine Aktie, Obligation oder ein derivatives Finanzinstrument. Unter die Kategorie der Anlage-Token können auch Token fallen, welche physische Wertgegenstände auf der DLT handelbar machen sollen.⁷⁰

Die EU hat sich bei der Einteilung der Token in verschiedene Kategorien an der FINMA-Taxonomie orientiert.⁷¹ Vergleicht man die vier Typen von Token gemäss MiCAR mit derjenigen in den ICO-Wegleitung der FINMA, sind Utility Token und die allgemeinen Token mit Nutzungs-Token vergleichbar. Anlage-Token ähneln den Finanzinstrumenten (i.S.v. MiFID II) und sind somit in der Regel keine Kryptowerte i.S.v. MiCAR. E-Geld-Token lassen sich mit Zahlungs-Token vergleichen, die wie sie auf eine einzige Fiat Währung Bezug nehmen. Am schwierigsten ist die Einordnung von wertreferenzierten Token. Je nach Bezugsgrösse und Zweck kann es sich bei ihnen um einen Zahlungs-Token (z.B. bei einem Bezug zu einem Währungskorb) oder Anlagetoken handeln (wenn z.B. der Token primär zu Anlagezwecken erworben wird).⁷²

2. Regulierte Tätigkeiten und Dienstleistungen

Die MiCAR regelt die *Emission von Kryptowerten* und die *Erbringung von Dienstleistungen* in Bezug auf Kryptowerte (Art. 1 Abs. 1).

Als Emission von Kryptowerten gelten:

- Angebote gegenüber Dritten, einen Kryptowert gegen Fiat-Währung oder andere Kryptowerte zu erwerben (Art. 3 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Nr. 7, 12-13)
- Anträge auf Zulassung von Kryptowerten auf einer Handelsplattform für Kryptowerte (Art. 3 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Nr. 11).

Als Krypto-Dienstleistungen gelten folgende Dienstleistungen/Tätigkeiten (Art. 3 Abs. 1 Nr. 9):

- Verwahrung und Verwaltung von Kryptowerten für Dritte
- Betrieb einer Handelsplattform für Kryptowerte
- Tausch von Kryptowerten gegen Geldbeträge
- Tausch von Kryptowerten gegen andere Kryptowerte
- Ausführung von Aufträgen über Kryptowerte für Dritte

⁷⁰ Vgl. ICO-Wegleitung; Weber/Baisch, DLT, 684 f.

⁷¹ Vgl. ESMA22-106-1338, Fn. 23, 4 („has found Switzerland's FINMA's taxonomy useful, based on the economic function of tokens: payment tokens, utility tokens and asset token“); Weber/Baisch, Digital Finance Package, 225; Reiser/Dobbins, 503.f

⁷² Vgl. Weber/Baisch, Digital Finance Package, 229 f.

- Platzierung von Kryptowerten
- Annahme und Übermittlung von Aufträgen über Kryptowerte für Dritte
- Erbringung von Transferdiensten für Kryptowerte im Auftrag von Dritten
- Beratung zu Kryptowerten
- (Individuelle) Portfolioverwaltung von Kryptowerten.

3. Würdigung

Die Abgrenzung von Kryptowerten zu von anderen Regulierungen erfassten Token ist mit Auslegungsschwierigkeiten verbunden. Diese werden mit der Rechtsgutachten-Pflicht (siehe oben, [C.1.1.b](#)) einseitig der Krypto-Branche auferlegt. Insgesamt sorgt die MiCAR mit ihren detaillierten Regelungen jedoch für mehr Rechtssicherheit in Bezug auf die Einordnung der Tätigkeiten von Marktteilnehmern in der Finanzmarktregulierung. Sie trägt damit zur Innovation und Förderung eines einheitlichen digitalen EU-Finanzraums bei.

Die verschiedenen auf Krypto-Anbieter anwendbaren EU-Regulierungen enthalten teilweise abweichende Vorgaben. Eine (freiwillige) Einhaltung der „strengeren Regulierung“ (z.B. der Eigenkapitalrichtlinie statt der MiCAR) bewahrt Krypto-Anbietern somit nicht vor Rechts- und Reputationsrisiken, wie sie sich aus einer falschen Token-Qualifikation für sie ergeben können. Um entsprechende Risiken abzumildern, empfiehlt sich für Krypto-Anbieter jedoch, die Token-Emission jeweils im gleichen EU-Land vorzunehmen und das Whitepaper ggf. von dort aus in andere EU-Länder (möglichst ein EU-Land mit einer klaren Praxis zur Token-Klassifikation) zu exportieren. Auch die Einholung eines „non-action letter“ zur Token-Qualifikation bei der NCA kann helfen, Risiken in Bezug auf die Anwendbarkeit der MiCAR zu minimieren.

Bezüglich Einordnung von NFT bestehen ähnliche Unsicherheiten wie in der EU auch in der Schweiz. Hier bleibt eine Konkretisierung der Praxis durch die Europäischen Aufsichtsbehörden resp. FINMA⁷³ abzuwarten.

Der Katalog der bewilligungspflichtigen Dienstleistungen der MiCAR lehnt sich eng an die in der MiFID II regulierten Tätigkeiten an, reicht aber teilweise weiter. Bspw. ist die Verwaltung und Verwahrung von Finanzinstrumenten von

⁷³ Zur NFT-Praxis der FINMA vgl. FINMA, Jahresbericht 2022, 20 f.

der MiFID II nicht erfasst, von der MiCAR hingegen schon.⁷⁴ In der Schweiz sind die betreffenden Tätigkeiten in verschiedenen Finanzmarktgesetzen abgedeckt (z.B. Transaktionsausführungen für Dritte, Anlageberatung und individuelle Portfolioverwaltung in Bezug auf DLT-Effekten im FIDLEG, Betrieb einer DLT-Handelsplattform im FinfraG und Tausch und Transferdienste in Bezug auf Kryptowerte im Geldwäschereigesetz⁷⁵). In Bezug auf die bewilligungspflichtigen Tätigkeiten sind die Schweizer Regulierung und die MiCAR also vergleichbar.

II. Räumlich-persönlicher Geltungsbereich und Drittstaatenregelung

1. Im Allgemeinen

Der freie Finanzdienstleistungsverkehr im europäischen Binnenmarkt basiert auf dem Prinzip des einheitlichen europäischen Passes (EU-Pass). Mit dem EU-Pass dürfen in einem EU-Mitgliedstaat (sog. *Herkunftsmitgliedstaat*) niedergelassene Personen ihre Tätigkeit auch in den übrigen Mitgliedstaaten (sog. *Aufnahmemitgliedstaat*) ausüben, ohne hierfür im Aufnahmemitgliedstaat eine zusätzliche Bewilligung einholen zu müssen (sog. *Passporting*). Das EU-Passsystem dient der Verwirklichung der im EU-Recht garantierten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff., 59 ff. AEUV⁷⁶). Es gilt daher grundsätzlich nur für in der EU niedergelassene Personen. Für in Drittländern wie der Schweiz ansässige Personen, die in der EU-Finanzmarkt tätig werden wollen (sog. *Drittlandakteure*), kennt die EU kein einheitliches Marktzugangskonzept. Vielmehr variieren die Marktzugangsregelungen je nach Bereich des Finanzmarktrechts.⁷⁷ Wenn die EU bestimmte Drittstaaten Sachverhalte harmonisiert, dürfen die einzelnen EU-Mitgliedstaaten nur eigenständige Markt-

⁷⁴ Die Verwahrung und Verwaltung von Kryptowerten (Art. 3 Abs. 1 Nr. 9 Bst. a) ist zu unterscheiden von der zulassungspflichtigen „Portfolio-Verwaltung“ i.S.v. Anhang I, Abschnitt A, Ziff. 4 MiFID II, vgl. Jutzi/Abbühl, K 28.

⁷⁵ Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0).

⁷⁶ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl C 326 vom 26. Oktober 2012, 47 ff.

⁷⁷ Vgl. Tobler Simone, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen MiFID II und FIDLEG: Äquivalenzprüfung sowie Auswirkungen auf strategischer und operationeller Ebene in Finanzinstituten, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Tobler), 28, mit weiteren Verweisen.

zugangsregelungen (z.B. Niederlassungserfordernisse) für Drittlandakteure vorsehen, soweit das EU-Recht ihnen einen entsprechenden Spielraum einräumt.⁷⁸

Das EU-Finanzmarktrecht lässt sich im Hinblick auf seine materielle Geltung nach verschiedenen Anknüpfungspunkten systematisieren. Ausgangspunkt bildet das sog. Territorialitätsprinzip (sog. *Sitzprinzip*):

Das Sitzprinzip knüpft an den Ausübungsort einer bestimmten aufsichtsrechtlich relevanten Handlung an. Entsprechend ist die Aufsichtsbehörde am Ort des Sitzes des Anbieters für die Zulassung und Aufsicht zuständig. Aufgrund des Sitzprinzips ist das EU-Finanzmarktrecht grundsätzlich nur auf Personen mit Domizil in der EU anwendbar. Dies bedeutet, dass Drittlandakteure in der EU grundsätzlich nur tätig werden dürfen, wenn sie sich nach dem dort geltenden Aufsichtsrecht organisieren. Dies setzt vielfach eine Zulassung in der EU voraus. Soweit Drittstaatenregelungen ausnahmsweise einen davon abweichenden Marktzugangsmechanismus für Drittlandakteure vorsehen, wird für den Marktzugang in der Regel Äquivalenz des entsprechenden Aufsichtsrechts des Drittlands verlangt (sog. *Äquivalenzprinzip*). Im EU-Finanzmarktrecht finden sich vielfach Marktzugangsmechanismen für Personen aus Drittländern, die auf dem sog. Äquivalenzprinzip beruhen. Nach dem Äquivalenzprinzip ist der Zugang für Drittlandakteure davon abhängig, dass das Aufsichtsrecht des Drittlands mit dem jeweiligen europäischen Aufsichtsrecht gleichwertig (äquivalent) ist.

Das Marktortprinzip (sog. *Vertragsortprinzip*) knüpft an den Ort an, an dem eine Transaktion stattfindet bzw. ein Vertrag abgeschlossen wird. Bei diesem Ort handelt es sich typischerweise um das Domizil der Kundinnen der Anbieter. Dieses Prinzip kommt bspw. bei der Regulierung der Marktformen, den Regeln zur Marktintegrität und den Vertriebsregeln im Prospekt- und Investmentrecht zur Anwendung.

Das sog. *Auswirkungsprinzip* knüpft an den Umstand an, dass sich ein bestimmtes Verhalten auf dem europäischen Finanzmarkt erheblich auswirkt. In diesem Fall erstreckt sich das EU-Finanzmarktrecht nicht nur auf EU-Territorium, sondern entfaltet Rechtswirkungen auch in Drittländern (d.h. es zeitigt extraterritoriale Wirkung).⁷⁹

⁷⁸ Vgl. Jutzi Thomas/Schären Simon, Europäisches Finanzmarktrecht im Umbruch, Neuausrichtung der Drittstaatenordnung?, GesKR 3/2019, 408 ff. (zit. Jutzi/Schären), 414.

⁷⁹ Zur Konzeption der Drittstaatenordnung und zum Äquivalenzprinzip in der EU vgl. Jutzi/Schären, 413 ff.; ferner Weber/Baisch, Digital Finance Package, 232.

Eine Besonderheit ergibt sich aus der sog. *passiven Dienstleistungsfreiheit*. Demnach unterstehen Dienstleistungen, die ein Drittlandakteur auf ausschliessliche Initiative von in der EU domizilierten Kundinnen erbringt, dem Aufsichtsrecht des Drittlands. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des EU-Finanzmarktrechts gelangen nicht zur Anwendung. Dieses Prinzip wird auch als sog. *Reverse Solicitation* bezeichnet.⁸⁰ Damit eine Dienstleistung als passiv erbracht angeschaut wird, gelten strenge Massstäbe. Die ESMA hat erst kürzlich daran erinnert, dass bereits das Umwerben von Kundinnen in der EU dazu führen kann, dass, wenn sich die Kundinnen daraufhin an den Drittlandakteur wenden, die Dienstleistung nicht mehr als auf alleinige Veranlassung der Kundinnen hin erbracht angeschaut werden kann.⁸¹

Bei grenzüberschreitender Tätigkeit in die EU hinein ergeben sich für Drittlandakteure nicht nur aufsichts- und strafrechtliche Risiken (z.B. wegen unerlaubtem Tätigwerden). Eine solche Tätigkeit kann für sie auch mit zivilrechtlichen Risiken verbunden sein. Die EU-Finanzmarktgesetze enthalten vielfach Bestimmungen zum Schutze von Anlegerinnen. Dies eröffnet Konsumentinnen mit Wohnsitz in der EU die Möglichkeit, zivilrechtlich an ihrem Wohnsitz in der EU gegen Drittlandakteure vorzugehen. Indirekt finden dann die zwingenden Verbraucherschutzvorschriften und somit u.U. die EU-Finanzmarktgesetzgebung Anwendung (Art. 15 ff. des sog. LugÜ⁸² i.V.m. Art. 6 der Rom-I-Verordnung⁸³).⁸⁴

2. In der MiCAR

Der sachlich-räumliche Geltungsbereich der MiCAR ist relativ weit. Sie gilt für alle Personen, die in der EU Kryptowerte ausgeben oder Dienstleistungen

⁸⁰ Vgl. Jutzi/Schären, 414.

⁸¹ Vgl. ESMA, Public Statement, Reminder to firms of the MiFID II rules on „reverse solicitation“ in the context of the recent end of the UK transition period, 13. Januar 2021, ESMA35-43-2509.

⁸² Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12).

⁸³ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177 vom 4. Juli 2008, 6 ff.

⁸⁴ Für einen vertieften Überblick zum Drittstaatenregime im EU-Finanzmarktrechts siehe Jutzi/Schären, insb. 4 f., 9 f., 416 f.; ferner Jutzi/Abbühl, K 24. Zur Reverse Solicitation in Bezug auf MiFID II/MiFIR ausführlich Ammann Thierry Romain, Der europäische Marktzugang für Schweizer Banken, Diss. St. Gallen 2018, Zürich/St. Gallen 2020, 501 ff.; ferner Sethe Rolf, Das Drittstaatenregime von MiFIR und MiFID II, SZW 2014, 615 ff., 602 ff.; Tobler, insb. 30 ff., 77 f.

im Zusammenhang mit Kryptowerten erbringen (Art. 2 Abs. 1). D.h. Schweizer Dienstleister, die Krypto-Dienstleistungen in einem EU-Land anbieten oder in einem EU-Land Kryptowerte emittieren, unterstehen grundsätzlich den Bestimmungen der MiCAR.⁸⁵

Im Gegensatz zu anderen EU-Finanzmarktregulierungen (z.B. MiFID II/MiFIR) enthält die MiCAR keine Äquivalenzregelung.⁸⁶ Weil die digitale Natur von Kryptowerten den Zugriff auf Anbieter solcher Produkte erschwert, sieht sie stattdessen einen weitgehenden Niederlassungszwang vor: Emittenten von E-Geld- und wertreferenzierten Token und Krypto-Dienstleister benötigen eine entsprechende Lizenz, wenn sie in der EU tätig sein wollen. Eine solche Lizenz wird nur erteilt, wenn die Stablecoin-Emittenten und Krypto-Dienstleister in der EU ansässig sind (Art. 15 Abs. 1-2, Art. 43 Abs. 1, Art. 53 Abs. 1).⁸⁷ Die mit der Zulassung verbundenen Pflichten finden auf sie dann direkt Anwendung.⁸⁸ Unter der MiCAR gilt somit grundsätzlich das Sitzortprinzip. Möglich bleibt die Reverse Solicitation, d.h. die grenzüberschreitende Dienstleistung an Kundinnen in der EU „auf eigenes Betreiben“ bzw. ausschliessliche Initiative der Kundinnen. Für Krypto-Dienstleister ist die Anwendbarkeit dieses (eng auszulegenden) Reverse Solicitation-Prinzip in der MiCAR explizit festgehalten (Erw. (51)).

Für Emittenten von allgemeinen Token gilt demgegenüber das Vertragsortsprinzip: Sie dürfen bei Vorliegen eines der NCA notifizierte Whitepapers ihre Token in der EU auch weiterhin ohne Zulassung in der EU anbieten. Ist das Whitepaper erstmal bei der NCA im Herkunftsmitgliedstaat notifiziert, darf das Token auch in den anderen EU-Ländern emittiert werden (Erw. (21) i.V.m. Art. 10 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Nr. 22 MiCAR; vgl. Art. 28 i.V.m. Art. 2 Bst. i

⁸⁵ Vgl. Weber, *Regulierungsansätze*, 454, Fn. 16.

⁸⁶ Die EU Kommission wird jedoch innert 36 Monaten nach Inkrafttreten der MiCAR in einem Bericht darlegen, ob eine Äquivalenzregelung eingeführt werden soll (Art. 122 V Bst. k), vgl. Jutzi/Abbühl, K 43.

⁸⁷ Kreditinstitute benötigen keine separate Lizenz. Sie müssen sich aber an die Vorgaben von Art. 15a halten. Insb. müssen sie ein Whitepaper erstellen und von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigen lassen. Zudem trifft sie eine Rechtsgutachtenpflicht zur Qualifikation der emittierten Token (Art. 15a, insb. Abs. 1 Bst. a-b).

⁸⁸ A.M. offenbar Jutzi/Abbühl, K 21, die – unter Verweis auf Bürgi Benjamin/Kremer Michael, *Die europäische Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCAR) – Übersicht und potentielle Auswirkungen auf die Schweiz, iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht*, 25. August 2022, Ziff. 3.4. – vom Marktortprinzip ausgehen.

der sog. Prospektverordnung⁸⁹).⁹⁰ Ohne dieses notifizierte Whitepaper dürfen Schweizer Emittenten allgemeine Token in der EU nur auf Reverse Solicitation-Basis emittieren.

Von den NCA des Herkunftsmitgliedstaats (Art. 3 Abs. 1 Nr. 22⁹¹) erteilte Tätigkeitsbewilligungen gelten grundsätzlich für die gesamte EU (vgl. etwa Erw. (29) i.V.m. Art. 15 Abs. 5; Erw. (52), (54) i.V.m. Art. 53 Abs. 3 und Art. 58). Dasselbe gilt für die Genehmigung von Whitepapers, der NCA notifizierte Whitepaper und Marketingmitteilungen (vgl. etwa Erw. (21) i.V.m. Art. 10 Abs. 1; Erw. (29) i.V. Art. 15 Abs. 6). Die MiCAR folgt somit dem Konzept des EU-Passes.⁹²

Eine weitere Besonderheit gilt für Emittenten von E-Geld-Token, die sich auf eine Unionswährung beziehen. In diesem Fall wird die Emission von Geld wegen als in der EU erfolgt erachtet (Art. 43 Abs. 1). Somit gilt bei E-Geld-Token, die an den Euro oder eine andere Unionswährung anknüpfen, das Auswirkungsprinzip. D.h. nur als Kreditinstitut oder E-Geld-Institut lizenzierte Institute mit Sitz in der EU dürfen solche Produkte ausgeben (siehe unten, [C.III.1.](#)). Mit dieser extraterritorialen Wirkung will sich die EU die Währungshoheit über die Unionswährung sichern.

Aus der MiCAR können sich neben aufsichtsrechtlichen Pflichten auch privatrechtliche Pflichten ergeben. Namentlich die mit der Whitepaper-Pflicht verbundene Haftung (siehe unten, [C.V.2.](#)) sowie die Haftung von Verwahrstellen und Krypto-Verwahrern für Verluste der verwahrten Finanzinstrumente/Kryptowerte (siehe unten, [C.VII.](#)) dürften Verbraucherschutzcharakter haben. Aus dem Zusammenspiel des LugÜ und der Rom-I-Verordnung können diese Bestimmungen für Schweizer Krypto-Verwahrer somit auch bei grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen mit in der EU ansässigen Kundinnen anwendbar sein.⁹³

⁸⁹ Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABl L 168 vom 30. Juni 2017, 12 ff

⁹⁰ Vgl. Weber/Baisch, Digital Finance Package, 232; Jutzi/Schären, 417; Jutzi/Abbühl, K 24.

⁹¹ Als Herkunftsmitgliedstaat gilt z.B. der Staat, in dem die Kryptowerte erstmals angeboten werden oder in dem der erste Antrag auf Zulassung zum Handel auf einer Handelsplattform für Kryptowerte gestellt wird, wenn der Emittent nicht in einem EU-Mitgliedstaat domiziliert ist.

⁹² Für einen Überblick zur Konzeption der Drittstaatenordnung im EU-Finanzmarktrecht und zum EU-Passsystem siehe Jutzi/Schären, insb. 4 f., 9 f.; ferner Jutzi/Abbühl, K 24.

⁹³ Vgl. Jutzi/Abbühl, K 45.

3. Würdigung

Schweizer Anbieter, die wertreferenzierte Token oder E-Geld-Token in der EU emittieren oder Krypto-Dienstleistungen in der EU erbringen wollen, benötigen dafür unter der MiCAR künftig eine entsprechende Lizenz. Wer in der EU allgemeine Token emittieren will, muss ein der NCA vorgängig zur Kenntnis gebrachtes Whitepaper publizieren. Bleibt es bei Art. 43 Abs. 1, wird eine Emission von Stablecoins, die einzig an den Euro oder eine andere Unionswährung *pegged* sind, *de facto* selbst auf einer Reverse Solicitation-Basis nicht mehr zulässig sein. Inwieweit sich dieses Verbot gegenüber Schweizer Emittenten effektiv durchsetzen lässt, scheint fraglich. Da bei dieser Vorschrift die Währungshoheit der EU und nicht der Verbraucherschutz im Vordergrund steht, dürfte der Verbrauchergerichtsstand nach LugÜ und somit auch die MiCAR auf Schweizer Stablecoin-Emittenten keine Anwendung finden. Die zivilrechtlichen Risiken einer unbewilligten Ausgabe von EUR-Stablecoins scheinen für Schweizer Krypto-Anbieter also begrenzt. Sofern es sich bei dem betreffenden Akteur um ein nach Schweizer Finanzmarktgesetzen bewilligungspflichtiges Institut handelt, kann eine Ausgabe von E-Geld-Token ohne entsprechende EU-Lizenz allerdings die Gewähr des Instituts für eine einwandfreie Tätigkeit in Frage stellen. Zur Gewährleistung einer einwandfreien Geschäftstätigkeit gehört die Einhaltung von ausländischem Recht wie die erwähnte Lizenzpflicht für die Ausgabe von EUR-Stablecoins (vgl. etwa FINMA-RS 08/21⁹⁴, Rz 136.2-136.5). Fehlt die Gewähr, droht dem Akteur in letzter Konsequenz ein Bewilligungsentzug.

Heute können EU-Mitgliedstaaten eigenständig bestimmen, inwiefern sie Tätigkeiten im Kryptowerte-Markt einer Bewilligung unterstellen und welche Pflichten für Krypto-Anbieter sie damit verbinden wollen. Mit der MiCAR wird der europäische Binnenmarkt im Bereich der Kryptowerte harmonisiert. Verfügt ein Anbieter über eine Zulassung in einem EU-Mitgliedsstaat, kann er seine Dienstleistung anschliessend ohne weiteres in andere EU-Länder exportieren. Diese Harmonisierung erleichtert den innereuropäischen Marktzugang⁹⁵ und schafft Rechtssicherheit in Bezug auf die aufsichtsrechtlichen Erwartungen an Krypto-Anbieter. Dies wiederum erhöht die Attraktivität des Standorts EU und könnte dazu führen, dass sich Innovatoren vermehrt in der EU statt in der Schweiz niederlassen.

⁹⁴ FINMA-RS 08/21 „Operationelle Risiken – Banken“ vom 8. November 2008.

⁹⁵ Vgl. Erw. (4)-(5), (76).

III. Bewilligungspflichten

1. Allgemeines

Unter der MiCAR benötigen Emittenten von wertreferenzierten Token und E-Geld-Token sowie Krypto-Dienstleister in der EU künftig eine Zulassung (Art. 15 ff.). Die drei neuen Lizenzen ergänzen im EU-Finanzmarktrecht bereits bestehende Bewilligungsformen, z.B. die des Kreditinstituts i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 der sog. Eigenkapitalrichtlinie (*Capital Requirements Directive Number IV, CRD IV*)⁹⁶ i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 der sog. Kapitaladäquanzverordnung (*Capital Requirements Regulation, CRR*)⁹⁷ (das europäische Pendant zur Bank in der Schweiz), der Wertpapierfirma i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Nr. 19 MiFID II (das europäische Pendant zum Wertpapierhaus in der Schweiz) oder des E-Geld-Instituts (i.S.v. Art. 2 Nr. 1 E-Geld-Richtlinie).⁹⁸ Für Emittenten von wertreferenzierten Token und von E-Geld-Token, für Krypto-Dienstleister und für Whitepapers ist ein öffentliches Verzeichnis der ESMA geplant (Erw. (65c) i.V.m. Art. 91a).⁹⁹

2. Emission von E-Geld-Token

Die strengsten Bewilligungsvoraussetzungen gelten für Emittenten von E-Geld-Token (Art. 43 ff.). E-Geld-Token dürfen künftig nur noch durch Institute emittiert werden, die über eine Lizenz als Kreditinstitut oder E-Geld-Institut verfügen, sodass die dortigen Lizenzierungsanforderungen (u.a. im Bereich der Eigenmittel, Organisation und Verhaltenspflichten) greifen (Art. 43 Abs. 1). Hinzu kommen auf Emittenten von E-Geld-Token gemünzte Bewilligungsanforderungen, welche diese laufend erfüllen müssen. Dazu gehört die Publikation eines Whitepapers, das sie vorgängig der zuständigen Aufsichtsbehörde zur Kenntnis gebracht haben (Art. 43 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 46 und Anhang II).

⁹⁶ Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl L 176 vom 27. Juni 2013, 338 ff.

⁹⁷ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl L 176 vom 27. Juni 2013, 1 ff..

⁹⁸ Einzelheiten zu den auf Kreditinstitute und Wertpapierfirmen anwendbaren EU-Finanzmarktregulierungen siehe Reiser/Dobbins, 13, insb. Fn. 93.

⁹⁹ Der Kommissionsvorschlag sah ein solches Register nur für Krypto-Dienstleister und Whitepapers vor (Art. 57 i.V.m. Erw. (53)). Einzelheiten zum Bewilligungsregime in der Schweiz, einen Vergleich mit demjenigen unter der MiCAR und Kriterien zur Aussonderbarkeit von Kryptowerten im Konkurs des Verwahrers siehe Reiser/Dobbins, ins. 486 ff.; Weber/Basich, DLT, 690 ff.

Weiter gelten für sie spezielle Vorgaben in Bezug auf die Ausgabe und Rücktauschbarkeit von E-Geld-Token (Art. 44).¹⁰⁰ Um sicherzustellen, dass die Token hauptsächlich als Tauschmittel und nicht als Wertaufbewahrungsmittel verwendet werden, sind zudem Zinsvereinbarungen untersagt (Erw. (46), Art. 45).¹⁰¹

Sodann gelten Haftungsvorschriften für die im Whitepaper enthaltenen Informationen (Art. 47) sowie Vorgaben für Marketingmitteilungen (Art. 48), Anlagevorschriften für im Tausch gegen E-Geld-Token entgegengenommene Geldbeträge (Art. 49) und Regeln für Sanierungen und eine geordnete Abwicklung (Art. 49a).

3. Emission wertreferenzierter Token

Im Gegensatz zu Emittenten von E-Geld-Token benötigen Emittenten von wertreferenzierten Token keine Lizenz als Kreditinstitut oder E-Geld-Institut. Jedoch müssen sie eine juristische Person mit Sitz in der EU sein (Art. 15 Abs. 1-2). Zudem müssen auch sie ein Whitepaper erstellen und dieses von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigen lassen (Art. 19 Abs. 1 Satz 2). Mit der Aufsicht über Emittenten wertreferenzierter Token will die EU vermeiden, dass sich wertreferenzierter Token auf Grundlage einer nichteuropäischen Währung zu einem weit verbreitete Zahlungsmittel entwickeln und die EU dadurch in ihrer Währungshoheit beeinträchtigt wird.¹⁰²

Wie die Emittenten von E-Geld-Token müssen auch die Emittenten von wertreferenzierten Token laufende Bewilligungsvoraussetzungen einhalten. Die Whitepaper-Pflicht (Art. 15 Abs. 3, Art. 16 Abs. 1 Bst. i.V.m. Art. 17 i.V.m. Anhängen I-II und Art. 21, 24) samt einer Haftung für Informationen im Whitepaper (Art. 22), Mindestrechte der Token-Inhaberinnen wie Rücktauschrechte bei besonderen Ereignissen (Art. 35) sowie das Verzinsungsverbot (Art. 36) für Emittenten von E-Geld-Token gelten auch für Emittenten wertreferenzierter Token. Hinzu kommen eine allgemeine Treupflicht gegenüber Token-Inhaberinnen (Art. 23), Marketingvorgaben (Art. 25), Informationspflichten (Betrag der in Umlauf befindlichen Token, Wert und die Zusammensetzung des Reservevermögens usw., vgl. Art. 26), Vorgaben zum Beschwerdemanagement (Art. 27), Umgang mit Interessenkonflikten (Art. 27 f.), Meldepflichten (Art. 29) und zur Corporate Governance (Art. 30) sowie Anforderungen an Eigenmittel (Art. 31) und Reservevermögen (Art. 32 ff.), ferner Vorgaben in Zusammenhang mit Sanierungen und einer geordneten Abwicklung (Art. 41a, 42).

¹⁰⁰ Vgl. Weber/Baisch, Digital Finance Package, 233

¹⁰¹ Vgl. Eggen, 179 f.

¹⁰² Vgl. hierzu auch EU Rat, Pressemitteilung 29. Juni 2022.

Kreditinstitute, die wertreferenzierte Token ausgeben, benötigen zwar unter der MiCAR keine separate Zulassung als Emittent solcher Token. Sie müssen sich dabei aber ebenfalls an gewisse Auflagen halten. Z.B. gelten die Whitepaper-Pflicht und die Rechtsgutachten-Pflicht über die Klassifikation der emittierten Token auch für sie (Art. 15 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 15a).

Speziell bei der Zulassungsprüfung von Emittenten wertreferenzierter Token ist vorgesehen, dass NCAs, EBA und ESMA und – sofern die wertreferenzierten Token auf Unionswährungen Bezug nehmen – die *Europäische Zentralbank* (EZB) sowie die nationale Zentralbank, welche die betreffende Währung ausgibt, konsultieren, bevor sie die Zulassung erteilen oder verweigern (Erw. (29), Art. 18 Abs. 3-4). Zudem haben die Aufsichtsbehörden die Möglichkeit, Emittenten wertreferenzierter Token die Zulassung zu verweigern oder zu entziehen, die Menge der emittierten Werte zu begrenzen oder eine Mindeststückelung vorzugeben, wenn das Geschäftsmodell eine ernsthafte Bedrohung für die Finanzstabilität, Geldpolitik oder Währungshoheit der EU darstellen könnte (Art. 19 Abs. 2 Bst. c, Art. 20 Abs. 1 Bst. ga, Art. 20 Abs. 1a-1b). Bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte (> 1 Mio. Transaktionen oder > 200 Mio. Euro im Durchschnitt pro Tag während einem Vierteljahr in einem einzigen Währungsgebiet) müssen Emittenten die Ausgabe der Token einstellen und der zuständigen Aufsichtsbehörde einen Plan vorlegen, wie sie die Einhaltung der Schwellenwerte sicherstellen (Art. 19a). Für die Emission wertreferenzierter Token soll m.a.W. künftig eine Obergrenze eingeführt werden.¹⁰³

4. Emission von allgemeinen Token

Die tiefsten Anforderungen gelten für Emittenten von allgemeinen Token wie bspw. Utility Token (Art. 4 ff.). Sie müssen zwar eine juristische Person sein. Anders als Emittenten von E-Geld- oder wertreferenzierten Token können sie ihren Sitz aber auch in einem Drittland (also ausserhalb der EU) haben (Art. 4 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Nr. 22). Um in der EU tätig sein zu dürfen, müssen sie im Wesentlichen lediglich ein Whitepaper publizieren und dieses der NCA notifizieren (Art. 4 Abs. 1 Bst. b-e i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Nr. 22).¹⁰⁴ Weiter gelten für sie Vorgaben für Marketingmitteilungen (Art. 6 ff., 11), eine allgemeine Treuepflicht (Art. 13) und eine Haftung für Informationen im Whitepaper (Art. 11). Zudem haben Verbraucherinnen gegenüber den Emittenten von allgemeinen Token ein 14-tägiges Widerrufsrecht (Art. 12).

¹⁰³ Vor Publikation des Kompromisstexts wurde spekuliert, dass diese Obergrenze fallengelassen werde (vgl. Van Egghen).

¹⁰⁴ Vgl. Reiser/Dobbins, insb. 499 f.

5. Krypto-Dienstleister

Wie bei Emittenten wertreferenzierter Token ist die Zulassung als Krypto-Dienstleister gemäss der MiCAR grundsätzlich juristischen Personen mit Sitz in der EU vorbehalten (Art. 53 ff., insb. Art. 53 Abs. 1). Eine Zulassung natürlicher Personen ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich (Art. 53 Abs. 1, 3. Absatz). Krypto-Dienstleister müssen zumindest einen Teil ihrer Krypto-Dienstleistungen von der EU aus erbringen und mindestens einer ihrer Geschäftsführer muss in der EU niedergelassen sein. Bei den Krypto-Dienstleistern darf es sich also nicht bloss um von Drittländern aus gesteuerte „Sattelliten“ handeln (Art. 53 Abs. 1, 2. Abschnitt). Die weiteren Bewilligungsvoraussetzungen für Krypto-Dienstleister beinhalten einerseits für alle Krypto-Dienstleister gleichermassen geltende Vorschriften. Dazu gehören etwa eine allgemeine Treuepflicht, Kapital- und organisatorische Anforderungen, Informations- und Meldepflichten (insb. auch, wenn der Wert der emittierten Token 1 Mio. Euro übersteigt; vgl. Art. 19a), eine Pflicht zur sicheren Aufbewahrung der Kryptowerte resp. Kundengelder, ein Verzinsungsverbot in Bezug auf wertreferenzierte Token (vgl. Art. 36) sowie Vorgaben zum Beschwerdemanagement, Umgang mit Interessenkonflikten und Outsourcing (Art. 59 ff) und für eine geordnete Abwicklung (Art. 66a). Andererseits sieht die MiCAR auf die verschiedenen Arten von Krypto-Dienstleistungen zugeschnittene spezielle Bewilligungspflichten vor.¹⁰⁵ Diese gehen den allgemeinen Bewilligungspflichten vor. Im Fall der an die MiFID II angelehnten Krypto-Dienstleistungen (Transaktionsausführungen, Anlageberatung, individuelle Portfoliomanagement usw.) bspw. gelten an die MiFID II angelehnte Verhaltenspflichten wie insb. die Angemessenheits- und Eignungsprüfung (Art. 67 ff.).

Kreditinstitute, sog. *Zentralverwahrer* (i.S.d. Verordnung über Zentralverwahrer¹⁰⁶), Wertpapierfirmen, Marktbetreiber (i.S.v. MiFID II), E-Geld-Institute,

¹⁰⁵ Einzelheiten zum Bewilligungsregime (inkl. bewilligungsfreien Aktivitäten) unter der MiCAR siehe Reiser/Dobbins, insb. 498-503; ferner Jutzi/Abbühl, insb. K 24 f.; Weber/Baisch, Digital Finance Package, insb. 233 f. Zur Aufsichtszuständigkeit bei signifikanten Tokens siehe unten, C.IV).

¹⁰⁶ Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012, ABl L 257 vom 28. August 2014, 1 ff.

Fondsleitungen von UCITS (i.S.d. UCITS-Richtlinie¹⁰⁷) und Verwalter von Alternativen Anlagefonds (i.S.d. AIFMD¹⁰⁸) benötigen keine separate Lizenz als Krypto-Dienstleister (Art. 53 Abs. 1). Sie müssen die NCA jedoch vorgängig über die geplante Aufnahme ihrer Tätigkeit als Krypto-Dienstleister in Kenntnis setzen. Zudem dürfen sie ohne zusätzliche Bewilligung als Krypto-Dienstleister nur bestimmte Krypto-Dienstleistungen erbringen. Z.B. dürfen Zentralverwahrer ohne Lizenz als Krypto-Dienstleister nur die „Verwahrung und Verwaltung von Kryptowerten“ anbieten (Art. 53b).

6. Würdigung

Emittenten von E-Geld-Token sind grundsätzlich bereits in bestehenden EU-Regulierungen reguliert, weshalb die zusätzliche Regulierung in der MiCAR in Bezug auf diese kaum einen nennenswerten Mehrwert bringt.¹⁰⁹

Das Niederlassungsfordernis in einem EU-Mitgliedstaat für Emittenten von E-Geld- und wertreferenzierten Token sowie für Krypto-Dienstleister führt dazu, dass Drittlandakteure den EU-Markt nicht mehr aktiv (z.B. über die Entsendung von Personal oder auf dem Weg grenzüberschreitender Kommunikation) werden bedienen dürfen. Möglich bleibt für sie einzig ein passives Tätigwerden auf Basis einer Reverse Solicitation (siehe oben, [C.II.1](#)). D.h. sie dürfen die betreffenden Tätigkeiten nur auf (alleinige) Initiative der Kundinnen ausüben. Geschäftstätigkeit auf einer Reverse Solicitation-Basis ist mit Risiken verbunden. Im Zuge von Brexit hat die EU ihre Anforderungen an die Passivität der Erbringung von Dienstleistungen verschärft. Aufgrund dieser Risiken und weil für Krypto-Dienstleister weniger strenge Kapital- und Organisationsanforderungen als für Emittenten gelten, könnte es sich daher für Krypto-Anbieter künftig lohnen, ihre Dienstleistungen über eine EU-Niederlassung zu erbringen (u.U. mittels Outsourcing an die EU-Niederlassung des Schweizer Krypto-Anbieters; siehe unten, [C.VIII](#)).

¹⁰⁷ Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl L 302 vom 17. November 2009, 32 ff.

¹⁰⁸ Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl L 174 vom 1. Juli 2011, 1 ff.

¹⁰⁹ Vgl. Feger Anika/Gollasch Raphael S., MiCAR – Ein erster Überblick für Compliance-Beauftragte zur Krypto-Regulierung, Compliance Berater 2022, 248 ff. (zit. Feger/Gollasch), 250.

In der Schweiz existieren keine spezifischen Vorschriften zu Stablecoins. Das Schweizer Finanzmarktrecht ist prinzipienbasiert gehalten. Es reguliert insb. die Entgegennahme von Einlagen, die gemeinschaftliche Kapitalanlage und die Verwaltung, Aufbewahrung und den Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen sowie den Betrieb von Finanzmarktinfrastrukturen. Die Schweiz wendet die Bewilligungspflichten für die entsprechenden Tätigkeiten nach dem Grundsatz „*Same Business, Same Risks, Same Rules*“ auf Stablecoins an. Nach Erkenntnissen der FINMA benötigen Emittenten von Stablecoins in der Schweiz häufig eine Bank- oder Fintech-Lizenz (Art. 1a-1b BankG) oder eine Bewilligung nach dem Kollektivanlagengesetz¹¹⁰) oder als Wertpapierhaus (Art. 41 FINIG i.V.m. Art. 12 FinfraG. Wenn im Zusammenhang mit der Emission eines Stablecoins ein Zahlungssystem von Bedeutung entsteht, kann sich zudem eine Bewilligungspflicht als Zahlungssystem mit risikoerhöhenden Nebendienstleistungen ergeben (Art. 4 Abs. 2 und Art. 21 FinfraG).¹¹¹ Nahezu immer besteht aufgrund des üblichen Zahlungsmittelzwecks auch eine Unterstellung unter das GwG.¹¹² Nur wenn ein Stablecoin unter keine dieser Regulierungen fällt (also z.B. die emittierten Token keinen Einlösungsanspruch beinhalten, die Token keine Effekten sind und es sich um unbedeutende (Zahlungs-)Token handelt), benötigen Projekte zur Schaffung von Stablecoins in der Schweiz

¹¹⁰ Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006 (KAG; SR 951.31).

¹¹¹ Bei Ausübung einer Nebendienstleistung wie der Entgegennahme von Einlagen braucht es ebenfalls eine entsprechende Bewilligung der FINMA und Einhaltung der betreffenden Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 10 Abs. 2 FinfraG; vgl. Medienmitteilung der FINMA vom 11. September 2019, FINMA äussert sich zu „Stable Coins“).

¹¹² Referenziert ein Token auf eine bestimmte Fiat-Währung und besteht für Anlegerinnen ein fixer Einlösungsanspruch (z.B. 1 Token = 1 CHF), liegt eine Qualifikation als Einlage i.S.d. BankG regelmässig nahe. Ist der Einlösungsanspruch wertentwicklungsabhängig (z.B. bei Anbindung an einen Währungskorb) und erfolgt die Verwaltung der referenzierten Vermögenswerte auf Rechnung und Risiko der Token-Inhaberinnen, kann dies ein Hinweis auf eine Kollektivanlage sein. Besteht kein Einlösungsanspruch, sondern ein alternativer Stabilisierungsmechanismus, können (neben dem Geldwäschereirecht) andere Finanzmarktgesetze, insb. das FinfraG beim Betrieb von bedeutenden Zahlungssystemen ‚einschlägig‘ sein. Bei Anbindung der Token an eine einzelne Effekte mittels schuldrechtlichem Lieferanspruch der Token-Inhaberinnen handelt es sich beim Token regelmässig ebenfalls um eine Effekte. Während eine Eigenemission von Effekten grundsätzlich keine Bewilligungspflicht auslöst, können die Übernahme und Primärmarktangeboten entsprechender Token eine bewilligungspflichtige Wertpapierhaustätigkeit darstellen. Erfolgt die Anbindung an einen Korb von Effekten, liegt wiederum eine Bewilligungspflicht als Kollektivanlage nahe (vgl. Stablecoin-Wegleitung). Die Entgegennahme von nicht jederzeit den Kundinnen zur Verfügung gehaltenen oder von nicht absonderbaren Token (Art. 16 Ziff. 1^{bis} BankG) löst regelmässig eine Lizenzpflicht als Bank oder Fintech auch ohne fixen Einlösungsanspruch aus.

keine prudenzielle Bewilligung.¹¹³ In diesem Fall muss man sich aber fragen, ob mit dem Projekt überhaupt ein echter Stabilisierungsmechanismus verbunden ist und man überhaupt noch von Stablecoins sprechen kann.¹¹⁴ Anbieter von Strukturierten Produkten (z.B. Tracker-Zertifikate, die kryptobasierte Vermögenswerte replizieren) an Privatkundinnen in der Schweiz (ausserhalb eines dauernden Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrages) müssen diese Produkte speziell besichern (z.B. durch die Zusicherung einer Bank, für die Leistungsverpflichtungen der Emittenten einzustehen; vgl. Art. 70 FIDLEG).

In der EU erfordern die erwähnten Tätigkeiten¹¹⁵ (Entgegennahme von (strukturierte) Einlagen, die Emission und Erbringung von Dienstleistungen in Zusammenhang mit Finanzinstrumenten wie Effekten oder Anteilen an Kollektivkapitalanlagen, Erbringung von Zahlungsdiensten usw.) ebenfalls eine Bewilligung (z.B. als Kreditinstitut, Wertpapierhaus oder und Ausgeber oder Verwalter von kollektiven Kapitalanlagen). Auf Kryptowerte sind diese Regulierungen jedoch gerade nicht anwendbar (siehe oben, [C.I.1.b](#)), weswegen nun in der EU die MiCAR eingeführt werden soll.

IV. Aufsichtszuständigkeit

Für die Durchsetzung der MiCAR werden die NCA zuständig sein (Art. 81).¹¹⁶ Bei signifikanten wertreferenzierten Token und signifikanten E-Geld-Token wird die EBA ein Aufsichtskollegium (*College of Supervisors*) errichteten müssen, dem neben Vertreterinnen der EZB und der ESMA auch solche der NCA angehören (Erw. (49), Art 98 ff.). Bei signifikanten wertreferenzierten Token geht die Zuständigkeit für die Aufsicht über die Emittenten auf die EBA über (Art. 39 Abs. 5 bzw. Art. 40 Abs. 5 i.V.m. Art. 98 Abs. 1). Für die Aufsicht über Krypto-Dienstleister und Emittenten nicht signifikanter Token bleiben die NCA verantwortlich (Art. 98 Abs. 2). Bei signifikanten E-Geld-Token besteht eine geteilte Zuständigkeit zwischen den NCA und der EBA, wobei die EBA die Erfüllung der in der MiCAR festgelegten spezifischen Zusatzanforderungen für

¹¹³ Eine Bewilligungspflicht als Finanzintermediär nach GwG bleibt möglich. An diese Bewilligung sind keine Kapitalvorgaben geknüpft.

¹¹⁴ Vgl. Stablecoin-Wegleitung, 4 (Ziff. 2.3).

¹¹⁵ Entgegennahme von (strukturierte) Einlagen, Emission und Erbringung von Dienstleistungen in Zusammenhang mit Finanzinstrumenten wie Effekten oder Anteilen an Kollektivkapitalanlagen, Erbringung von Zahlungsdiensten usw.

¹¹⁶ Vgl. Jutzi/Abbühl, K 22.

signifikante E-Geld- Token beaufsichtigt (Erw. (68) i.V.m. Art. 98).¹¹⁷ Bei signifikanten Krypto-Dienstleistern kommen der ESMA gewisse Aufsichtsbefugnisse zu (Erw. (78b) i.V.m. Art. 75a).¹¹⁸

V. Verhaltens- und Organisationspflichten

1. Widerrufsrecht

Die MiCAR räumt natürlichen Personen, die für private Zwecke Utility Token oder allgemeine Token direkt vom Emittenten oder Krypto-Dienstleister, der diese Token im Namen des Emittenten platziert, erwerben, ein kostenloses Widerrufsrecht gegenüber dem betreffenden Emittenten oder Krypto-Dienstleister ein. Sie können dieses Widerrufsrecht während 14 Tagen nach dem Token-Erwerb (bei befristeten Angeboten bis zum Ablauf der Zeichnungsfrist) ausüben. Ab Information über den Widerruf haben die Emittenten/Krypto-Dienstleister maximal zwei Wochen Zeit, den Erwerberinnen ihre Zahlungen samt Gebühren zurückzuerstatten. Die Rückerstattung hat grundsätzlich auf demselben Weg (gleiches Zahlungsmittel) zu erfolgen wie die ursprüngliche Zahlung (Art. 12 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Nr. 28).

In der Schweiz besteht bislang kein entsprechendes regulatorisch verankertes Widerrufsrecht.

2. Whitepaper

Die MiCAR statuiert für Emittenten von Kryptowerten eine Pflicht zur Erstellung, Veröffentlichung, Genehmigung und Notifikation eines Whitepapers mit bestimmten Mindestinhalten.¹¹⁹ Diese sog. Whitepaper-Pflicht weist Parallelen zur Prospektspflicht auf. Allerdings handelt es sich beim Krypto-Whitepaper nicht um einen Prospekt i.S.d. Prospektverordnung. Die vorgegebenen Mindestinhalte für das Whitepaper variieren je nach Art des Token. In Bezug auf wertreferenzierte Token und E-Geld-Token braucht es detaillierte Angaben zum Reservevermögen (siehe unten, [C.VI.3.](#)) und allfälligen Rücktauschansprüchen (siehe unten, [C.V.4.](#); Art. 17 Abs. 1 b-f). Whitepaper für E-Geld-Token

¹¹⁷ Ausnahmen bei einem Bezug auf andere Unionswährungen als Euro siehe Erw. (68a) i.V.m. Art. 50 Abs. 5a.

¹¹⁸ In der Schweiz besteht bei systemisch bedeutsamen Zahlungssystemen (i.S.v. Art. 21 FinfraG; siehe oben, [C.III.6.](#)) eine Zuständigkeit der Schweizerischen Nationalbank (SNB) nach Art. 23 (Art. 82 FinfraG).

¹¹⁹ Ausnahmen bestehen für die in Art. 4 Abs. 2 aufgezählten Token. Insb. lösen Mining-Reswards und NFTs keine Whitepaper-Pflicht aus (vgl. Jutzi/Abbühl, K 23).

müssen neben Angaben zu den Bedingungen für den Rücktausch etwa eine Bestätigung enthalten, dass die Token-Inhaberinnen jederzeit ein Recht auf Rücktausch zum Nennwert haben (Art. 44 Abs. 5, Art. 46 Abs. 5 Bst. a).

Enthält ein Whitepaper unvollständige, unfaire, nicht eindeutige oder gar irreführende Informationen, haften sowohl die Emittenten als auch deren Leitungsorgane/Geschäftsführung (!) für Schäden, die den Token-Inhaberinnen deswegen entstehen (Art. 14, 22, 47). Die Beweislast für den Verstoss gegen die Informationspflicht und den Token-Inhaberinnen deswegen entstandenen Schaden (inkl. Kausalzusammenhang zwischen Verstoss und Schaden) obliegt dabei den Token-Inhaberinnen. Eine Beweislastumkehr zulasten der Emittenten findet nicht statt. Die Haftung für Informationen im Whitepaper ist aufsichtsrechtlicher und somit zwingender Natur. D.h. ein Ausschluss zivilrechtlicher Haftung zeitigt keine Rechtswirkung. Die Whitepaper-Haftung schliesst zudem weitergehende zivilrechtliche Haftungsansprüche gestützt auf lokales Recht der einzelnen EU-Mitgliedstaaten nicht aus.

Die zuständigen Aufsichtsbehörden überwachen die Einhaltung der Vorgaben in Zusammenhang mit dem Whitepaper. Bei Bedarf können sie gegen die Veröffentlichung eines Whitepapers ein Veto einlegen bzw. die Aufnahme zussätzlicher Informationen in das Whitepaper verlangen (vgl. etwa Art. 82 Abs. 1 Bst. n).¹²⁰

In der Schweiz haften Schuldnerinnen (z.B. eine Aktiengesellschaft bei der Ausgabe von Aktien oder eine Gesellschaft, welche Darlehen zu ihrer Finanzierung aufnimmt) nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragshaftung (Art. 97 ff. OR) oder aus vorvertraglicher Haftung (sog. Verschulden bei Vertragsverhandlungen, *Culpa in Contrahendo*), wenn den Erwerberinnen von Registerwertrechten (DLT-Effekten) aus dem Nichtfunktionieren des Wertregisters ein Schaden entsteht.

Ergänzend dazu wurde mit dem DLT-Gesetz eine spezielle Informationshaftung ohne Freizeichnungsmöglichkeit für Schuldnerinnen von DLT-Effekten eingeführt. Demnach müssen Schuldnerinnen die Erwerberinnen über den Inhalt der DLT-Effekten, die Funktionsweise des Wertrechtereisters sowie die getroffenen Massnahmen zum Schutz des Funktionierens und der Integrität des Wertrechtereisters (z.B. Vorkehrungen gegen unbefugte Veränderungen des Registerinhalts) informieren und sie über mit der Registrierung verbundene technische Risiken aufklären. Falls den Erwerberinnen eines (vermeintlichen) Registerwertrechts ein Schaden durch unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben entsteht, haf-

¹²⁰ Vgl. Weber/Baisch, Digital Finance Package, 232, 234.

ten die Schuldnerinnen den Erwerberinnen, wenn sie nicht nachweisen können, dass sie bei den Informationen die erforderliche Sorgfalt angewendet haben (sie also bspw. ein Register gewählt haben, das den Anforderungen nicht genügt und sie die Erwerberinnen darüber falsch informiert haben). Mit dieser Haftung soll namentlich der Fall aufgefangen werden, in welchem sich die Integrität des Registers im Nachhinein als von Anfang an nicht vorhanden erweist und die Wertpapierwirkungen deshalb gar nie eintreten konnten (Art. 973i i.V.m. 973d Abs. 2-3 OR). Vereinbarungen, welche diese Haftung beschränken oder wegbedingen, sind nichtig.¹²¹

DLT-Effekten gelten als Finanzinstrumente i.S.v. FIDLEG (Art. 2 Bst. b FinfraG i.V.m. Art. 3 Bst b FIDLEG). Finanzdienstleister, die Finanzdienstleistungen in Bezug auf DLT-Effekten erbringen und im Prospekt oder Basisinformationsblatt (Art. 35, 58 FIDLEG) unzutreffende Angaben zu diesen DLT-Effekten machen, haften für diese Informationen (Art. 69 FIDLEG). Von der Legaldefinition der DLT-Effekten nicht erfasst werden sog. Zahlungs- und Nutzungs-Token im Sinne der ICO-Wegleitung der FINMA.¹²²

3. Allgemeine Treuepflicht

Die MiCAR statuiert für Krypto-Dienstleister eine allgemeine Treuepflicht. Gemäss dieser allgemeinen Treuepflicht sind sämtliche Anbieter von Krypto-Dienstleistungen gehalten, ihren Kundinnen faire, klare und nicht irreführende Informationen zur Verfügung zu stellen. Dies gilt für sämtliche Informationen gegenüber Kundinnen, d.h. neben Marketing-Mitteilungen bspw. auch für vertragliche Informationen (Art. 59 Abs. 2).

Die Schweizer Finanzmarktregulierung enthält keine explizite allgemeine Treuepflicht für Krypto-Anbieter. Sie statuiert aber vereinzelt spezifische Treuepflichten, z.B. für Finanzdienstleister, die Dienstleistungen in Zusammenhang mit Finanzinstrumenten wie DLT-Effekten (z.B. zum Umgang mit Interessenkonflikten; Art. 26 FIDLEG) oder für Personen, die kollektive Kapitalanlagen (Fonds) aufbewahren oder verwalten (Art. 20 Abs. 1 KAG).

4. Rücktauschrecht

Stablecoins haben das Potenzial, eine breitere Akzeptanz zu erlangen als andere Token-Arten. Damit stellen sie ein potentiell höheres Risiko für Anle-

¹²¹ Vgl. auch BBl 2002, 260, 279, 283, 289 f.

¹²² Vgl. BBl 2002, 309.

gerinnen, Gegenparteien, die Finanzstabilität und eine geordnete Geldpolitik dar. Aus diesem Grund führt die MiCAR strengere Anforderungen für Finanzmarktaktivitäten in Bezug auf Stablecoins ein.¹²³

Unter anderem sieht sie für E-Geld-Token (also Token, die an nur eine einzige Fiat-Währung angebunden sind) zwingend eine Forderung auf Rücktausch vor: Emittenten von E-Geld-Token müssen E-Geld-Token zum Nennwert des erhaltenen Geldbetrags ausgeben und den E-Geld-Token-Inhaberinnen den monetären Wert der E-Geld-Token auf deren Verlangen jederzeit kostenlos und zum Nennwert in der Fiat-Währung, die als Bezugsgrundlage für die E-Geld-Token dient, zurückzahlen. Somit ist die Vereinbarung eines flexiblen Wechselkurses für diese Art von Token verboten (Erw. (45) i.V.m. Art. 44).

Im Gegensatz dazu enthielt der Kommissionsvorschlag für Inhaberinnen von wertreferenzierten Token ursprünglich keine zwingenden Rücktauschrechte für alle Token-Inhaberinnen. Er sah gewisse Mindestrecht für alle Token-Inhaberinnen nur für den Fall vor, dass der Emittent nur bestimmten (d.h. nicht allen Token-Inhaberinnen) ein Recht auf direkten Rücktausch oder eine direkte Forderung gegenüber dem Emittenten oder in Bezug auf das Reservevermögen einräumen sollte. Bspw. sollten Token-Inhaberinnen bei erheblichen Abweichungen des Werts der Token vom Wert des Reservevermögens das Recht erhalten, direkt vom Emittenten den Rücktausch ihrer Token gegen Reservevermögen zu verlangen (Erw. (40), Art. 35¹²⁴). Der finale Kompromisstext geht hier weiter als der Kommissionsvorschlag: Er statuiert ein Rücktauschrecht sowohl für E-Geld-Token-Inhaberinnen als auch für alle Inhaberinnen wertreferenzierter Token (Art. 35). Im Gegenzug wurde die Subsidiärhaftung für Unternehmen, die Geldbeträge im Tausch gegen die ausgegebenen E-Geld-Token entgegennehmen und aufbewahren, sowie für Personen, die für die Emittenten E-Geld-Token vertreiben, im Kompromisstext gelöscht (Art. 44 Abs. 7).

5. Beschwerdemanagement

Unter der MiCAR müssen Emittenten und Krypto-Dienstleister künftig ein kostenloses Beschwerdeverfahren für Kryptowerte-Inhaberinnen errichten und für eine zeitnahe und faire Behandlung aller Beschwerden sorgen (Art. 27, 65).

¹²³ Vgl. Kommissionsvorschlag, 4, 6; Reiser/Dobbins, 495.

¹²⁴ Welche Wertschwankungen ein direktes Rücktauschrecht auslösen, wird die EBA noch konkretisieren müssen (Art. 35 Abs. 5).

In der Schweiz ist bislang regulatorisch kein solches Beschwerdeverfahren vorgeschrieben. Mindestens die bewilligten Institute (insb. Banken, Wertpapierhäuser, Zahlungsdienstleister) verfügen in der Praxis aber bereits über ein entsprechendes Beschwerdemanagement. Sofern Emittenten oder Krypto-Dienstleister auch als Finanzdienstleister für Retail- und vermögenden Privatkundinnen tätig sind (sie also bspw. individuelles Portfoliomanagement, Anlageberatung oder Transaktionsausführungen in Bezug auf Finanzinstrumente wie DLT-Effekten erbringen), müssen sie sich einer Ombudstelle anschliessen. Die Kundinnen haben dann die Möglichkeit, bei der Ombudstelle ein Vermittlungsverfahren gegen den Finanzdienstleister einzuleiten (Art. 8 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 74 ff. FIDLEG).

6. Nachhaltigkeit

Für die Validierung von Transaktionen mit Kryptowerten verwendete Konsensmechanismen (z.B. *Proof-of-Work*) können nachteilige Auswirkungen auf Klima und Umwelt haben. Gemäss der MiCAR sollten solche Konsensmechanismen daher umweltfreundlichere Lösungen einsetzen und sicherstellen, dass etwaige wesentliche negative Auswirkungen auf Klima und Umwelt von Emittenten und Anbietern von Krypto-Werten ermittelt und offengelegt werden (Erw. (5a)). Dementsprechend müssen die Whitepapers (siehe oben, [C.V.2.](#)) Informationen über die wichtigsten negativen Umwelt- und Klimaauswirkungen des Konsensmechanismus enthalten, der für die Ausgabe der Kryptowerte verwendet wird (Art. 5 Abs. 1 Bst. g, 17 Abs. 6a, 17 Abs. 10c, 19 Abs. 4b). Inhalt, Methoden und Darstellung dieser Informationen wird die ESMA in technischen Regulierungsstandards noch näher spezifizieren (Erw. (5a) i.V.m. Art. 5 Abs. 11a).¹²⁵

7. Würdigung

Nach mit der Whitepaper-Pflicht (siehe oben, [C.V.2.](#)) vergleichbare Vorgaben für die Bereitstellung von und die Haftung für Informationen in Bezug auf Kryptowerte, die keine DLT-Effekten sind (etwa Zahlungs- und Nutzungstoken), sucht man in der Schweizer Finanzmarktregulierung vergeblich. Damit sich Anlegerinnen bei der Emission von Kryptowerten ein verlässliches Bild darüber machen können, was sie bei einer Investition in solche Werte erhalten und welche Risiken damit verbunden sind, wäre eine entsprechende Whitepaper-Pflicht für Anlegerinnen auch in der Schweiz wünschenswert. Derartige Transparenzvorgaben würden nicht in die Geschäftsmodelle der Anbieter ein-

¹²⁵ Vgl. EU Rat, Pressemitteilung 30. Juni 2022.

greifen.¹²⁶ Für den Marktzugang in die EU würde sich an der Einführung einer Whitepaper-Pflicht in der Schweiz für Schweizer Krypto-Anbieter allerdings nichts ändern: Für allgemeine Token besteht mit einem notifizierten Whitepaper bereits Marktzugang, und für die Emission referenzierter Token und von E-Geld-Token brauchen Schweizer Krypto-Anbieter eine Niederlassung in der EU (siehe oben, [C.III.](#)).¹²⁷ Indem die Emittenten dennoch ein Whitepaper erstellen, können sie jedoch zivilrechtliche Risiken aus dem Zusammenspiel von LugÜ/Rom-I-Verordnung¹²⁸ und damit verbundene Rechts- und Reputationsrisiken mitigieren (siehe oben, [C.II.2.](#)). Sollten die bereitgestellten Informationen nicht zutreffen, machen sie sich dadurch aber auch angreifbar.

Ein aufsichtsrechtlicher Rücktauschanspruch (siehe oben, [C.V.4.](#)) wie in der MiCAR existiert in der Schweiz so bislang nicht. Da ein solcher Rückerstattungsanspruch für Anlegerinnen attraktiv ist, wird die Schweiz hier mittelfristig mit der EU mitziehen müssen. Ansonsten könnte sich dies als Standortnachteil für die Schweizer Krypto-Branche erweisen.

Das in der EU vorgesehene Widerrufsrecht (siehe oben, [C.V.1.](#)) ist praktisch auf Nutzungs-Token beschränkt und es ist den Emittenten resp. Vertreibern überlassen, die Zeichnung zu befristen. Dementsprechend hat das Widerrufsrecht auf die Krypto-Branche in der Schweiz keinen wesentlichen Einfluss. Auch von der Pflicht zur Errichtung eines Beschwerdeverfahrens (siehe oben, [C.V.5.](#)) in der EU sind keine wesentlichen Auswirkungen auf die Schweizer Krypto-Branche zu erwarten.

Spezifische Vorgaben zur Nachhaltigkeit (siehe oben, [C.V.6.](#)) finden sich im DLT-Gesetz keine. Damit sich die Schweiz diesbezüglich im internationalen Vergleich keine Chancen vergibt, besteht hier mittelbarer Handlungsbedarf. Hierzu braucht es nicht zwingend neue Regularien. Das Thema Nachhaltigkeit kann auch auf Ebene einer Selbstregulierung der Branche angegangen werden.

VI. Kapitalanforderungen

1. Allgemeines

Um Risiken für die Finanzstabilität aufzufangen und zum Schutz der Verbraucherinnen sieht die MiCAR Eigenmittelanforderungen für Stablecoin-Emittenten sowie für gewisse Krypto-Dienstleister vor (siehe unten, [C.VI.2.](#)). Neben Eigenmitteln müssen Stablecoin-Emittenten über eine ausreichend liquide

¹²⁶ Gl. M. Weber/Baisch, Rz 47; Jutzi/Abbühl, K 25 f.

¹²⁷ Vgl. Jutzi/Abbühl, K 25 f

¹²⁸ Verordnung (EG) Nr. 593/2008.

Reserve im Verhältnis 1:1 und teilweise in Form von Einlagen verfügen. Mit der Reserve soll sichergestellt werden, dass sie ihre Rücktauschpflicht gegenüber den Token-Inhaberinnen jederzeit erfüllen können (siehe unten, [C.VI.3.](#)).¹²⁹ Zudem bestehen für Emittenten Vorgaben in Bezug auf die Verwahrung der erhaltenen Geldbeträge bzw. des Reservevermögens (siehe unten, [C.VI.4.](#)).

2. Eigenmittel

Emittenten von wertreferenzierten Token müssen jederzeit über Eigenmittel verfügen, die mindestens dem höchsten der folgenden Beträge entsprechen: 350'000 Euro, 2% des durchschnittlichen *Reservevermögens* oder ein Viertel der Fixkosten des vorangegangenen Jahres. Bei Anzeichen für erhöhte Risiken (z.B. aufgrund der Bewertung der Risikomanagementprozesse oder internen Kontrollmechanismen, Qualität / Volatilität des Reservevermögens, Signifikanz der Token oder Resultate von Stresstests) haben NCA die Möglichkeit, die benötigten Eigenmittel um 20% auf bis zu 2.4% des Reservevermögens heraufzusetzen.¹³⁰ Die Eigenmittel müssen in Form von sog. hartem Kernkapital i.S.d. CRR vorliegen (Art. 31).

Emittenten von E-Geld-Token müssen in Bezug auf die Eigenmittel grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie E-Geld-Institute erfüllen. D.h. sie benötigen bei ihrer Zulassung ein Anfangskapital von mindestens 50'000 Euro. Zudem müssen sie jederzeit über Eigenmittel verfügen, die mindestens dem höchsten der folgenden Beträge entsprechen: 350'000 Euro oder 2% des durchschnittlichen E-Geld-Token-Umlaufs (sog. Methode D). Die NCA haben auch hier die Möglichkeit, Eigenmittel um bis zu 20% erhöhen (Art. 43 Nr. 1b MiCAR i.V.m. Art. 4-5 E-Geld-Richtlinie).¹³¹

Je nach Art der Krypto-Dienstleistung gelten auch für Krypto-Dienstleister Kapitalanforderungen. Diese können jedoch in Form von Eigenmitteln oder einer Versicherung erfüllt werden. Am strengsten sind die Eigenmittelvorgaben beim Betrieb von Handelsplattformen für Kryptowerte (Art. 60 i.V.m. Annex IV).

¹²⁹ Vgl. EU Rat, Pressemitteilung 29. Juni 2022.

¹³⁰ Bei signifikanten wertreferenzierten Token gelten höhere Eigenmittelanforderungen (Art. 31 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 41 Abs. 4).

¹³¹ Im Gegensatz zu Emittenten wertreferenzierter Token können die zuständigen Aufsichtsbehörden die Eigenmittelvorgaben bei E-Geld-Token auch herabsetzen (Art. 43 Nr. 1b MiCAR i.V.m. Art. 5 E-Geld-Richtlinie). Bei signifikanten E-Geld-Token gelten grundsätzlich die gleichen Eigenmittelvorschriften wie bei wertreferenzierten Token (Art. 52 Bst. a).

Für von der FINMA direkt oder indirekt über eine sog. Aufsichtsorganisation i.S.d. sog. Finanzinstitutsgesetzes¹³² beaufsichtigte Personen gelten in der Schweiz ebenfalls Eigenmittelanforderungen. Hierzu gehören namentlich Banken (i.S.v. Art. 1a BankG), Fintechs (i.S.v. Art. 1b BankG), DLT-Handelssysteme (i.S.v. Art. 73a FinfraG) sowie Finanzinstitute wie Wertpapierhäuser oder individuelle Vermögensverwalter (i.S.v. Art. 41, 17 Abs. 1 FINIG). Für die (Eigen-)Emission reiner Nutzungs- oder Zahlungs-Token gelten sowohl unter der MiCAR als auch in der Schweiz keine spezifischen Eigenmittelvorgaben.

Seit Inkrafttreten des DLT-Gesetzes geniessen kryptobasierte Vermögenswerte (einschliesslich Zahlungs-Token) in der Schweiz insolvenzrechtliche Privilegien (Art. 242a Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes¹³³, Art. 16 Ziff. 1^{bis} BankG).¹³⁴ Aussonderbare (Art. 242a SchKG) bzw. absonderbare (Art. 16 Ziff. 1^{bis} BankG) Token qualifizieren als Depotwerte. Dementsprechend müssen sie nicht auf der Bilanz bzw. in den Büchern der Verwahrstelle geführt und folglich auch nicht mit entsprechenden Eigenmitteln unterlegt werden.¹³⁵ Lücken bestehen in Bezug auf den Einlagenschutz bei Entgegennahme von Fiat-Währungen durch Fintechs. Diese sind im Unterschied zu kryptobasierten Vermögenswerten im Konkurs nicht absonderbar. Hier strebt der Bundesrat künftig eine Lösung an, in der die Kundengelder vom übrigen Vermögen von Fintechs segregiert werden müssen mit dem Ziel, Kundinnen besser zu schützen bzw. deren Sicherung im Konkursfall zu gewährleisten.¹³⁶

3. Reservevermögen

Zusätzlich zu den Eigenmitteln müssen Emittenten von wertreferenzierten für jede ausgegebene Kategorie von wertreferenzierten Token eine sog. *Vermögenswertreserve* bilden. Mit Vermögenswertreserve ist der Korb aus Fiat-Währungen, Waren oder Kryptowerten gemeint, mit dem die wertreferenzierten Token unterlegt sind (Art. 3 Abs. 1 Nr. 21). Die Vermögenswertreserve steht im Verhältnis zum Emissionsvolumen der Token und dient als Bezugsgrösse für die Bemessung der Eigenmittel (Art. 32; siehe oben, [C.VI.2.](#)). Sie ist gesondert von den Eigenmitteln aufzubewahren. Die konkreten Liquiditätsanforderungen für die Anlage der Vermögenswertreserve müssen EBA, ESMA und EZB

¹³² Finanzinstitutsgesetz vom 15. Juni 2019 (FINIG, SR 954.1).

¹³³ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1).

¹³⁴ Einzelheiten zu den Kriterien zur Aussonderbarkeit siehe Reiser/Dobbins, 487 f.

¹³⁵ Um als Depotwerte zu klassifizieren, müssen die kryptobasierten Vermögenswerte absonderbar, d.h. individuell oder – bei sammelverwahrten Token – anteilmässig einzelnen Kundinnen zuordenbar sein (Art. 16 Ziff. 1^{bis} Bst. b BankG).

¹³⁶ Bericht des Bundesrates, Evaluation gemäss Artikel 52a des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, 16. Dezember 2022, 5 f.

noch ausarbeiten. Dabei haben sie sich an gewisse Mindestanforderungen zu halten. Diese sehen u.a. vor, dass Emittenten mindestens 30% der erhaltenen Geldbeträgen in den im Token referenzierten Fiat-Währungen als Einlagen bei einem Kreditinstitut halten müssen (Art. 32, insb. Art. 32 Nr. 1d Abs. 2 Bst. b und Abs. 4, i.V.m. Erw. (36)-(37), (42), (49)). Den verbleibenden Teil des Reservevermögens dürfen sie nur in hochliquiden Finanzinstrumenten mit minimalem Markt-, Kredit- und Konzentrationsrisiko anlegen (Art. 34).¹³⁷

Wie die Emittenten von wertreferenzierten Token müssen auch Emittenten von E-Geld-Token mindestens 30% der erhaltenen Geldbeträge als Einlagen bei Kreditinstituten halten. Die übrigen Geldbeträge dürfen sie nur in hochliquiden Vermögenswerten mit minimalem Markt-, Kredit- und Konzentrationsrisiko anlegen. Die Vermögenswerte müssen bei einem Kreditinstitut verwahrt werden und auf dieselbe Währung lauten wie die Bezugswährung der ausgegebenen E-Geld-Token. Damit sollen Währungsrisiken vermieden werden. (Art. 43 Nr. 1b i.V.m. Art. 49 Abs. 1 und Erw. (48) MiCAR i.V.m. Art. 7 E-Geld-Richtlinie i.V.m. Art. 9 Abs. 1-2 der sog. Zahlungsdienste-Richtlinie¹³⁸).¹³⁹

In der Schweiz bestehen Reserve- bzw. Absicherungspflichten bspw. bei Fintechs und der Ausgabe von Strukturierten Produkten. Diese Vorgaben beziehen sich allerdings nicht spezifisch auf Kryptowerte (siehe oben, [C.III.6.](#)).

4. Verwahrstellen

Emittenten von Kryptowerten müssen die entgegengenommenen Geldbeträge resp. das Reservevermögen bei einer sog. *Verwahrstelle* hinterlegen (Art. 9 Abs. 2, Art. 33 Abs. 1 Bst. a, Art. 49). Welche Personen als Verwahrstelle in Frage kommen, hängt von der Art der emittierten Token und der Zusammensetzung des Reservevermögens ab: Emittenten von wertreferenzierten Token können das Reservevermögen bei einem Kreditinstitut oder einem sog. *Krypto-Verwahrer*¹⁴⁰ verwahren lassen, soweit es sich dabei um Kryptowerte handelt. Bei Finanzinstrumenten müssen sie die Verwahrung einer Wertpapierfirma oder einem Kreditinstitut übertragen. Bei allen anderen Vermögenswerten kommt

¹³⁷ Bei signifikanten wertreferenzierten Token gelten höhere Liquiditätsanforderungen für die Vermögenswertreserve (Art. 41 Nr. 6 Abs. 1 Bst. aa).

¹³⁸ Richtlinie (EU) 2015/2366.

¹³⁹ Bei signifikanten E-Geld-Token gelten hinsichtlich Reservevermögen im Wesentlichen die gleichen Vorschriften wie bei den wertreferenzierten Token (Art. 52 Bst. a).

¹⁴⁰ D.h. Krypto-Dienstleister, welche die Verwahrung und Verwaltung von Kryptowerten oder der Mittel für den Zugang zu solchen Kryptowerten (z.B. in Form von Schlüsseln wie Private Identification Keys oder PIK) für Dritte erbringen (Art. 53 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Nr. 9 Bst. a und Nr. 10).

als Verwahrstelle nur ein Kreditinstitut in Frage (Art. 33 Abs. 2 Bst. a, ba und b). Emittenten von E-Geld-Token müssen das Reservevermögen auf einem gesonderten Konto bei einem Kreditinstitut hinterlegen (Art. 43 Nr. 1b i.V.m. Art. 7 E-Geld-Richtlinie i.S.v.m. Art. 9 Abs. 1-2 Zahlungsdienste-Richtlinie i.V.m. Art. 49 MiCAR).¹⁴¹ Bei der Emission von allgemeinen Token können die aufgenommenen Vermögenswerte bei Kreditinstituten (bei öffentlichen Angeboten) oder Krypto-Verwahrern hinterlegt werden (Art. 9 Abs. 2).

Die Verwahrstellen müssen das Reservevermögen auf den Namen der Emittenten in einem Verzeichnis der Risikopositionen (bei Kryptowerten), *in ihren Büchern* in einem Depot (bei Finanzinstrumenten) oder *in ihren Büchern* auf einem separaten Konto (bei Geldbeträgen resp. Fiat-Währungen) führen.¹⁴² Die Werte sollen bei der Verwahrstelle jederzeit als Teil des Reservevermögens identifiziert werden können (Art. 33 Abs. 4, Art. 49 Abs. 1 Bst. b). Die in ihren Büchern geführten Werte des Reservevermögens müssen Verwahrstellen – gemäss den auf sie anwendbaren Finanzmarktregulierungen (z.B. CRD IV/CRR für Kreditinstitute) – mit Eigenmitteln unterlegen.

5. Würdigung

Damit sie ihren Verpflichtungen gegenüber den Anlegerinnen (insb. deren Rücktauschrecht) jederzeit nachkommen können, benötigen Stablecoin-Emittenten in der EU künftig gewisse Eigenmittel und müssen die ausgegebenen Stablecoins bis zu 100% mit liquiden Reserven unterlegen. In der Schweiz können Tätigkeiten in Bezug auf Stablecoins eine Bewilligungspflicht nach einem Schweizer Finanzmarktgesetz auslösen (siehe oben, [C.III.6.](#)). Mit Ausnahme des GwG enthalten diese Finanzmarktgesetze ebenfalls Eigenmittelvorschriften. Bspw. müssen Fintechs ein Mindestkapital von 3% der entgegengenommenen Einlagen und sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerte dauernd halten, mindestens jedoch 300'000 Schweizer Franken (Art 1b Abs. 3 Bst. c BankG i.V.m. Art. 17a Abs. 1 BankV¹⁴³). In Bezug auf die Kapitalanforderungen sind die Schweizer Regulierung und die MiCAR also zwar nicht identisch, aber vergleichbar.

In der Schweiz sind kryptobasierte Vermögenswerte im Konkurs zudem aus- bzw. absonderbar, soweit sie sich einzelnen Kundinnen individuell oder anteilmässig zuordnen lassen. Diese Absonderbarkeit erweist sich für Anlegerinnen

¹⁴¹ Bei signifikanten E-Geld-Token gelten im Wesentlichen die gleichen Verwahrungsvorschriften wie bei den wertreferenzierten Token (Art. 52 Bst. a).

¹⁴² Kryptowerte müssen in einem Positionsregister vermerkt, aber nicht in den Büchern der Verwahrstelle geführt werden.

¹⁴³ Bankenverordnung vom 30. April 2014 (BankV; SR 952.02).

v.a. bei Emissionen von Token, die auf kryptobasierte Vermögenswerte referenzieren, sowie bei der Verwahrung von kryptobasierten Vermögenswerten (inkl. Stablecoins) als nützlich (siehe oben, [C.VI.2.](#)).

Welches System aus Kundensicht besser ist – Aus-/Absonderbarkeit wie in der Schweiz oder Mindestreserven/-eigenmittel wie in der EU (und je nach anwendbarem Finanzmarktgesetz in der Schweiz) – lässt sich abstrakt schwer beantworten. In beiden Fällen bestehen Betrugsrisiken: Falls ein Finanzmarktakteur die Zuordenbarkeit der kryptobasierten Vermögenswerte nicht wie vorgeschrieben umsetzt (bspw. die Verwahrstelle keine (aktuellen) Listen zur Zuordnung der kryptobasierten Vermögenswerte führt, wie dies bspw. im FTX-Kollaps befürchtet wird), lassen sich die betreffenden Vermögenswerte im Konkursfalle praktisch nicht aus-/absondern. Ebenso gut kann sein, dass Emittenten oder Verwahrstellen die Vorgaben in Bezug auf Eigenmittel oder Reserven nicht einhalten (sie also bspw. das Halten der vorgeschriebenen Einlagen nur vorspiegeln). Für den Kundenschutz entscheidend ist v.a., wie die *Corporate Governance* der Emittenten und Verwahrstellen ausgestaltet ist, und inwieweit die zuständigen Aufsichtsbehörden die Einhaltung dieser Vorgaben überwachen. Die in der MiCAR vorgesehenen Vorgaben zu den Eigenmitteln und zum Reservevermögen machen den EU-Markt für Kryptowerte für Anlegerinnen also nicht *per se* attraktiver.

Aufgrund der Eigenmittel- und Reservevorgaben dürfte die Emission von Stablecoins über sog. *Special Purpose Vehicles* (SPV) in der EU künftig nicht mehr möglich sein. Anders ist es bei Emittenten, die den EU-Markt lediglich auf Reverse Solicitation-Basis bedienen. Hier bietet die Schweiz gegenüber der EU für Krypto-Anbieter also einen Standortvorteil.

VII. Haftung der Verwahrstellen und Krypto-Verwahrer

Wenn Verwahrstellen Finanzinstrumente oder Kryptowerte des Reservevermögens verlieren, haften sie den Emittenten bis zum Markt(!)wert der verloren gegangenen Werte. Von dieser Haftung können sie sich nur befreien, wenn sie nachweisen, dass der Verlust auf ein äusseres Ereignis zurückzuführen ist, das sich nach vernünftigem Ermessen ihrer Kontrolle entzog und dessen Folgen trotz aller zumutbaren Anstrengungen nicht hätten vermieden werden können (Art. 33 Abs. 8).

Krypto-Verwahrer, die Kryptowerte von Kundinnen infolge von Funktionsstörungen oder Vorfällen wie Betrug oder Hacking verlieren, haften den Kundinnen für diese Verluste ebenfalls bis zum Marktwert (Art. 67 Abs. 3 i.V.m. 8). Im Gegensatz zum Kommissionsvorschlag sieht der Kompromisstext für die Krypto-Verwahrer eine ähnliche Haftungsbefreiungsmöglichkeit wie für die

Verwahrstellen vor. Hierzu müssen sie nachweisen, dass ihnen die Ereignisse, die zum Verlust der Kryptowerte der Kundinnen geführt haben, nicht zuzurechnen sind (z.B. ein Problem, das mit dem Betrieb des DLT-Systems zu tun hat, auf das der Krypto-Verwahrer keinen Einfluss hat).

Welche Massnahmen/Ereignisse die zuständigen Behörden im Einzelfall für zumutbar/anrechenbar erachten, lässt sich im Voraus schwer abschätzen. Dementsprechend müssen Verwahrstellen/Krypto-Verwahrer damit rechnen, dass sie sich bei Verlust der verwahrten Vermögenswerte nicht exkulpieren können und somit bis zum Marktwert haften. Dagegen sollten sie sich absichern. Für den Fall, dass Verwahrstellen/Krypto-Verwahrer die Verwahrung und Verwaltung des Reservevermögens oder von Kryptowerten von Kundinnen an Dritte delegieren, sollten sich diese Dritten darauf einstellen, dass ihnen die Verwahrstellen/Krypto-Verwahrer die Haftung für einen Verlust dieser Werte überbinden.

In der Praxis schliessen Verwahrstellen/Krypto-Verwahrer eine Haftung für Verluste von Kryptowerten der Kundinnen regelmässig aus oder begrenzen sie. Bei dieser Haftung handelt es sich jedoch um Aufsichtsrecht und somit um zwingendes Recht. D.h. es kann vertraglich nicht eingeschränkt werden. Kundinnen ist dies häufig nicht bewusst. Entsprechende Haftungsausschlüsse/-begrenzungen können für Kundinnen irreführend sein und somit gegen die allgemeine Treuepflicht verstossen (siehe oben, [C.V.3.](#)). Verwahrstellen und Krypto-Verwahrer, die in ihren Verträgen eine weniger strenge Haftung statuieren als in der MiCAR vorgesehen, werden ihre Verträge anpassen müssen.

VIII. Outsourcing

Emittenten müssen die im Tausch gegen die emittierten Token erhaltenen Geldbeträge bzw. das Reservevermögen für diese Token von Kreditinstituten, Wertpapierfirmen oder Krypto-Verwahrer verwahren lassen, also von Personen, die über eine entsprechende EU-Bewilligung verfügen (siehe oben, [C.VI.4.](#)). Fraglich ist, ob diese Personen für die Verwahrung und Verwaltung ihrerseits Dritte – namentlich Drittlandakteure wie Schweizer Depotbanken – beiziehen dürfen. Anders gefragt: Darf der *Cold Storage*/Server mit den PIK in der Schweiz sein oder müssen die PIK in der EU aufbewahrt werden?

Im Gegensatz zum Kommissionsvorschlag hält der Kompromisstext für Krypto-Dienstleister ausdrücklich fest, dass diese ihre Tätigkeiten auch an ausserhalb der EU domizilierte Personen auslagern dürfen (Art. 66 Abs. 1

Bst. g¹⁴⁴). Die Verantwortung für die Verwahrung und Verwaltung verbleibt jedoch bei den Krypto-Dienstleistern (Art. 66 Abs. 1 Bst. a). Diese müssen sicherstellen, dass die beigezogenen Dritten mit der für die Aufsicht über die Krypto-Dienstleister zuständigen Aufsichtsbehörde zusammenarbeiten und diese jederzeit Zugang vor Ort bei den Dritten zu den für ihre Aufsichtstätigkeit benötigte Informationen haben (Art. 66 Abs. 1 Bst. d).¹⁴⁵ Dieses unbeschränkte Informationszugangserfordernis könnte für das Outsourcing an Schweizer Krypto-Anbieter zum Stolperstein werden: Wollen fremdländische Aufsichtsbehörden bei FINMA beaufsichtigten Personen (Banken, Wertpapierhäuser usw.) (Kunden-)Informationen einholen oder Vor-Ort-Kontrollen durchführen, brauchen sie hierfür eine Bewilligung der zuständigen Behörde. Solche Bewilligungen beschränkten sich typischerweise auf im Voraus und auf anonymisierter Basis ausgewählte Kundendossiers.

Für ein Outsourcing der Verwahrung und Verwaltung von Kryptowerten an Dritte durch Krypto-Verwahrer gelten Spezialvorgaben, die den allgemeinen Outsourcing-Vorschriften (Art. 66) vorgehen. Krypto-Verwahrer dürfen diese Tätigkeit nur an Krypto-Dienstleister auslagern, die ihrerseits über eine Zulassung nach Art. 53 verfügen (Art. 67 Nr. 9). Eine solche Lizenz setzt eine Niederlassung in der EU voraus (Art. 53 Nr. 1 Abs. 2-3). Eine Auslagerung der Kryptoverwahrung an Drittlandakteure wie Schweizer Depotbanken ist unter der MiCAR daher künftig nicht mehr möglich.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Im Vergleich zum in der Schweiz verfolgten Ansatz „*Same Business, Same Risks, Same Rules*“ ist die MiCAR komplexer, insb. was die Abgrenzung zu Bewilligungspflichten unter bereits bestehenden Finanzmarktregulierungen (MiFID II usw.) anbelangt.

Anders als die Schweizer Regulierung enthält die MiCAR zahlreiche Regeln zum Schutz des europäischen Marktes. Damit schränkt sie die Möglichkeiten für Schweizer Krypto-Anbieter zur grenzüberschreitenden Bedienung des EU-Markts in Bezug auf Kryptowerte ein. Dies gilt insb., aber nicht nur, in

¹⁴⁴ „Anbieter von Krypto-Dienstleistungen stellen sicher, dass an der Auslagerung beteiligte Dritte [...] Standards erfüllen, die gelten würden, wenn die Dritten in der Union niedergelassen wären.“

¹⁴⁵ Vgl. Gortsos, 71. Die Anforderungen an die Auslagerung in Art. 66 gelten für sämtliche Anbieter von Krypto-Dienstleistungen, nicht nur für Krypto-Verwahrer. Handelt es sich bei den Verwahrstellen um Kreditinstitute oder Wertpapierfirmen, sind für die Frage der Auslagerung die für diese Institute anwendbaren Regularien (CDR IV/CDD, MiFID II/MiFIR usw.) heranzuziehen.

Bezug auf E-Geld-Token. Umgekehrt erschliesst die EU mit der neuen Regulierung den europäischen Binnenmarkt für Kryptowerte: Heute gelten in den verschiedenen EU-Ländern unterschiedliche Vorgaben für die Emission von Kryptowerten und die Erbringung von Krypto-Dienstleistungen. Dies erschwert Krypto-Anbietern eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung innerhalb der EU. Unter der MiCAR dürfen sie ihre Token/Dienstleistungen künftig mittels EU-Pass in alle anderen EU-Ländern exportieren, wenn sie in einem EU-Land über eine entsprechende Zulassung verfügen.

Verhaltenspflichten wie die Whitepaper-Pflicht oder das Rücktauschrecht und das Haftungssubstrat, das Emittenten und Krypto-Dienstleister als Eigenmittel und Vermögensreserven halten müssen, sorgen für Transparenz und Sicherheit. Dies macht den EU-Markt für Kryptowerte in für Anlegerinnen – und somit auch für Krypto-Dienstleister – attraktiv. Wenn die Schweiz mit der EU mithalten will, sollte sie mindestens die Einführung einer Whitepaper-Pflicht ins Auge fassen.

Der Schweizer Krypto-Standort bietet Krypto-Anbietern einen gewichtigen Vorteil, nämlich die mit dem DLT-Gesetz eingeführten zivilrechtlichen und insolvenzrechtliche Regelungen der Übertragung von Token (resp. der damit verknüpften Rechte) und der Behandlung von Token im Konkurs. Diese Regelungen sind für den Anlegerschutz von zentraler Bedeutung. Sie schaffen Rechtssicherheit für alle beteiligten Parteien und erlauben es Schweizer Krypto-Anbietern, neue Geschäftsmodelle wie bspw. die Ausgabe digitaler Aktien für Kapitalerhöhungen auszuprobieren. Die MiCAR beschränkt sich auf aufsichtsrechtliche Aspekte und lässt zivil- und insolvenzrechtliche Fragen offen. Sie geht also weniger weit als das DLT-Gesetz.

Aufgrund der erwähnten Standortvorteile der Schweiz, aber auch, weil Stablecoins derzeit noch nicht sehr weit verbreitet sind, werden sich Krypto-Anbieter mit Einführung der MiCAR zwar wärmer anziehen müssen. Eine Eiszeit wird für sie deswegen aber nicht anbrechen.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
05 | 2023

LEITARTIKEL:

Simon Schären
ELTIF 2.0 – Weiterentwicklung
des europäischen
Rechtsrahmens für
langfristige Anlagen

ELTIF 2.0 – Weiterentwicklung des europäischen Rechtsrahmens für langfristige Anlagen

Grundzüge der europäischen Reform und Querbezüge zum Schweizer Recht

Simon Schären*

Inhalt

A.	Einführung	F 3
B.	Ausgangslage	F 6
I.	Grundkonzept des ELTIF	F 6
II.	Reformbedarf	F 7
C.	Änderungen im Rahmen des Reformprojekts (ELTIF 2.0)	F 8
I.	Zulässige Anlagen und Anlagevermögenswerte	F 8
1.	Co-investments	F 8
2.	Sachwerte	F 9
3.	Organismen für gemeinsame Anlagen, Verbriefungen und grüne Anleihen	F 10
4.	Qualifizierte Portfoliounternehmen	F 11
a)	Grundsatz	F 11
b)	Finanzunternehmen	F 12
c)	Schwellenwert bei der Marktkapitalisierung	F 12
d)	Drittstaatenbezug	F 12
5.	Interessenkonflikte und Co-investments	F 13

* PD Dr. iur. Simon Schären, Rechtsanwalt, LL.M., Senior Legal Counsel, Asset Management Association Switzerland (AMAS), Basel/Zürich/Genf; Privatdozent und Lehrbeauftragter an der Universität Bern (Rechtswissenschaften). Der Beitrag basiert teilweise auf einem Referat anlässlich der Tagung „Entwicklungen im Recht der kollektiven Kapitalanlagen“ des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP) der Universität St. Gallen (HSG) vom 9. Dezember 2022. Die nachfolgenden Ausführungen geben ausschliesslich die persönliche Auffassung des Autors wieder. Für wertvolle Hinweise und Diskussionen danke ich Prof. Dr. iur. Thomas Jutzi, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern, Dr. iur. Jean-Claude Spillmann, Rechtsanwalt, Partner PwC Schweiz sowie MLaw Guillaume Toffel, Rechtsanwalt, LL.M., Senior Legal Counsel AMAS.

II.	Anlagepolitik	F 13
1.	Portfoliozusammensetzung und Diversifizierung	F 13
2.	Obergrenzen/Konzentration	F 15
3.	Barkreditaufnahme	F 15
III.	Rücknahmegrundsätze und Sekundärmarkt	F 16
1.	Voraussetzungen und Modalitäten der Anteilsrücknahme	F 16
2.	Ausstieg über den Sekundärmarkt	F 18
IV.	Transparenzanforderungen	F 19
V.	Vertriebsregime	F 20
1.	Lokale Einrichtungen	F 20
2.	Internes Bewertungsverfahren	F 21
3.	Eignungsbewertung	F 21
4.	Bestimmungen zur Verwahrstelle/Vertrieb an Kleinanleger	F 21
5.	Weitere Anforderungen beim Vertrieb an Kleinanleger	F 22
a)	Anforderungen an das Finanzinstrument-Portfolio des Kleinanlegers	F 22
b)	Eignungsprüfung	F 22
c)	Warnpflicht	F 23
d)	Ausnahmen für leitende Mitarbeiter, Portfolioverwalter etc.	F 23
e)	Hinweise bei Feeder-ELTIF	F 24
f)	Gleichbehandlung bei Anteilsklassen	F 24
D.	Exkurs: Querbezüge zum Schweizer Recht	F 24
I.	Allgemeines	F 24
II.	Angebot von ELTIF in der Schweiz	F 25
III.	Die ELTIF-Reform als Vorbild für die Rechtsentwicklung in der Schweiz	F 27
E.	Fazit und Erkenntnisse	F 28

A. Einführung

Im Jahr 2015 hat der europäische Gesetzgeber mit der ELTIF-VO¹ eine Basis für sog. europäische langfristige Investmentfonds (European long-term Investment Funds, „ELTIF“) geschaffen.² Das Regulierungsprojekt ging auf einen Vorschlag der Kommission vom Juni 2013 zurück.³ Der ELTIF dient primär als Vehikel zur Finanzierung langfristiger Infrastrukturprojekte und soll auch für Kleinanleger zugänglich sein.⁴ Von seiner Zielsetzung her soll der ELTIF dazu beitragen, mehr Kapital für langfristige Investitionen in die „Wirtschaft von morgen“ zu lenken, um so den Übergang zu einem intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wachstum zu finanzieren.⁵

Trotz der vielversprechenden Aussichten konnte sich der ELTIF in der Praxis nicht wie erhofft durchsetzen. Anlässlich eines Reformvorschlags vom November 2021 stellte die Kommission fest, dass seit dem Inkrafttreten des Rechtsrahmens bloss 57 ELTIF mit einem geringen Nettovermögen aufgelegt worden

¹ Verordnung (EU) 2015/760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über europäische langfristige Investmentfonds, ABl. L 123 vom 19. Mai 2015, 98 ff. (sog. „ELTIF-VO“). Begriff und Konzept des ELTIF werden unten (unter [B.I.](#)) erörtert.

² Vgl. allgemein zum Hintergrund und zur Entstehungsgeschichte Mäntysaari Petri, *Stocks for All: People's Capitalism in the Twenty-First Century*, Berlin/Boston 2022, 395 ff.; Lutter Marcus/Bayer Walter/Schmidt Jessica, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 6. A., Berlin/Boston 2018, § 38 N 38.68 ff.; Sieradzki Damian Christopher, *Der Einfluss des europäischen Rechts auf das Recht der Schweizer kollektiven Kapitalanlagen*, Diss. BE 2021 = SSHW Bd. 357, Zürich/St. Gallen 2022, N 63 und Fn 190; Sulzer Stephan R., *Banken- und Kapitalmarktrecht*, in: Kellerhals Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz - EU, Überblick und Kommentar 2015/16*, Zürich/St. Gallen 2016, 19 f.; Zetzsche Dirk, *Verordnung über europäische langfristige Investmentfonds (ELTIF-VO) - Langfristigkeit im Sinne der Kleinanleger?*, ZBB 2015, Band 27, Heft 6, 362 ff.

³ Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über europäische langfristige Investmentfonds, COM (2013) 462 final vom 26. Juni 2013.

⁴ Vgl. u.a. ErwG 1, 36 und 38 sowie Art. 1 Abs. 2 ELTIF-VO. Aufgrund des Miteinbezugs der Kleinanleger soll auch eine Alternative zu den offenen Wertpapierfonds (OGAW) nach der OGAW-RL (Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren [OGAW], ABl. L 302 vom 17. November 2009, 32 ff.) entstehen, die im EU-Raum bereits weitverbreitet sind (COM [2013] 462 final, 3 f.). OGAW umfassen allerdings bloss liquide Anlagen (übertragbare Wertpapiere), während sich ELTIF grundsätzlich im Spektrum der alternativen Anlagen bewegen und insoweit kein „geduldiges Kapital“ binden (vgl. hierzu auch COM [2013] 462 final, 4).

⁵ COM (2013) 462 final, 2.

sind.⁶ Das verwaltete Gesamtvermögen betrug 2021 schätzungsweise 2.4 Mrd. EUR. Die Portfoliozusammensetzung war vielfach auf eine bestimmte zulässige Anlagekategorie beschränkt. Ausserdem konzentrierten sich die bestehenden ELTIFs auf wenige Sitzstaaten (Luxemburg, Frankreich, Italien und Spanien), während es in den übrigen Mitgliedstaaten keine eigenen ELTIFs gab. Die Kommission nahm diese Erkenntnisse zum Anlass, um eine tiefgreifende Revision der ELTIF-VO einzuleiten.⁷ Das Reformprojekt war Teil einer umfassenden Initiative zur Weiterentwicklung der *Kapitalmarktunion*.⁸ Die Basis hierfür wurde bereits durch den Aktionsplan zur Kapitalmarktunion 2022 vom September 2021 gelegt.⁹ Um die Attraktivität des ELTIF-Gefässes zu steigern und

⁶ Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/760 in Bezug auf den Umfang der zulässigen Vermögenswerte und Investitionen, die Anforderungen an die Portfoliozusammensetzung und Diversifizierung, die Barkreditaufnahme und weitere Vertragsbedingungen sowie in Bezug auf die Anforderungen für die Zulassung, die Anlagepolitik und die Bedingungen für die Tätigkeit von europäischen langfristigen Investmentfonds, COM(2021) 722 final vom 25. November 2021, 2.

⁷ COM(2021) 722, 15 ff.

⁸ Medienmitteilung der Kommission vom 25. November 2021 (<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_6251>). Gemeinsam mit der ELTIF-Reform wurden auch weitere Projekte aufgegleist. Erfasst waren im Einzelnen (i) der einheitliche europäische Zugangspunkt, European Single Access Point – „ESAP“ (Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung eines zentralen europäischen Zugangsportals für den zentralisierten Zugriff auf öffentlich verfügbare, für Finanzdienstleistungen, Kapitalmärkte und Nachhaltigkeit relevante Informationen, COM[2021] 723 final vom 25. November 2021), (ii) die Überarbeitung der AIFM-RL (Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2011/61/EU und 2009/65/EG im Hinblick auf Übertragungsvereinbarungen, Liquiditätsrisikomanagement, die aufsichtliche Berichterstattung, die Erbringung von Verwahr- und Hinterlegungsdienstleistungen und die Kreditvergabe durch alternative Investmentfonds, COM[2021] 721 final vom 25. November 2021 [„AIFMD II“]) sowie (iii) Überarbeitung der Verordnung über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR) im Kontext der Einführung eines „europäischen konsolidierten Datentickers“ für einen leichteren Zugang aller Anleger zu Handelsdaten (Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung [EU] Nr. 600/2014 in Bezug auf die Erhöhung der Markttransparenz, die Beseitigung von Hindernissen für die Entstehung eines konsolidierten Datentickers, die Optimierung der Handlungspflichten und das Verbot der Entgegennahme von Zahlungen für die Weiterleitung von Kundenaufträgen, COM[2021] 727 final vom 25. November 2021). Weiterführend zur Kapitalmarktunion im Allgemeinen Veil Rüdiger, in: Veil Rüdiger (Hrsg.) *Europäisches und deutsches Kapitalmarktrecht*, 3. A., Tübingen 2022, § 1 N 50 f., 61 ff.

⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine Kapitalmarktunion für die Menschen und Unternehmen – neuer Aktionsplan, COM(2020) 590 final vom 24. September 2020.

damit zur Verwirklichung der Kapitalmarktunion beizutragen, sollten weitgehende Liberalisierungen eingeführt werden.¹⁰ Die Revisionsvorlage wurde im Verlauf des Jahres 2022 beraten, wobei die Einigung im Trilog am 19. Oktober 2022 erfolgte. Die revidierte Fassung der ELTIF-VO wurde schliesslich am 20. März 2023 veröffentlicht.¹¹

Nachfolgend sollen die einzelnen Neuerungen der jüngsten Revision analysiert und in die etablierte Konzeption des europäischen Kollektivanlagenrechts und der vorbestehenden ELTIF-Regulierung eingeordnet werden. Zu diesem Zweck werden zunächst die Grundzüge der ELTIF-VO dargestellt.¹² Anschliessend werden die materiellen Neuerungen des Reformprojekts diskutiert.¹³ Schliesslich sollen die einschlägigen Querbezüge zum Schweizer Recht aufgezeigt werden.¹⁴ Da die ELTIF-Regulierung hierzulande kaum beachtet worden ist, lohnt sich eine Betrachtung aus Schweizer Sicht.¹⁵ Im Vordergrund steht zunächst die Frage, inwiefern EU-ELTIFs in der Schweiz angeboten werden können. Darüber hinaus soll auch geklärt werden, ob sich das europäische ELTIF-Modell als Option für die Schweizer Regulierung anbietet, welche Herausforderungen sich dabei stellen würden und welchen Drittstaatenstatus solche Produkte aus der Perspektive der ELTIF-VO hätten. Die Erkenntnisse und Schlussfolgerungen des Beitrags werden in einer abschliessenden Synthese konsolidiert.¹⁶

¹⁰ Vgl. dazu im Einzelnen unten, [B.II](#).

¹¹ Verordnung (EU) 2023/606 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2023 zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/760 in Bezug auf die Anforderungen an die Anlagepolitik und an die Bedingungen für die Tätigkeit von europäischen langfristigen Investmentfonds sowie in Bezug auf den Umfang der zulässigen Anlagevermögenswerte, auf die Anforderungen an Portfoliozusammensetzung und Diversifizierung und auf die Barkreditaufnahme und weitere Vertragsbedingungen, ABl. L 80 vom 20. März 2023, 1 ff. (im Folgenden ELTIF-VO [rev. 2023]; die Ausgangsversion aus dem Jahr 2015 wird jeweils ohne diesen Zusatz aufgeführt [vgl. auch FN 1 oben]). Die revidierte Verordnung gilt ab dem 10. Januar 2024. Darüber hinaus gelten bestimmte Übergangsfristen (vgl. Art. 2 ELTIF-VO [rev. 2023]).

¹² Vgl. dazu unten, [B](#).

¹³ Vgl. dazu unten, [C](#).

¹⁴ Vgl. dazu unten, [D](#).

¹⁵ Im Vordergrund standen bei rechtsvergleichenden Analysen und internationalen Perspektiven traditionell das AIFM- und das OGAW-Regime. Für diesen Fokus gab es aus rechtspolitischer und dogmatischer Sicht nachvollziehbare Gründe.

¹⁶ Vgl. dazu unten, [E](#).

B. Ausgangslage

I. Grundkonzept des ELTIF

Die ELTIF-VO baut konsequenterweise auf der RL über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-RL¹⁷) auf, da sich in diesem Sekundärrechtserlass die Rahmenbedingungen für die Verwaltung und den Vertrieb alternativer Investmentfonds (AIF) finden.¹⁸ Beim ELTIF handelt es sich um eine besondere Form eines AIF, der nach den Vorgaben der ELTIF-VO zugelassen worden ist und von einem AIFM verwaltet wird.¹⁹ Eine Zulassung als ELTIF kann nur durch einen AIF beantragt werden. Die Verwaltung des ELTIF muss durch einen AIFM vorgenommen werden. Analog zur Konzeption anderer Sekundärrechtserlasse enthält auch die ELTIF-VO ein *Passport-System* für den Binnenmarkt. Danach darf ein zugelassener ELTIF im Rahmen der ELTIF-VO in der gesamten EU vertrieben werden.²⁰ Im Gegensatz zu den Rahmenbedingungen der AIFM-RL erlaubt die ELTIF-VO den grenzüberschreitenden Vertrieb auch gegenüber Kleinanlegern.²¹ Der Einbezug von Kleinanlegern ist eine der zentralen Vorzüge des ELTIF-Konzepts. Mit dem ELTIF sollen bestimmte Anlagemöglichkeiten, die typischerweise institutionellen Anlegern vorbehalten sind (insb. Private Equity, Private Debt, Infrastrukturen etc.), auch Kleinanlegern zugänglich gemacht werden.

Im Gegensatz zur AIFM-RL enthält die ELTIF-VO *kein Drittstaaten-Regime*, so dass als ELTIF einzig durch EU-AIFM verwaltete EU-AIF in Frage kommen.²² ELTIF aus Drittstaaten können unter der ELTIF-VO nicht zugelassen werden.

¹⁷ Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl. L 174 vom 1. Juli 2011, 1 ff.

¹⁸ Vgl. hierzu insb. ErwG 8 ELTIF-VO; Lutter/Bayer/Schmidt, § 38 N 70 f., m.w.H.

¹⁹ ErwG 9 Satz 2 sowie Art. 3 und 4 ELTIF-VO. Als „AIF“ gilt gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a AIFM-RL jeder Organismus für gemeinsame Anlagen einschliesslich seiner Teilfonds, der (i) „von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäss einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren“ und (ii) nicht unter die OGAW-RL fällt. Ein „AIFM“ ist gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b AIFM-RL „eine juristische Person, deren reguläre Geschäftstätigkeit darin besteht, einen oder mehrere AIF zu verwalten“.

²⁰ Art. 3 Abs. 1 und Art. 31 ELTIF-VO; Lutter/Bayer/Schmidt, N 38.72; Simon Schären/Thomas Jutzi, Schweizer Finanzmarktrecht im europäischen Kontext, Zürich/St. Gallen 2022, N 7.

²¹ ErwG 10 sowie Art. 26 ff. ELTIF-VO.

²² ErwG 9 ELTIF-VO; vgl. zum Drittstaatenregime der AIFM-RL Lutter/Bayer/Schmidt, N 38.48; Sieradzki, N 413 ff. Die Einzelheiten sind in Art. 34 ff. AIFM-RL geregelt.

Ebenso wenig kommen Drittstaaten-AIFM als Verwalter eines ELTIF in Frage. Mit diesem Eurozentrismus soll die „europäische Dimension“ des ELTIF-Konzepts betont werden.²³

Ein zugelassener ELTIF muss die Vorschriften der ELTIF-VO stets erfüllen.²⁴ Ferner müssen der ELTIF und der zuständige AIFM die Bestimmungen der AIFM-RL einhalten.²⁵ Der Verwalter des ELTIF muss die Befolgung der ELTIF-VO sicherstellen.²⁶

II. Reformbedarf

Wie eingangs ausgeführt wurde, konnte sich der ELTIF bislang nicht im erwünschtem Umfang durchsetzen.²⁷ Die jüngste Revision der ELTIF-VO soll dazu beitragen, den ELTIF als Anlageprodukt attraktiver zu machen, um mehr Kapital in langfristige Projekte zu lenken.²⁸ Die Kapitalbeschaffung für die spezifischen Zwecke der ELTIF-VO soll erleichtert werden.²⁹ Zu diesem Zweck wird u.a. eine Öffnung gegenüber Kleinanlegern angestrebt, um auf diesem Weg zusätzliches Kapital zu mobilisieren.³⁰ Daher enthält die revidierte ELTIF-VO verschiedene Liberalisierungsansätze, die auf die Verringerung von Marktzutrittsschranken für Kleinanleger ausgerichtet sind. Stehen ELTIF nur professionellen Anlegern offen, entfallen verschiedene Vorschriften, die beim Einbezug von Kleinanlegern gelten würden. Insoweit wird neu stärker zwischen ELTIF für Kleinanleger und ELTIF für professionelle Anleger differenziert, wobei auf beiden Ebenen regulatorische Erleichterungen eingeführt werden.³¹ Dadurch wird der ELTIF für beide Anlegerkategorien attraktiver. Darüber hinaus finden sich in der novellierten Fassung der ELTIF-VO generelle Liberalisierungen, wie insb. beim Investmentsspektrum (u.a. in den Bereichen

²³ So explizit ErwG 9 Satz 1 ELTIF-VO.

²⁴ Art. 7 Abs. 1 ELTIF-VO.

²⁵ Art. 7 Abs. 2 ELTIF-VO.

²⁶ Art. 7 Abs. 3 ELTIF-VO. Der Verwalter des ELTIF haftet nach den Bestimmungen der AIFM-RL für Verstöße gegen die ELTIF-VO. Ausserdem haftet der Verwalter für Schäden und Verluste, die durch die Nichteinhaltung der ELTIF-VO entstehen.

²⁷ Vgl. hierzu oben, [A](#).

²⁸ Anlass für die Revision war die in Art. 37 ELTIF-VO vorgesehene Überprüfung.

²⁹ Art. 1 Abs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023).

³⁰ COM(2021) 722 final, 3.

³¹ ErwG 21 ff. ELTIF-VO (rev. 2023). Die Begriffe „Kleinanleger“ und „professionelle Anleger“ richten sich nach den einschlägigen Definitionen in der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 173, 12. Juni 2014, 349 ff. (MiFID II). Diese Referenz ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 ELTIF-VO.

Anlagevermögen, Diversifikation, Konzentration, Barkreditaufnahme etc.) und bei weiteren Rahmenbedingungen, die als zu einschränkend empfunden wurden.³²

Der Trend hin zu einer liberaleren und flexibleren ELTIF-Regulierung steht im Kontrast zu gegenläufigen Entwicklungen in anderen Regelungsbereichen. So zeichnen sich seit dem *Brexit* vermehrt regulatorische Verschärfungen ab, was auf eine veränderte Regulierungskultur zurückzuführen ist.³³ Dieser Paradigmenwechsel äussert sich nicht nur in einer strikteren Behandlung von Drittstaatenbelangen, sondern auch in internen Regulierungsansätzen. Die jüngste Reform der ELTIF-VO weicht aufgrund der weitreichenden Deregulierung von diesem Muster ab, was insb. mit Blick auf die Öffnung gegenüber Kleinanlegern bemerkenswert ist.

Nachfolgend sollen die wichtigsten Änderungen der ELTIF-Reform dargestellt und in den Kontext der traditionellen ELTIF-Regulierung eingeordnet werden. Die Ausführungen beschränken sich auf eine Auswahl zentraler Schwerpunkte, die von besonderem dogmatischem Interesse sind.

C. Änderungen im Rahmen des Reformprojekts (ELTIF 2.0)

I. Zulässige Anlagen und Anlagevermögenswerte

1. Co-investments

Die revidierte ELTIF-VO ermöglicht einem ELTIF, *co-investments* in Investitionsvorhaben von in Minderheitsbesitz befindlichen Tochtergesellschaften zu tätigen.³⁴ Das in der vormaligen Fassung enthaltene Erfordernis der Mehrheitsbeteiligung wurde aufgegeben. Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a (iii) ELTIF-VO (rev. 2023) wurde zu diesem Zweck angepasst. Durch diese Neuerung soll die Umsetzung indirekter Anlagestrategien erleichtert und das Spektrum möglicher Anlagevermögenswerte erweitert werden.

³² COM(2021) 722 final, 9 ff.

³³ Vgl. hierzu eingehend Simon Schären/Thomas Jutzi, Viele Wege führen nach Brüssel: europakompatibles Finanzmarktrecht im Zeichen des Marktzugangs, recht 2020, 235 ff. und Simon Schären/Thomas Jutzi, Schweizer Finanzmarktrecht im europäischen Kontext – Aufbruch in eine neue Ära, GesKR 2021, 466 ff.

³⁴ ErwG 12 ELTIF-VO (rev. 2023).

2. Sachwerte

Mit dem Reformprojekt ELTIF 2.0 wurden die zulässigen Anlagen bzw. Anlagevermögenswerte erweitert. Im Vordergrund standen dabei die zulässigen Anlagevermögenswerte gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a ELTIF-VO und insb. die hierunter erfassten „Sachwerte“. Nach der ursprünglichen Fassung der ELTIF-VO mussten Sachwerte einen wirtschaftlichen oder sozialen Nutzen aufweisen (z.B. Bildung, Beratung sowie Forschung und Entwicklung) und musste insofern nachhaltig sein.³⁵ Ausserdem wurde bei Sachwerten ein Mindestwert von 10 Mio. EUR vorausgesetzt.³⁶ Schliesslich müssen Sachwerte auch nicht mehr direkt oder indirekt (über qualifizierte Portfoliounternehmen) gehalten werden.³⁷

In der revidierten Fassung der ELTIF-VO wird beim Sachwert weder ein Nachhaltigkeitsbezug noch ein Mindestwert vorausgesetzt. Als Sachwert gilt nun schlicht jeder „Vermögenswert, der aufgrund seiner Beschaffenheit und seiner Eigenschaften einen Ertragswert hat“.³⁸ Dadurch soll der Anwendungsbereich zulässiger Anlagevermögenswerte erweitert und die Flexibilität der Vermögensverwalter erhöht werden.³⁹ Die zuständigen AIFM können in ein deutlich erweitertes Spektrum von Sachwerten investieren.

Obschon die Zulässigkeit von Sachwerten nicht mehr explizit von deren Nachhaltigkeit abhängt, müssen u.U. die einschlägigen Offenlegungspflichten aus

³⁵ Art. 2 Ziff. 6 ELTIF-VO.

³⁶ Art. 10 lit. e ELTIF-VO.

³⁷ Art. 10 lit. e ELTIF-VO; vgl. zum Begriff des qualifizierten Portfoliounternehmens Art. 11 ELTIF-VO (vgl. hierzu auch unten, [4](#)).

³⁸ So explizit Art. 2 Ziff. 6 ELTIF-VO (rev. 2023). In ErwG 6 ELTIF-VO (rev. 2013) wird lediglich vorausgesetzt, dass „Sachwerte aufgrund ihrer Beschaffenheit bzw. ihrer Art einen Wert haben“ (Hervorhebung hinzugefügt). Beispiele zulässiger Sachwerte werden in ErwG 6 ELTIF-VO (rev. 2023) aufgeführt. Erfasst sind z.B. Infrastruktur für Kommunikation, Umwelt, Energie oder Verkehr, soziale Infrastrukturen, Infrastruktur für Bildung, Gesundheit und Sozialleistungen oder Industrieanlagen und -einrichtungen sowie sonstige Vermögenswerte wie geistiges Eigentum, Schiffe, Anlagen, Maschinen etc.). Als Sachwerte gelten darüber hinaus auch Investitionen in immaterielle Güter wie Wasserrechte, Waldrechte, Abschürfrechte oder grüne Anleihen, sofern entsprechende Direktinvestitionen nicht möglich oder unwirtschaftlich sind (vgl. hierzu ErwG 7 ELTIF-VO [rev. 2023]). Vermögenswerte, die als solche keine langfristigen Investitionen in die Realwirtschaft darstellen, sind von den zulässigen Anlagevermögenswerten ausgenommen (ErwG 8 ELTIF-VO [rev. 2023]). Dies betrifft u.a. Kunstwerke, Manuskripte, Weinvorräte oder Schmuck.

³⁹ ErwG 6 ELTIF-VO (rev. 2023).

der SFDR⁴⁰ und der Taxonomie-VO⁴¹ beachtet werden.⁴² Soweit ELTIF ökologische bzw. soziale Merkmale fördern oder nachhaltige Investitionen bezwecken, müssen sie gegebenenfalls die Offenlegungspflichten gemäss Art. 8 bzw. Art. 9 SFDR erfüllen.

3. Organismen für gemeinsame Anlagen, Verbriefungen und grüne Anleihen

Die revidierte ELTIF-VO ermöglicht weiterhin *Dachfondsstrukturen*, bei denen ELTIF in Anteile anderer Organismen für gemeinsame Anlagen investieren können.⁴³ In Frage kommen Anlagen in ELTIF, EuVECA⁴⁴, EuSEF⁴⁵, OGAW und EU-AIF, die von EU-AIFM verwaltet werden. Die entsprechenden Organismen müssen ihrerseits in zulässige Anlagen gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 ELTIF-VO investieren. Ausserdem dürfen sie höchstens 10% ihres Kapitals in Organismen für gemeinsame Anlagen investiert haben. In der ursprünglichen Fassung der ELTIF-VO war es ELTIF noch nicht gestattet, in OGAW oder AIF zu investieren. Mit der ELTIF-VO-Novelle sind diese Anlagevermögenswerte hinzugetreten.⁴⁶

Die erwähnte Obergrenze von 10% gilt nicht für Feeder-ELTIF.⁴⁷ Hierbei handelt es sich um einen ELTIF oder einen Teilfonds eines ELTIF, der mindestens 85% seiner Vermögenswerte in Anteile eines anderen ELTIF oder eines Teilfonds eines ELTIF anlegt.⁴⁸ Als Master-ELTIF gilt spiegelbildlich ein ELTIF oder ein Teilfonds eines ELTIF, bei dem ein Feeder-ELTIF entsprechende Investitionen tätigt.⁴⁹

⁴⁰ Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl. L 317 vom 9. Dezember 2019, 1 ff.

⁴¹ Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. L 198 vom 22. Juni 2020, 13 ff.

⁴² ErWG 9 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁴³ Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 lit. d ELTIF-VO (rev. 2023).

⁴⁴ Europäische Risikokapitalfonds (European Venture Capital Funds; EuVECA).

⁴⁵ Europäische Fonds für soziales Unternehmertum (European Social Entrepreneurship Funds; EuSEF).

⁴⁶ ErWG 13 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁴⁷ Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 ELTIF (rev. 2023).

⁴⁸ Art. 2 Ziff. 20 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁴⁹ Art. 2 Ziff. 21 ELTIF-VO (rev. 2023).

Neu lässt die ELTIF-VO auch einfache, transparente und standardisierte *Verbriefungen* als Anlagevermögenswerte zu.⁵⁰ Die zugrundeliegenden Risikopositionen müssen bestimmten Anforderungen der Deleg. VO (EU) 2019/1851⁵¹ genügen.⁵²

Schliesslich kommen als Anlageobjekte neu auch sog. *grüne Anleihen* in Frage.⁵³ Diese müssen von einem qualifizierten Portfoliounternehmen i.S.v. Art. 11 ELTIF-VO ausgegeben werden.⁵⁴

4. Qualifizierte Portfoliounternehmen

a) Grundsatz

Als zulässige Anlagevermögenswerte kommen beim ELTIF primär Investitionen in Unternehmen in Frage. Die entsprechenden Eigenkapitalinstrumente oder die Schuldtitel müssen grundsätzlich von einem „qualifizierten Portfoliounternehmen“ begeben werden.⁵⁵

Die revidierte ELTIF-VO definiert den Begriff des qualifizierten Portfoliounternehmens in Art. 11, wobei im Rahmen der Revision verschiedene Änderungen zu verzeichnen sind.

⁵⁰ Nach Art. 2 Ziff. 14a ELTIF-VO (rev. 2023) handelt sich bei „einfachen, transparenten und standardisierten Verbriefungen“ um Verbriefungen gemäss Art. 18 der Verordnung (EU) 2017/2402 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für Verbriefungen und zur Schaffung eines spezifischen Rahmens für einfache, transparente und standardisierte Verbriefung und zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 648/2012, ABl. L 347 vom 28. Dezember 2017, 35 ff.

⁵¹ Delegierte Verordnung (EU) 2019/1851 der Kommission vom 28. Mai 2019 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2017/2402 des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Homogenität der einer Verbriefung zugrunde liegenden Risikopositionen, ABl. L 285 vom 6. November 2019, 1 ff.

⁵² Vgl. hierzu Art. 10 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f ELTIF-VO (rev. 2023). Erfasst sind zunächst Vermögenswerte, die in Art. 1 lit. a Ziff. i, ii oder iv der Deleg. VO (EU) 2019/1851 aufgeführt sind. Ferner sind Vermögenswerte betroffen, die in Art. 1 lit. a Ziff. vii oder viii der Deleg. VO (EU) 2019/1851 aufgeführt sind. Hier wird vorausgesetzt, dass die Erlöse aus den Verbriefungsanleihen zur Finanzierung oder Refinanzierung langfristiger Investitionen verwendet werden.

⁵³ ErwG 10 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁵⁴ Vgl. zum Begriff des qualifizierten Portfoliounternehmens unten, [4](#).

⁵⁵ Art. 10 Abs. 1 lit. a und b ELTIF-VO (rev. 2023). Ausserdem dürfen ELTIF einem qualifizierten Portfoliounternehmen Kredite gewähren, sofern die Laufzeit nicht über jene des ELTIF hinausgeht (Art. 10 Abs. 1 lit. c ELTIF-VO [rev. 2023]).

b) Finanzunternehmen

Nach der aktuellen Fassung der ELTIF-VO dürfen ELTIF keine Investitionen in Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Versicherungsunternehmen und andere Finanzunternehmen vornehmen. Um digitale Innovationen zu fördern, sollen ELTIF jedoch neu auch in FinTech-Unternehmen investieren dürfen.⁵⁶ Es darf sich dabei allerdings nicht um eine Finanzholdinggesellschaft oder ein gemischtes Unternehmen handeln. Ausserdem kommen nur Finanzunternehmen in Frage, deren Gründung bzw. Registrierung weniger als fünf Jahre vor dem Zeitpunkt der Erstinvestition erfolgt ist.

c) Schwellenwert bei der Marktkapitalisierung

Qualifizierte Portfoliounternehmen dürfen grundsätzlich nicht zum Handel an einem geregelten Markt oder in einem multilateralen Handelssystem zugelassen sein.⁵⁷ Unternehmen, die an einem geregelten Markt oder in einem organisierten Handelssystem zugelassen sind, dürfen eine *Marktkapitalisierung* von höchstens 1'500'000'000 EUR aufweisen.⁵⁸ Dieser Schwellenwert lag vor der Revision noch bei 500'000'000 EUR.⁵⁹ In der Anhebung dieses Betrags ist eine weitere Liberalisierung zu sehen. Unternehmen mit geringer Marktkapitalisierung verfügen über eine begrenzte Liquidität, so dass die Verwalter von ELTIF ausserstande sind, innert eines angemessenen Zeitraums entsprechende Positionen aufzubauen. Dies wiederum verkleinert das Spektrum möglicher Anlageziele. Die Erhöhung der massgeblichen Marktkapitalisierung soll dazu beitragen, den investierenden ELTIF ein besseres Liquiditätsprofil zu verleihen.⁶⁰

d) Drittstaatenbezug

Eine weitere Erleichterung besteht schliesslich im erweiterten räumlichen Einzugsgebiet der Anlagevermögenswerte. Neu können sich qualifizierte Portfoliounternehmen auch in *Drittstaaten* befinden.⁶¹ Hierfür wird vorausgesetzt, dass der entsprechende Drittstaat im Zusammenhang mit der Vermeidung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nicht als Land mit hohem Risiko

⁵⁶ ErwG 16 ELTIF-VO (rev. 2023). Einzelheiten sind in Art. 11 Abs. 1 lit. a ELTIF-VO (rev. 2023) geregelt.

⁵⁷ Art. 11 Abs. 1 lit. b (i) ELTIF-VO (rev. 2023). Die Begriffe des geregelten Markts und des organisierten Handelssystems richten sich nach MiFID II (vgl. hierzu die Definitionen in Art. 4 Abs. 1).

⁵⁸ Art. 11 Abs. 1 lit. b (ii) ELTIF-VO (rev. 2023).

⁵⁹ ErwG 17 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁶⁰ ErwG 17 ELTIF-VO (rev. 2023), m.w.H.

⁶¹ ErwG 4 ELTIF-VO (rev. 2023); Art. 11 Abs. 1 lit. c ELTIF-VO (rev. 2023).

eingestuft wird.⁶² Ausserdem darf der Staat nicht in Anhang I der Schlussfolgerungen des Rates zur überarbeiteten EU-Liste nicht kooperativer Länder und Gebiete für Steuerzwecke aufgeführt sein.

5. Interessenkonflikte und Co-investments

Um Interessenkonflikte zu vermeiden, dürfen ELTIF grundsätzlich nicht in Anlagevermögenswerte investieren, an denen der Verwalter des ELTIF eine direkte oder indirekte Beteiligung hält oder übernimmt.⁶³ Diese Einschränkung gilt nicht für Anteile an ELTIF, EuSEF, EuVECA, OGAW oder EU-AIF, die vom Verwalter des ELTIF verwaltet werden.

Mit der revidierten Fassung der ELTIF-VO werden ELTIF-Verwaltern nun auch *co-investments* ermöglicht.⁶⁴ Der mit der Verwaltung des ELTIF betraute AIFM, Unternehmen derselben Gruppe und deren Mitarbeiter werden gemeinsame Investitionen in den betreffenden ELTIF bzw. in denselben Vermögenswert gestattet.⁶⁵ Der Verwalter des ELTIF muss allerdings organisatorische und administrative Vorkehrungen mit Blick auf Interessenkonflikte treffen (Erkennung, Verhinderung, Steuerung und Beobachtung). Ausserdem müssen allfällige Interessenkonflikte in angemessener Weise offengelegt werden.

II. Anlagepolitik

1. Portfoliozusammensetzung und Diversifizierung

Die Ausgangsversion der ELTIF-VO schrieb vor, dass ein ELTIF mindestens 70% ihres Kapitals in zulässige Anlagevermögenswerte i.S.v. Art. 9 Abs. 1 ELTIF-VO investieren musste. Diese Anforderung erwies sich als zu streng und wurde im Rahmen der Revision der ELTIF-VO auf 55% gesenkt.⁶⁶

⁶² Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl. L 141 vom 5. Juni 2015, 73 ff.

⁶³ Art. 12 Abs. 1 ELTIF-VO (rev. 2023); Lutter/Bayer/Schmidt, N 38.73.

⁶⁴ ErwG 19 f. sowie Art. 12 Abs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁶⁵ Parallele Investitionen von Vermögensverwaltern entsprechen einer gängigen Marktpraxis. Auf diese Weise können u.a. grössere Kapitalpools für Investitionen in Grossprojekte geschaffen werden (vgl. hierzu ErwG 19 ELTIF-VO [rev. 2023]).

⁶⁶ Art. 13 Abs. 1 ELTIF-VO (rev. 2023). Die Senkung der Grenze soll u.a. die Verwaltung der Liquidität erleichtern (vgl. ErwG 22 ELTIF-VO [rev. 2023]).

Auch bei den Vorgaben zur Diversifizierung sind weitgehende Lockerungen zu verzeichnen. Neu darf ein ELTIF bis zu 20% seines Kapitals in Instrumente investieren, die von ein und demselben qualifizierten Portfoliounternehmen begeben werden.⁶⁷ Dieselbe Grenze gilt für Kredite, die der ELTIF einem bestimmten qualifizierten Portfoliounternehmen gewährt. Ferner kann ein ELTIF 20% seines Vermögens in einen bestimmten Sachwert investieren.⁶⁸ Ebenfalls bei 20% liegt die Grenze für Investitionen in Anteile eines einzigen ELTIF, EuVECA, EuSEF, OGAW bzw. AIF.⁶⁹ Diese Höchstgrenzen lagen vor der Revision noch bei 10%. Angepasst wurde auch die Grenze für Investitionen in Vermögenswerte gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ELTIF-VO⁷⁰, wenn diese von einer einzigen Stelle begeben wurden (neu 10 statt ursprünglich 5%).⁷¹

Da ein ELTIF neu in einfache, transparente und standardisierte Verbriefung investieren darf, wird auch hierfür eine Obergrenze festgelegt. Entsprechende Investitionen dürfen nicht über 20% des Werts des ELTIF-Kapitals hinausgehen.⁷²

Das Engagement gegenüber Gegenparteien bei Geschäften mit OTC-Derivaten, Pensionsgeschäften oder umgekehrten Pensionsgeschäften darf insgesamt nicht mehr als 10% des Werts des ELTIF ausmachen.⁷³ Diese Grenze lag früher bei 5%.

Bei den Vorgaben zur Diversifizierung sind verschiedene Ausnahmen zu beachten.⁷⁴ Zunächst finden die Vorgaben beim ausschliesslichen Vertrieb an professionelle Anleger keine Anwendung. Ausserdem bezieht sich die spezifische Obergrenze bei Investitionen in Anteile von ELTIF, EuVECA, EuSEF, OGAW bzw. AIF gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. c ELTIF-VO (rev. 2023) nicht auf Feeder-ELTIF.⁷⁵

⁶⁷ Art. 13 Abs. 2 lit. a (rev. 2023).

⁶⁸ Art. 13 Abs. 2 lit. b (rev. 2023).

⁶⁹ Art. 13 Abs. 2 lit. c (rev. 2023).

⁷⁰ Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ELTIF-VO dürfen ELTIF grundsätzlich auch in Vermögenswerte gemäss Art. 50 Abs. 1 OGAW-RL investieren (nebst den in Art. 9 Abs. 1 lit. a ELTIF-VO erwähnten zulässigen Anlagevermögenswerten, die u.a. in Art. 10 ELTIF-VO näher definiert werden). Hierunter fallen z.B. Wertpapiere und Geldmarktinstrumente, die an einem geregelten Markt notiert oder gehandelt werden.

⁷¹ Art. 13 Abs. 2 lit. d ELTIF-VO (rev. 2023). Der ELTIF kann die Obergrenze ausnahmsweise auf 25% anheben, wenn die Schuldverschreibungen von einem Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU begeben werden und eine besondere öffentliche Aufsicht zum Schutz der Inhaber von Schuldverschreibungen besteht (Art. 13 Abs. 5 ELTIF-VO [rev. 2023]).

⁷² Art. 13 Abs. 3 ELTIF-VO (rev. 2023); vgl. hierzu auch oben, [I.3](#).

⁷³ Art. 13 Abs. 4 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁷⁴ Art. 13 Abs. 7 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁷⁵ Vgl. zum Begriff des Feeder-ELTIF oben, [I.3](#).

2. Obergrenzen/Konzentration

Einem ELTIF wird gestattet, bis zu 30% der Anteile eines einzigen ELTIF, Eu-VECA, EuSEF, OGAW bzw. AIF zu erwerben.⁷⁶ Nach der ursprünglichen ELTIF-VO war eine maximale Konzentration von 25% vorgeschrieben.

Investiert ein ELTIF in Vermögenswerte gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ELTIF-VO, muss er hinsichtlich der Konzentration die Obergrenzen gemäss OGAW-RL einhalten.⁷⁷ Wird der betreffende ELTIF ausschliesslich an professionelle Anleger vertrieben, kommen die erwähnten Vorschriften nicht zur Anwendung.

3. Barkreditaufnahme

Der Einsatz von Hebelfinanzierungen spielt bei der Umsetzung bestimmter Anlagestrategien eine wichtige Rolle. ELTIF können dadurch ihre Liquidität erhöhen, Renditen steigern und zusätzliche Effizienzgewinne erzielen. Mit der Revision der ELTIF-VO wurde die Barkreditaufnahme erleichtert und die Flexibilität der Verwalter von ELTIF erhöht.⁷⁸

Die revidierte ELTIF-VO ermöglicht eine Kreditaufnahme im Umfang von bis zu 50% des Nettovermögenswerts des ELTIF.⁷⁹ Diese Obergrenze lag vor der Revision noch bei 30%. Mit der Anhebung dieser Limite sollen u.a. Hebelfinanzierungen im Zusammenhang mit Investitionen in Sachwerte ermöglicht werden. Bei ELTIF, die ausschliesslich an professionelle Anleger vertrieben werden, liegt die Obergrenze gar bei 100% des Nettovermögens. Professionelle Anleger haben eine höhere Risikotoleranz als Kleinanleger, so dass sich eine höhere Obergrenze rechtfertigt.⁸⁰ Der Verwalter des ELTIF muss die konkreten Obergrenzen für die Kreditaufnahme gegebenenfalls im Prospekt des ELTIF angeben.⁸¹

Nebst der angehobenen Obergrenze sieht die revidierte ELTIF-VO weitere Erleichterungen für die Barkreditaufnahme vor. So muss der Kredit neu nicht mehr zwingend auf die gleiche Währung lauten wie die Vermögenswerte, die mit den Barmitteln erworben werden sollen.⁸² Stattdessen kommen auch an-

⁷⁶ Art. 15 Abs. 1 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁷⁷ Art. 15 Abs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023). Massgebend sind die Vorgaben in Art. 56 Abs. 2 OGAW-RL.

⁷⁸ ErwG 26 ff. ELTIF-VO (rev. 2023).

⁷⁹ Art. 16 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a ELTIF-VO (rev. 2023).

⁸⁰ ErwG 26 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁸¹ Art. 16 Abs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023). In der früheren Fassung der ELTIF-VO wurde einzig festgelegt, dass die Möglichkeit der Kreditaufnahme angegeben werden musste.

⁸² Art. 16 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c ELTIF-VO (rev. 2023).

dere Währungen in Frage, sofern die entsprechenden Positionen abgesichert wurden. Ferner kann der ELTIF im Rahmen der Barkreditaufnahme sämtliche Vermögenswerte belasten und muss sich dabei nicht – wie früher noch vorgesehen – auf 30% seines Kapitals beschränken.⁸³ Schliesslich gelten vollständig durch Kapitalzusagen der Anleger gedeckte Kreditvereinbarungen nicht als Kreditaufnahme gemäss Art. 16 Abs. 1 ELTIF-VO (rev. 2023).⁸⁴ Dadurch sollen ELTIF bei der Umsetzung ihrer Kreditaufnahmestrategie zusätzliche Flexibilität erhalten.⁸⁵

III. Rücknahmen und Sekundärmarkt

1. Voraussetzungen und Modalitäten der Anteilsrücknahme

ELTIF sind aufgrund ihres langfristigen Anlagehorizonts grundsätzlich als geschlossene Vehikel mit fester Laufzeit konzipiert.⁸⁶ Aus diesen Gründen können die Anleger die Rücknahme ihrer Anteile grundsätzlich nicht vor Ende der Laufzeit des ELTIF beantragen.⁸⁷ Das Ende der Laufzeit (konkretes Datum) muss in den Vertragsbedingungen bzw. in der Satzung des ELTIF festgelegt werden.⁸⁸ Die konkrete Laufzeit des ELTIF muss angesichts der Langfristigkeit angemessen sein, wobei auch das Liquiditätsprofil und die Laufzeiten der einzelnen Vermögenswerte zu berücksichtigen sind.⁸⁹

Aus Gründen des Anlegerschutzes kann es sich aufdrängen, Kleinanlegern vorzeitige Rücknahmen von Anteilen zu ermöglichen.⁹⁰ Bereits die Ausgangsversion der ELTIF-VO strebte daher eine „Balance zwischen Investitions- und Rücknahmehorizont“ an.⁹¹ Dieser Leitlinie entsprechend können die Vertragsbedingungen oder die Satzung des ELTIF die Möglichkeit von Rücknahmen während der Laufzeit vorsehen.⁹² Hierfür werden eine angemessene Rücknahmeregelung und angemessene Instrumente für das Liquiditätsmanagement

⁸³ Art. 16 Abs. 1 UAbs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁸⁴ Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁸⁵ ErwG 28 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁸⁶ Vgl. hierzu die Grundsätze in Art. 18 Abs. 1 ELTIF-VO, die in der revidierten Fassung weiterhin gelten.

⁸⁷ Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 ELTIF-VO.

⁸⁸ Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 ELTIF-VO. Es kann eine einstweilige Verlängerung angegeben werden.

⁸⁹ Art. 18 Abs. 3 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁹⁰ Aus den gleichen Gründen soll dem Anleger ein Ausstieg über den Sekundärmarkt ermöglicht werden (vgl. dazu gleich nachfolgend unten, [2.](#)).

⁹¹ Lutter/Bayer/Schmidt, N 38.75.

⁹² Art. 18 Abs. 2 ELTIF-VO. Die konkreten Voraussetzungen der ursprünglichen Version der ELTIF-VO gelten auch nach der Revision in weitgehend unveränderter Form.

vorausgesetzt.⁹³ Die Rücknahmeregelung muss sowohl das Verfahren als auch die Bedingungen für die Rücknahme angeben.⁹⁴ Rücknahmen müssen auf einen bestimmten Prozentsatz der in Art. 9 Abs. 1 lit. b ELTIF-VO erwähnten Vermögenswerte beschränkt sein.⁹⁵ Die Anleger müssen im Rahmen der Rücknahmeregelung fair behandelt werden, was gegebenenfalls eine anteilige Gewährung von Rücknahmen einschliesst.⁹⁶

Die Revision der ELTIF-VO hat im Zusammenhang mit der vorzeitigen Rücknahme zu verschiedene Neuerungen und z.T. auch Erleichterungen geführt. Erwähnt seien die nachfolgenden Änderungen:

- Rücknahmen dürfen weiterhin erst nach Ablauf einer Mindesthaltedauer gewährt werden, doch kann dieser Zeitraum nun auch kürzer sein als die in Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a ELTIF-VO geregelte Frist (sog. *ramp-up period*).⁹⁷ Die Vorgaben zur Mindesthaltedauer gelten nicht für Feeder-ELTIF, die in Master-ELTIF investieren.⁹⁸
- Die ELTIF-VO von 2015 gewährte den Anlegern das Recht, die Liquidation eines ELTIF zu beantragen, wenn ihren Rücknahmeanträgen gemäss einschlägiger Rücknahmeregelung nicht innerhalb eines Jahres entsprochen wurde. Angesichts des langfristigen Charakters und des illiquiden Vermögensprofils eines ELTIF kann diese Modalität allerdings die Umsetzung der Anlagestrategie behindern, den Anlegerinteressen zuwiderlaufen und insoweit als unverhältnismässig erscheinen. Daher wurde das beschriebene Liquidationsrecht im Rahmen der Revision der ELTIF-VO aufgegeben.⁹⁹

Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) wird nach der revidierten Fassung der ELTIF-VO ermächtigt, verschiedene Einzelfragen der Regelung in Art. 18 ELTIF-VO (rev. 2023) mit Entwürfen technischer Regulierungsstandards zu konkretisieren.¹⁰⁰ Die Behörde kann z.B. die Kriterien

⁹³ Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b ELTIF-VO (rev. 2023).

⁹⁴ Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c ELTIF-VO (rev. 2023).

⁹⁵ Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 lit. d ELTIF-VO (rev. 2023).

⁹⁶ Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 lit. e ELTIF-VO (rev. 2023).

⁹⁷ Vgl. hierzu Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a ELTIF-VO (rev. 2023). Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a ELTIF-VO (rev. 2023) hält fest, dass die Anforderungen hinsichtlich Portfoliozusammensetzung und Diversifizierung gemäss Art. 13 ELTIF-VO (rev. 2023) ab dem in den Vertragsbedingungen oder der Satzung des ELTIF genannten Datums gelten.

⁹⁸ Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023).

⁹⁹ ErwG 30 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹⁰⁰ Art. 18 Abs. 6 ELTIF-VO (rev. 2023). Die Entwürfe sollen in der Folge durch die EU-Kommission verabschiedet werden (Art. 18 Abs. 6 UAbs. 4 ELTIF-VO [rev. 2023]).

zur Bestimmung der Mindesthaltedauer oder die Anforderungen hinsichtlich der Rücknahmeregelungen und Instrumente für das Liquiditätsmanagement regeln.¹⁰¹

2. Ausstieg über den Sekundärmarkt

Um dem Anleger einen vorgängigen Ausstieg aus der Anlage zu erleichtern, dürfen weder die Vertragsbedingungen noch die Satzung des ELTIF den Sekundärmarkthandel einschränken.¹⁰² Die Zulassung von ELTIF-Anteilen zum Handel an einem geregelten Markt oder an einem multilateralen Handelssystem muss gewährleistet sein.¹⁰³ Ferner dürfen die Anleger nicht an der freien Übertragung ihrer Anteile gehindert werden.¹⁰⁴ Diese Grundsätze galten bereits vor der Revision der ELTIF-VO. Trotz dieser Prinzipien haben ELTIF-Verwalter, Anleger und Marktteilnehmer die zur Verfügung stehenden Mechanismen für den Sekundärhandel mit ELTIF-Anteilen in der Praxis kaum genutzt.¹⁰⁵ Daher sind die Exit-Optionen auf dem Sekundärmarkt mit der Revision der ELTIF-VO zusätzlich erweitert worden. ELTIF-Verwalter haben neu die Möglichkeit, gegenläufige Anträge (Verkaufs- und Kaufanträge) selbst abzugleichen.¹⁰⁶ Dadurch wird ein effektiveres Liquiditätsmanagement ermöglicht und die Umsetzung der langfristigen Anlagestrategie gefördert.

Der erwähnte Abgleich ist nur zulässig, wenn der Verwalter des ELTIF über eine Strategie verfügt, in welcher die nachfolgenden Elemente enthalten sind:¹⁰⁷

- Übertragungsverfahren für die ausscheidenden als auch für die potenziellen Anleger.
- Rolle des Verwalters bzw. des Administrators bei der Übertragung und beim Abgleich von Anträgen.

¹⁰¹ Art. 18 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a-d ELTIF-VO (rev. 2023). Die entsprechenden Erfordernisse sind in Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a-c ELTIF-VO (rev. 2023) geregelt.

¹⁰² Vgl. hierzu ErWG 32 ELTIF-VO (rev. 2023), m.w.H.

¹⁰³ Art. 19 Abs. 1 (rev. 2023; gleichlautend bereits in der ursprünglichen Fassung von 2015). Die Begriffe des geregelten Markts und des multilateralen Handelssystems richten sich nach den Vorgaben der MiFID II.

¹⁰⁴ Art. 19 Abs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹⁰⁵ ErWG 32 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹⁰⁶ Art. 19 Abs. 2a ELTIF-VO (rev. 2023).

¹⁰⁷ Art. 19 Abs. 2a lit. a (i)-(vii) ELTIF-VO (rev. 2023); vgl. hierzu auch ErWG 32 ELTIF-VO (rev. 2023).

- Zeiträume, in denen Anträge auf Übertragung von Anteilen gestellt werden können (sog. *Liquiditätsfenster*¹⁰⁸).
- Vorschriften zur Festlegung des Ausführungspreises und der Zuteilungsbedingungen.
- Zeitpunkt und Art der Offenlegung von Informationen zum Übertragungsverfahren.
- Allfällige Gebühren, Kosten und Entgelte im Rahmen des Übertragungsverfahrens.

Die Strategie und die Verfahren für den Abgleich müssen eine faire Behandlung der Anleger gewährleisten. Ausserdem muss sichergestellt werden, dass der Abgleich anteilig erfolgt, wenn eine Abweichung zwischen ausscheidenden und neuen Anlegern besteht.¹⁰⁹ Ferner muss der Verwalter des ELTIF in der Lage sein, das Liquiditätsrisiko zu überwachen und der Abgleich muss mit der langfristigen Strategie des ELTIF vereinbar sein.¹¹⁰ Die ESMA wird beauftragt, Entwürfe technischer Regulierungsstandards zu erstellen, in denen die Rahmenbedingungen der erwähnten Abgleiche ausgeführt werden.¹¹¹

IV. Transparenzanforderungen

Mit der Revision der ELTIF-VO sind *Master-Feeder*-Strukturen eingeführt geworden.¹¹² Diese Neuerung hat zu diversen Anpassungen bei den Transparenzanforderungen der ELTIF-VO geführt.¹¹³ Im Zentrum steht der *Prospekt*, der gegebenenfalls zusätzliche Informationen zu Master-Feeder-Fonds enthalten muss. Im Einzelnen sind die nachfolgenden Angaben zu machen:¹¹⁴

- Erklärung zur Master-Feeder-Struktur, wonach der Feeder ELTIF dauerhaft mindestens 85% seines Vermögens in einen Master-ELTIF anlegt.
- Angaben zum Anlageziel und zur Anlagestrategie des Feeder-ELTIF.

¹⁰⁸ So explizit ErWG 32 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹⁰⁹ Art. 19 Abs. 2a lit. b ELTIF-VO (rev. 2023).

¹¹⁰ Art. 19 Abs. 2a lit. c ELTIF-VO (rev. 2023).

¹¹¹ Art. 19 Abs. 5 ELTIF-VO (rev. 2023). Die Kommission wird die technischen Regulierungsstandards anschliessend verabschieden (Art. 19 Abs. 5 UAbs. 3 ELTIF-VO [rev. 2023]).

¹¹² Vgl. hierzu bereits oben, [1.3](#).

¹¹³ Art. 23 Abs. 3a und Abs. 5 ELTIF-VO (rev. 2023); vgl. auch ErWG 35 f. ELTIF-VO (rev. 2023).

¹¹⁴ Art. 23 Abs. 3a lit. a-f ELTIF-VO (rev. 2023).

- Kurze Beschreibung des Master-ELTIF (Anlageziel, Anlagestrategie, Risikoprofil) sowie Angaben, wo der Prospekt des Master-ELTIF bezogen werden kann.
- Zusammenfassung der zwischen Feeder-ELTIF und Master-ELTIF geschlossenen Vereinbarung bzw. internen Regelung i.S.v. Art. 29 Abs. 6 ELTIF-VO (rev. 2023), wonach der Master-ELTIF dem Feeder-ELTIF alle Unterlagen und Informationen zur Verfügung stellen muss, die dieser für die Erfüllung der Bestimmungen aus der ELTIF-VO benötigt.¹¹⁵
- Angaben zur Möglichkeit der Anleger, weitere Informationen über den Master-ELTIF und die gemäss Art. 29 Abs. 6 ELTIF-VO (rev. 2023) abgeschlossene Vereinbarung einzuholen.
- Beschreibung sämtlicher Vergütungen und Kosten, die durch den Feeder-ELTIF zu zahlen sind sowie Angabe der aggregierten Gebühren von Feeder-ELTIF und Master-ELTIF.

Mit Blick auf den *Jahresbericht* sind ebenfalls Besonderheiten zu beachten.¹¹⁶ Für den Fall, dass der ELTIF an Kleinanleger vertrieben wird, muss der Verwalter im Jahresbericht des Feeder-ELTIF Angaben zu den aggregierten Gebühren von Feeder-ELTIF und Master-ELTIF machen. Im Jahresbericht des Feeder-ELTIF muss ausserdem angegeben werden, wo der Jahresbericht des Master-ELTIF bezogen werden kann.

V. Vertriebsregime

1. Lokale Einrichtungen

Die ursprüngliche Fassung der ELTIF-VO sah vor, dass Verwalter eines an Kleinanleger vertriebenen ELTIF in jedem relevanten Mitgliedstaat lokale Einrichtungen mit bestimmten Funktionen zur Verfügung stellen mussten. Über solche Einrichtungen sollten die Zeichnung von Anteilen erfolgen, die Leistung von Zahlungen an die Anteilseigner abgewickelt und der Rückkauf und die Rücknahme von Anteilen ermöglicht werden. Dieses Erfordernis wurde für OGAW und AIF inzwischen aufgehoben¹¹⁷, so dass auch im Rahmen der revi-

¹¹⁵ Vgl. hierzu auch unten, [V.4](#).

¹¹⁶ Art. 23 Abs. 5 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹¹⁷ Richtlinie 2019/1160 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG und 2011/61/EU im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Vertrieb von Organismen für gemeinsame Anlagen, ABl. L 188 vom 12. Juli 2019, 106 ff.

dierten ELTIF-VO darauf verzichtet werden kann.¹¹⁸ Dadurch soll auch dem Digitalisierungstrend Rechnung getragen werden, wonach physische Interaktionen bei zeitgemässen Vertriebsmethoden an Bedeutung verlieren.

2. Internes Bewertungsverfahren

ELTIF-Anteile gelten als Finanzinstrumente gemäss MiFID II. Werden ELTIF-Anteile im Rahmen von Wertpapierdienstleistungen vertrieben, müssen daher die Produktüberwachungsvorschriften gemäss MiFID II beachtet werden. In Konstellationen, in denen ELTIF-Anteile ohne die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen erworben wurden, mussten ELTIF-Verwalter nach bisheriger Rechtslage ein internes Bewertungsverfahren vorsehen. Um Diskrepanzen zu den analogen Rahmenbedingungen der MiFID II zu vermeiden, wird das diesbezügliche Sonderregime der ELTIF-VO aufgehoben.¹¹⁹ Neu finden sich in der entsprechenden Bestimmung Verweise auf MiFID II.¹²⁰

3. Eignungsbewertung

ELTIF-Verwalter mussten beim direkten Vertrieb von ELTIF-Anteilen an Kleinanleger jeweils eine besondere Eignungsbewertung durchführen. Da sich Überschneidungen mit den Anforderungen in Art. 25 MiFID II ergaben, wurde die parallele Bestimmung in Art. 28 ELTIF-VO im Rahmen der Revision aufgehoben.¹²¹

4. Bestimmungen zur Verwahrstelle/Vertrieb an Kleinanleger

Die Bestimmungen zur Verwahrstelle eines ELTIF, der an Kleinanleger vertrieben wird, enthalten neu Modalitäten zu möglichen Master-Feeder-Strukturen.¹²²

Liegt eine Master-Feeder-Struktur vor, muss der Master-ELTIF dem Feeder-ELTIF alle Unterlagen und Informationen zur Verfügung stellen, die letzterer benötigt, um die Anforderungen der ELTIF-VO erfüllen zu können.¹²³ Zu diesem Zweck muss der Feeder-ELTIF mit dem Master-ELTIF eine Vereinbarung abschliessen. Die Vereinbarung muss auf Anfrage allen Anteilshabern kos-

¹¹⁸ ErwG 38, ELTIF-VO (rev. 2023). Daher wird Art. 26 der ELTIF-VO aufgehoben.

¹¹⁹ ErwG 39 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹²⁰ Art. 27 ELTIF-VO (rev. 2023). Es wird auf die Art. 16 Abs. 3 UAbs. 2-5, 7 und Art. 24 Abs. 2 MiFID II verwiesen.

¹²¹ ErwG 40 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹²² Art. 29 Abs. 6 und 7 ELTIF-VO (rev. 2023). Vgl. zu den Master-Feeder-Strukturen oben, [1.3](#).

¹²³ Art. 29 Abs. 6 UAbs. 1 ELTIF-VO (rev. 2023).

tenlos zugänglich gemacht werden. Werden der Master-ELTIF und der Feeder-ELTIF vom gleichen Verwalter verwaltet, kann die Vereinbarung mit internen Regelungen für Geschäftstätigkeiten ersetzt werden.¹²⁴

Verfügen Master-ELTIF und Feeder-ELTIF über unterschiedliche Verwahrstellen, müssen diese eine Vereinbarung über den Informationsaustausch abschliessen. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass beide Verwahrstellen ihre Pflichten erfüllen.¹²⁵

5. Weitere Anforderungen beim Vertrieb an Kleinanleger

a) Anforderungen an das Finanzinstrument-Portfolio des Kleinanlegers

Bis zur Revision sah die ELTIF-VO vor, dass Kleinanleger mit einem Finanzinstrument-Portfolio von unter 500'000 EUR eine anfängliche Mindestinvestition von 10'000 EUR in einen oder mehrere ELTIF tätigen mussten. Ausserdem durften die betreffenden Kleinanleger nicht mehr als 10% ihres gesamten Finanzinstrument-Portfolios in ELTIF investieren. Diese Erfordernisse wurden im Rahmen der Reformarbeiten als unnötiges Hindernis betrachtet.¹²⁶ Da mit dem ELTIF auch ein alternatives Anlageprodukt für Kleinanleger geschaffen werden sollte, mussten die erwähnten quantitativen Vorgaben aufgegeben werden.

b) Eignungsprüfung

Nach der ELTIF-VO aus dem Jahr 2015 war der Vertrieb von ELTIF-Anteilen an Kleinanleger nur zulässig, wenn vorgängig eine „geeignete Anlageberatung“ durch den Verwalter bzw. den Vertreiber erfolgte. Die ELTIF-VO enthielt hierzu allerdings keine klaren Vorgaben und das Verhältnis zu analogen Konzepten in MiFID II war ebenfalls ungeklärt. Aufgrund dieser begrifflichen Unklarheiten wurde das Erfordernis einer geeigneten Anlageberatung in der revidierten Fassung der ELTIF-VO aufgehoben.¹²⁷

Mit der Aufhebung der Spezialregelung zur Eignungsprüfung (vormaliger Art. 28 der ELTIF-VO¹²⁸) sind für den Vertrieb an Kleinanleger nunmehr die

¹²⁴ Art. 29 Abs. 6 UAbs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹²⁵ Art. 29 Abs. 7 UAbs. 1 rev. 2023.

¹²⁶ ErWG 47 ELTIF-VO (rev. 2023). Art. 30 Abs. 3 wurde entsprechend aufgehoben.

¹²⁷ ErWG 43 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹²⁸ Vgl. hierzu oben, [3](#).

Rahmenbedingungen in Art. 25 Abs. 2 MiFID II massgebend.¹²⁹ Die Eignungsbeurteilung erfolgt unabhängig von den Modalitäten des Erwerbs der ELTIF-Anteile (via Verwalter, Vertreter oder über den Sekundärmarkt).¹³⁰

Gegebenenfalls ist eine ausdrückliche Zustimmung des Kleinanlegers einzuholen, wonach er die Risiken einer Investition in einen ELTIF versteht.¹³¹ Die Zustimmung muss eingeholt werden, (i) wenn die Eignungsprüfung nicht im Rahmen einer Anlageberatung vorgenommen wird, (ii) die Anlage für den Kleinanleger aufgrund der Eignungsprüfung als ungeeignet erachtet wird und (iii) der Kleinanleger die Transaktion trotz fehlender Eignung durchführen möchte.

Der Vertreter bzw. der Verwalter unterliegen den Aufzeichnungsvorschriften gemäss Art. 25 Abs. 5 MiFID II.¹³²

c) *Warnpflicht*

Der Vertreter bzw. der Verwalter des ELTIF müssen Kleinanleger mit einer schriftlichen Warnung unmissverständlich auf folgende Umstände hinweisen.¹³³

- Übersteigt die Laufzeit des ELTIF zehn Jahre, muss darauf hingewiesen werden, dass sich das Produkt angesichts der langfristigen und illiquiden Verpflichtung u.U. nicht für Kleinanleger eignet.
- Sehen die Vertragsbedingungen oder die Satzung des ELTIF die Möglichkeit eines Abgleichs gemäss Art. 19 Abs. 2a ELTIF-VO (rev. 2023) vor¹³⁴, muss darauf hingewiesen werden, dass der Kleinanleger kein Recht darauf hat, seine Anteile abzustossen oder zurückzunehmen.

d) *Ausnahmen für leitende Mitarbeiter, Portfolioverwalter etc.*

Die Eignungsprüfung, die Einholung der ausdrücklichen Zustimmung und die Warnpflicht gemäss Art. 30 Abs. 1 und 2 ELTIF-VO (rev. 2023) entfallen, wenn es sich beim Kleinanleger um eine Person mit einem besonderen Bezug zum

¹²⁹ Art. 30 Abs. 1 UAbs. 1 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹³⁰ Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹³¹ Art. 30 Abs. 1 UAbs. 3 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹³² ErWG 44 und Art. 30 Abs. 1 UAbs. 4 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹³³ Art. 30 Abs. 2 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹³⁴ Vgl. zu diesem Verfahren oben, [III.2.](#)

ELTIF-Verwalter oder einem verbundenen Unternehmen handelt.¹³⁵ Ausserdem muss die betreffende Person ausreichende Kenntnisse über den ELTIF vorweisen können. Es entspricht einer gängigen Marktpraxis, dass solche Personen in ELTIF investieren, die vom entsprechenden ELTIF-Verwalter verwaltet werden. Die Investoren verfügen i.d.R. über die nötige finanzielle Fachkompetenz und Informationen über den ELTIF, so dass sich eine Eignungsprüfung in diesen Konstellationen erübrigt.¹³⁶

e) *Hinweise bei Feeder-ELTIF*

Ein Feeder-ELTIF muss in Marketing-Anzeigen darauf hinweisen, dass er dauerhaft mindestens 85% seines Vermögens in Anteile eines Master-ELTIF anlegt.¹³⁷

f) *Gleichbehandlung bei Anteilsklassen*

Die ELTIF-VO statuierte ursprünglich eine umfassende Gleichbehandlungspflicht, wonach Vorzugsbehandlungen einzelner Anleger bzw. Anlegergruppen oder die Gewährung besonderer wirtschaftlicher Vorteile ausgeschlossen waren. Um den besonderen Verhältnissen einzelner Anteilsklassen Rechnung zu tragen (Gebührenbedingungen, rechtliche Struktur, Vertriebsvorschriften etc.), soll die Gleichbehandlungspflicht fortan nur noch für einzelne Anleger oder Anlegergruppen derselben Anteilsklasse(n) gelten.¹³⁸

D. Exkurs: Querbezüge zum Schweizer Recht

I. Allgemeines

Die Schweiz nimmt als Drittstaat nicht unmittelbar am Binnenmarkt teil und setzt daher auch das einschlägige Sekundärrecht im Bereich der ELTIF-Regulierung nicht unmittelbar um. Dennoch ist die jüngste Revision der ELTIF-VO für die Schweiz von rechtsvergleichendem und rechtspolitischem Interesse. Im Vordergrund stehen dabei die zwei nachfolgenden Themenbereiche. Zunächst stellt sich die Frage, inwiefern ELTIF in der Schweiz angeboten werden dürfen. Andererseits könnten die aktuellen europäischen Rechtsentwick-

¹³⁵ Art. 30 Abs. 3 ELTIF-VO (rev. 2023). In Frage kommen ein leitender Mitarbeiter, Portfolioverwalter, Direktor, Mandatsträger, Beauftragter oder Angestellter des Verwalters des ELTIF bzw. eines verbundenen Unternehmens.

¹³⁶ ErwG 46 ELTIF-VO (rev. 2023).

¹³⁷ Art. 30 Abs. 4 ELTIF-VO (rev. 2023); vgl. zum Master-Feeder-Konzept oben, [I.3](#).

¹³⁸ ErwG 48 ELTIF-VO (rev. 2023).

lungen als Anlass für eine Weiterentwicklung des Schweizer Systems dienen. Beide Fragen sollen nachfolgend erörtert werden. Die Ausführungen beschränken sich angesichts des europarechtlichen Schwerpunkts des vorliegenden Beitrags auf einen skizzenhaften Problemaufriss.

II. Angebot von ELTIF in der Schweiz

Bei der Frage der Genehmigungspflicht ausländischer kollektiver Kapitalanlagen in der Schweiz ist das Kollektivanlagengesetz (KAG)¹³⁹ massgebend. Ausländische kollektive Kapitalanlagen müssen von der Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA) genehmigt werden, wenn sie in der Schweiz nicht qualifizierten Anlegern angeboten werden.¹⁴⁰ Der Begriff des qualifizierten Anlegers richtet sich nach Art. 10 Abs. 3 und Abs. 3^{ter} KAG.¹⁴¹

Die Genehmigung wird erteilt, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen gemäss Art. 120 Abs. 2 lit. a-e KAG erfüllt sind:

- Zunächst muss die ausländische kollektive Kapitalanlage, die Fondsleitung bzw. die Gesellschaft, der Vermögensverwalter und die Verwahrstelle einer dem Anlegerschutz dienenden öffentlichen Aufsicht unterstehen.
- Ferner muss die Fondsleitung bzw. die Gesellschaft sowie die Verwahrstelle hinsichtlich Organisation, Anlegerrechte und Anlagepolitik einer dem KAG gleichwertigen Regelung unterstellt sein.

¹³⁹ Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006, SR 951.31.

¹⁴⁰ Art. 120 Abs. 1 KAG. Die rechtlichen Konturen des *Angebotsbegriffs* gemäss KAG sind nicht restlos geklärt (vgl. hierzu Abegglen Sandro/Härtner Stefan, Angebot kollektiver Kapitalanlagen vs. Vertrieb unter altem Recht, SZW 2021, 666 ff., 668; Jutzi Thomas/Wess Ksenia, „Vertrieb“ kollektiver Kapitalanlagen unter dem FIDLEG, AJP 2022, 310 ff.; Schären Simon, Reverse Solicitation. Regelungskonzept gemäss FIDLEG und KAG unter Berücksichtigung des europäischen Rechts, GesKR 2022, 458 ff., 462 f.). Auf eine detaillierte Erörterung von Einzelfragen wird im vorliegenden Kontext verzichtet.

¹⁴¹ Gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG gelten als qualifizierte Anleger im Sinne des KAG professionelle Kunden nach Art. 4 Abs. 3-5 bzw. nach Art. 5 Abs. 1 und 4 des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) vom 15. Juni 2018, SR 950.1. Zusätzlich gelten als qualifizierte Anleger nach Art. 10 Abs. 3^{ter} KAG auch Privatkunden, für die ein Finanzintermediär nach Art. 4 Abs. 3 lit. a FIDLEG im Rahmen eines auf Dauer angelegten Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsverhältnisses eine Dienstleistung nach Art. 3 lit. c Ziff. 3 und 4 FIDLEG erbringt. Die massgebliche Vermögensverwaltung oder Anlageberatung kann auch durch einen ausländischen Finanzintermediär erbracht werden, sofern er einer gleichwertigen prudenziellen Aufsicht untersteht.

- Weiter darf die Bezeichnung der kollektiven Kapitalanlage nicht zu Täuschung oder Verwechslung Anlass geben.
- In der Schweiz müssen ein Vertreter und eine Zahlstelle bezeichnet werden.
- Schliesslich muss eine Vereinbarung über die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der FINMA und den relevanten ausländischen Aufsichtsbehörden vorliegen.

Angebote an qualifizierte Anleger bedürfen keiner Genehmigung. Sofern sich das Angebot jedoch an qualifizierte Anleger gemäss Art. 5 Abs. 1 FIDLEG richtet, müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 120 Abs. 2 lit. c und d KAG (kein Anlass zu Täuschung bzw. Verwechslung sowie Erfordernis einer Zahlstelle/eines Vertreters) erfüllt sein.¹⁴²

Nach dem Gesagten kann ein ELTIF in der Schweiz qualifizierten Anlegern ohne weiteres genehmigungsfrei angeboten werden. Die aktuelle Reform der ELTIF-VO bezweckt jedoch auch eine vermehrte Verbreitung unter Publikumsanlegern bzw. Kleinanlegern. Sollen ELTIF in der Schweiz auch nicht qualifizierten Anlegern angeboten werden, müssen die in Art. 120 Abs. 2 lit. a-e KAG enthaltenen Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sein. Von besonderer Relevanz sind in diesem Zusammenhang das Erfordernis der dem Anlegerschutz dienenden Aufsicht nach Art. 120 Abs. 2 lit. a KAG und die Anforderung einer gleichwertigen Regelung gemäss Art. 120 Abs. 2 lit. b KAG. Während diese Bedingungen im Umfeld von OGAW i.d.R. als erfüllt betrachtet werden können, haben sich ELTIF im erwähnten Aufsichtskonzept noch nicht etabliert.¹⁴³ Die Umsetzung der jüngsten Revision der ELTIF-VO (ELTIF 2.0) und deren Bewertung anhand der Schweizer Massstäbe kann derzeit noch nicht abschliessend beurteilt werden. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Rechtsrahmen anhand der zu erlassenden technischen Regulierungsstandards noch nicht vervollständigt ist.

¹⁴² Art. 120 Abs. 4 KAG. Bei qualifizierten Anlegern gemäss Art. 5 Abs. 1 FIDLEG handelt es sich um vermögende Privatkunden und für diese errichtete private Anlagestrukturen, die erklärt haben, dass sie als professionelle Kunden gelten wollen (sog. Opting-out).

¹⁴³ Bei OGAW wird insb. das Erfordernis gemäss Art. 120 Abs. 2 lit. b KAG grundsätzlich als erfüllt angesehen. Ausserhalb des OGAW-Bereichs muss der Gesuchsteller die Gleichwertigkeit im Einzelnen nachweisen. Für Einzelheiten: Kühne Armin, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2015, N 952 ff.

III. Die ELTIF-Reform als Vorbild für die Rechtsentwicklung in der Schweiz

Die Schweizer Rechtsentwicklung lehnt sich in der Finanzmarktregulierung traditionell stark an europäische Massstäbe an. Das gilt auch für den Bereich des Kollektivanlagenrechts.¹⁴⁴ Gerade die einschlägigen Vorgaben der AIFM- und der OGAW-RL sind in der Schweiz weitgehend nachvollzogen worden.¹⁴⁵ In dogmatischer Hinsicht wird in diesem Zusammenhang oft ein Bezug zum sog. autonomen Nachvollzug gemacht, der auch in anderen Regelungsbereichen von Bedeutung ist. Im Finanzmarktrecht ist die Rechtsangleichung auch einer Äquivalenzstrategie geschuldet, wonach Harmonisierungsbestrebungen Marktzugangschancen erhöhen sollen.¹⁴⁶ Viele Sekundärrechtsakte sehen hierfür Äquivalenztatbestände vor, wonach der Drittstaatenmarktzugang von Gleichwertigkeitskriterien abhängig gemacht wird. Die einschlägigen Sekundärrechtsakte des Kollektivanlagenbereichs enthalten allerdings keine derartigen Tatbestände.¹⁴⁷ Gelegentlich erfolgen Kompatibilitätsbestrebungen auch ausserhalb der harmonisierten europäischen Massstäbe. Jüngstes Beispiel hierfür ist die Einführung des *Limited Qualified Investor Fund* (L-QIF), dessen Basis das nationale Recht Luxemburgs ist.¹⁴⁸

Wie sich das ELTIF-Konzept bei rechtsvergleichender Betrachtung in das System des Schweizer Kollektivanlagenrechts einfügen lässt und welcher regulatorische Handlungsbedarf besteht, kann im Rahmen dieses Beitrags nicht abschliessend geklärt werden. Auch muss der Erlass der technischen Regulierungsstandards berücksichtigt werden, die derzeit noch ausstehen. Dennoch dürften die aktuellen Entwicklungen im Rahmen der revidierten ELTIF-VO Anlass für eine Kompatibilitätsprüfung bilden. Die rechtspolitische Basis ist mit der etablierten Äquivalenzstrategie vorhanden. Ausserdem finden sich auch in der aktuellen Nachhaltigkeitspolitik des Bundesrats Anhaltspunkte für eine mögliche Weiterentwicklung des Schweizer Rechts auf der Basis der revidierten ELTIF-Regulierung. So erwähnt der Bericht des Bundesrats „Sustainable-Finance Schweiz“ vom Dezember 2022 als Handlungsfeld den Bereich *Impact*

¹⁴⁴ Vgl. zur Rechtsangleichung im Bereich des Kollektivanlagenrechts und zu den diesbezüglichen Kompatibilitätsstrategien Jutzi Thomas/Wess Ksenia/Sieradzki Damian, Das Kollektivanlagenrecht im Lichte der neuen Finanzmarktarchitektur – unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Rechtsordnung, Jusletter vom 29. Juni 2020.

¹⁴⁵ Eingehend Sieradzki, N 474 ff.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu Schären/Jutzi, 239 ff.

¹⁴⁷ Schären/Jutzi, 240.

¹⁴⁸ Botschaft zur Änderung des Kollektivanlagengesetzes (Limited Qualified Investor Fund; L-QIF) vom 19. August 2020, BBl. 2020, 6885 ff.

Investments.¹⁴⁹ Mit einem *Impact Investment* soll neben einer finanziellen Rendite auch eine messbare, positive soziale und/oder ökologische Wirkung erzielt werden.¹⁵⁰ Im Vordergrund stehen Direktanlagen, die bislang primär für Stiftungen, Family Offices und institutionelle Anleger zugänglich waren. Wie beim ELTIF besteht die Herausforderung auch hier darin, dass die Anlagen bezüglich Risiko und Liquidität für Anlagekunden angemessen und geeignet sein müssen. Bei Direktanlagen ist eine Liquidität wie bei herkömmlichen Produkten allerdings schwer zu erreichen. Als möglicher Ansatz, um solche Anlagen einem breiteren Kreis von Anlegern zugänglich zu machen, erwähnt der Bericht die Einführung einer neuen Kategorie von kollektiven Kapitalanlagen. Inwiefern der ELTIF hierfür als konzeptionelles Vergleichsmodell dienen kann, wird sich zeigen. Mit Blick auf den Marktzugang würde allerdings selbst eine weitgehende Nachbildung der europäischen Rahmenbedingungen nichts daran ändern, dass die ELTIF-VO kein Äquivalenzmodell kennt.¹⁵¹ Dies könnte sich mit Blick auf den Vertriebsmarkt als Einschränkung erweisen.

E. Fazit und Erkenntnisse

Die Reform der ELTIF-VO (ELTIF 2.0) war angesichts des ausbleibenden Erfolgs des ELTIF eine unabdingbare Massnahme. Die weitreichenden Liberalisierungen dürften dazu beitragen, dass sich langfristige Anlagen im europäischen Markt künftig etablieren werden und auch bei Kleinanlegern Anklang finden könnten. Wie sich die Reformansätze in der Praxis auswirken und ob die gesteckten Ziele erreicht werden können, wird sich zeigen.

In materieller Hinsicht bringt die Reform erhebliche Vereinfachungen mit sich, was sich insb. an der differenzierten Behandlung von Kleinanlegern und professionellen Anlegern zeigt. Darüber hinaus werden die Einstiegshürden für Kleinanleger deutlich gesenkt. Richten sich ELTIF ausschliesslich an professionelle Anleger, entfallen gewisse Erfordernisse, was mit zusätzlicher Flexibilität verbunden ist. Insoweit konnte die Attraktivität des ELTIF für beide Segmente gesteigert werden. Schliesslich hat die Reform auch zu mehr systematischer Kohärenz geführt, da das Verhältnis zu parallelen Regelungskonzepten in MiFID II geklärt und bereinigt werden konnte. In zentralen Punkten muss das regulatorische Konzept der revidierten ELTIF-VO allerdings noch vervollständigt werden. So wird die ESMA u.a. im Bereich der Rücknahmemodalitäten techni-

¹⁴⁹ Sustainable-Finance Schweiz. Handlungsfelder 2022-2025 für einen führenden nachhaltigen Finanzplatz. Bericht des Bundesrats vom 16. Dezember 2022, 20 (Handlungsfeld 3).

¹⁵⁰ SSF, Glossar (<<https://www.sustainablefinance.ch/en/resources/what-sustainable-finance/glossary.html>>).

¹⁵¹ Vgl. zum fehlenden Marktzugangsregime in der ELTIF-VO bereits oben, [B.I.](#)

sche Regulierungsstandards entwerfen, die für die Umsetzung des Anlagekonzepts zentral sind. Anhand dieser Entwürfe wird sich auch zeigen, ob dem konzeptionellen Spannungsfeld zwischen der Langfristigkeit der Anlage und dem Rücknahmebedürfnis der Kleinanleger angemessen Rechnung getragen wird. Der Erfolg des neuen Gesamtkonzepts wird letztlich auch vom konkreten Inhalt dieser Ausführungsbestimmungen abhängen.

Schliesslich ergeben sich diverse Querbezüge zum Schweizer Recht. Im vorliegenden Beitrag sind Ansätze zu relevanten Fragestellungen skizziert worden. Zunächst wurde dargelegt, dass ELTIF in der Schweiz derzeit qualifizierten Anlegern angeboten werden können. Beim Angebot an nichtqualifizierte Anleger bestehen zusätzliche aufsichtsrechtliche Hindernisse, die es zu überwinden gilt. Abschliessende Schlussfolgerungen zu diesen Fragen können im hier skizzierten Rahmen nicht gemacht werden.

Aus dem Blickwinkel der Schweizer Rechtsentwicklung stellt sich sodann die Frage eines möglichen Nachvollzugs des revidierten ELTIF-Konzepts (ELTIF 2.0) oder Teilen davon. Welchen konkreten Regelungsbedarf es in der Schweiz hierfür gibt, inwiefern die Anliegen der ELTIF-Regulierung bereits verwirklicht sind und welche Kompatibilitätsinteressen gegebenenfalls im Vordergrund stehen, wird noch zu klären sein. Die rechtspolitischen Ansätze für eine mögliche Reform sind jedenfalls gegeben.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
06 | 2023

LEITARTIKEL:

Tobias Lock
**Happy and Glorious? – Die
interne Umsetzung des Brexit
im Vereinigten Königreich**

Happy and Glorious? Die interne Umsetzung des Brexit im Vereinigten Königreich

Tobias Lock*

Inhalt

A.	Einleitung	G 1
B.	Die Abwicklung des Brexit im Aussenverhältnis zur EU	G 2
C.	Interne Umsetzung des Brexit	G 6
I.	Aufhebung des European Communities Act 1972	G 7
II.	Beibehaltung des Unionsrechts als „retained EU law“	G 7
III.	Nach der Reform ist vor der Reform: die Retained EU Law Bill	G 10
IV.	Gesetzgebung zur Lückenfüllung	G 11
D.	Dem Brexit geschuldete weitere Verfassungsentwicklungen	G 14
I.	Volksabstimmungen	G 15
II.	EU-Recht und Rechtssicherheit	G 16
III.	Devolution	G 17
IV.	Nordirland	G 20
V.	Zuwachs an Exekutivbefugnissen	G 23
E.	Zusammenfassung	G 24

A. Einleitung

Die Umsetzung der Volksabstimmung über einen Austritt aus der Europäischen Union (EU) vom 23. Juni 2016 stellte das Vereinigte Königreich vor enorme verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Herausforderungen. Während sich ein Austritt aus der Europäischen Union in jedem Falle technisch schwierig darstellt, so haben die politischen Verhältnisse in Grossbritannien diese Aufgabe nochmals verschärft. Die Konsequenz waren und sind erhebliche verfassungsrechtliche Verwerfungen die zu einem starken Machtgewinn der Exekutive zu Lasten des Parlaments sowie zu einer stärkeren Zentralisierung im Vereinigten Königreich geführt habe.

* Prof. Dr. Tobias Lock, Jean Monnet Chair in EU Law and Fundamental Rights, Maynooth University, School of Law and Criminology, Irland, Tobias.Lock@mu.ie

Der vorliegende Beitrag erörtert zunächst überblicksartig die Abwicklung des Brexit im Aussenverhältnis mit der Europäischen Union. Dass sich diese Abwicklung über so lange Zeit und bis heute hinziehen würde, war wohl nicht absehbar. Darauf aufbauend beleuchtet der Beitrag die Auswirkungen des Brexit für die Verfassungsordnung des Vereinigten Königreichs. Es wird gezeigt, dass die oft beschworene Flexibilität der nicht kodifizierten und einfach gesetzlich geregelten Verfassung dazu genutzt wurde,¹ um die demokratische Kontrolle der Exekutive zu minimieren und eine Trendwende weg von der Dezentralisierung hin zu einer Re-zentralisierung der Gesetzgebungsgewalt und der regulatorischen Gestaltungsmacht herbeizuführen.

B. Die Abwicklung des Brexit im Aussenverhältnis zur EU

Der Austritt eines Mitgliedstaates aus der Europäischen Union vollzieht sich nach Massgabe des Art. 50 EUV. Danach kann jeder Mitgliedstaat durch einseitige Erklärung gegenüber dem Europäischen Rat aus der EU austreten. Die Austrittserklärung setzt eine zweijährige Frist zur Aushandlung eines Austrittsabkommens in Gang. Sollte es innerhalb der zwei Jahre nicht zum Abschluss eines solchen Abkommens kommen und sollte die Verhandlungsfrist nicht gemäss Abs. 3 einstimmig vom Europäischen Rat im Einvernehmen mit dem austretenden Mitgliedstaat verlängert worden sein, so kommt es zum Austritt ohne Abkommen. Im Fall des Vereinigten Königreichs hatte sich dafür der Terminus „no deal-Brexit“ eingebürgert. Nach Abgabe der Austrittserklärung und vor Ablauf der Verhandlungsfrist bzw. vor Abschluss des Austrittsabkommens kann der betreffende Mitgliedstaat laut Rechtsprechung des EuGH die Austrittserklärung einseitig widerrufen.² Kommt es zum Austrittsabkommen, muss dieses vom Rat mit qualifizierter Mehrheit nach Zustimmung des Europäischen Parlaments beschlossen werden. Zu beachten ist, dass aufgrund der begrenzten Kompetenzen der EU dieses Austrittsabkommen nur die Modalitäten des Austritts selbst beinhalten kann.³ Die Regelung der künftigen Beziehungen nach dem Austritt muss hingegen auf anderer Rechtsgrundlage – vor allem auf Grundlage der gemeinsamen Handelspolitik, Art. 207 AEUV, bzw. durch Abschluss eines Assoziierungsabkommens, Art. 217 AEUV – erfolgen.

¹ Bevor sie widerlegt werden, werden die Argumente gegen eine Kodifizierung gut zusammengefasst von Jeff King, *The democratic case for a written constitution*, *Current Legal Problems* (2019), 1.

² EuGH, Urt. v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999.

³ S. Wortlaut des Art. 50 Abs. 2 EUV.

Im Fall des Vereinigten Königreiches erfolgte der politische Beschluss über den Austritt in einer am 23. Juni 2016 abgehaltenen Volksabstimmung. Dabei stimmten rund 52% der Abstimmenden für den Austritt. Dem folgte dann am 29. März 2017 die offizielle Austrittserklärung durch die britische Regierung gegenüber dem Europäischen Rat. Im Hinblick auf die Austrittsverhandlungen formulierte die EU zunächst drei Hauptziele: die Wahrung der Rechte von EU-Bürgerinnen und Bürgern, die von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hatten; die Klärung der finanziellen Verbindlichkeiten des Vereinigten Königreiches gegenüber der EU; und die Bewahrung des Friedensprozesses in Nordirland durch Vermeidung einer harten Grenze zwischen dem zum Vereinigten Königreich gehörenden Nordirland und dem EU-Mitgliedstaat Irland.⁴ Das Vereinigte Königreich formulierte seine eigenen Richtlinien, die vor allem eine möglichst komplette Herauslösung des Vereinigten Königreiches aus der Einflussphäre des EU-Rechts zum Ziel hatten. Dabei ging es insbesondere um die Wiedererreichung kompletter wirtschaftlicher Souveränität, konkret um ein Verlassen des EU-Binnenmarktes mit seinen vier Grundfreiheiten und der EU-Zollunion. Gleichzeitig betonte die damalige Premierministerin, dass ihr an der Sicherung der Rechte von EU-Bürgerinnen und Bürgern im Vereinigten Königreich ebenso viel gelegen sei wie der EU; und sie betonte, dass auch sie eine harte Grenze – definiert als jegliche Abwesenheit von Grenzinfrastruktur – auf der Insel Irland anstrebe.⁵

Die Austrittsverhandlungen gestalteten sich als schwierig, vor allem wegen der Nordirlandfrage. Hier erwiesen sich die Verhandlungsziele des Vereinigten Königreiches als in sich widersprüchlich. Das Versprechen, die Grenze auf der Insel Irland ohne jegliche Infrastruktur zu belassen – worauf auch die EU bestand – war nicht mit dem Ziel vereinbar, dass das gesamte Vereinigte Königreich (inklusive Nordirland) sowohl die Zollunion als auch den Binnenmarkt (für Waren) verlassen würde. Also verhandelte Premierministerin May einen Kompromiss, der in einem ersten Entwurf des Protokolls zu Irland-Nordirland enthalten war. Dieser enthielt den sog. Backstop, wonach das Vereinigte Königreich so lange Teil der EU-Zollunion und Nordirland im Binnenmarkt für Waren bleiben sollten bis dies – aufgrund eines weitreichenden und noch zu verhandelnden Abkommens über die künftigen Handelsbeziehungen – nicht mehr nötig sein würde. Dieser Kompromiss konnte aber im britischen Parlament – das sich zuvor selbst per Gesetz ein Widerspruchsrecht gegeben

⁴ Leitlinien des Europäischen Rates vom 29. April 2017, <<https://www.consilium.europa.eu/media/21746/29-euco-art50-guidelines-de.pdf>>.

⁵ Rede der Premierministerin Theresa May in Florenz vom 22. September 2017, <<https://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-co-operation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu>>.

hatte⁶ – keine Mehrheit finden, was letztendlich den Rücktritt der Premierministerin zur Folge hatte. Interessanterweise kam die Opposition vor allem aus den eigenen Reihen der Regierung: eine Gruppe europaskeptischer Konservativer und die nordirische Democratic Unionist Party (DUP)⁷ stimmten erfolgreich dagegen und brachten damit das gesamte Austrittsabkommen zum Fall, da das Protokoll davon nicht losgelöst werden konnte.

Anschliessend kam es zum Wechsel an der Regierungsspitze. Boris Johnson, einer der Anführer der Brexit-Bewegung, wurde zum Parteichef der Konservativen gewählt und daraufhin Premierminister. Er führte Nachverhandlungen durch, die vor allem zu Änderungen des Protokolls zu Irland und Nordirland führten, welches seiner Vorgängerin zum Verhängnis geworden war. Danach sollten einzelne Aspekte des EU-Rechts – vor allem das Zollrecht, das Recht über den Warenverkehr, insbesondere Produktmindeststandards, das Mehrwertsteuerrecht, aber auch das Energie- und Beihilfenrecht – in Nordirland weiter Anwendung finden. In der Praxis hat dies eine Zoll- und Regulierungsgrenze im Warenverkehr zwischen Grossbritannien und Nordirland zur Folge, welche bis zum heutigen Tag zu politischen Schwierigkeiten zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich, aber auch innerhalb des Vereinigten Königreichs führt.

Nach gewonnenen Neuwahlen, die als politisches Mandat für das nachverhandelte Austrittsabkommen dienten, wurde dieses schliesslich – nach insgesamt dreimaliger Verlängerung der Verhandlungsfrist – im Januar 2020 vom britischen Parlament ratifiziert.⁸ Ebenso erfolgte im Januar 2020 die Ratifikation durch die EU, so dass am 31. Januar 2020 das Vereinigte Königreich der erste Mitgliedstaat wurde, der aus der EU ausgetreten war.

Damit kam es allerdings noch nicht zu einem Ende der Geltung des EU-Rechts im Vereinigten Königreich. Da ein Abkommen über die künftigen Wirtschaftsbeziehungen noch nicht verhandelt war, hatten die EU und das Vereinigte Königreich im Austrittsabkommen einen Übergangszeitraum vereinbart. Während des Übergangszeitraums war das Vereinigte Königreich verpflichtet, das EU-Recht wie ein Mitgliedstaat noch bis Ende des Jahres 2020 anzuwenden.

⁶ European Union (Withdrawal) Act 2018, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>>.

⁷ Democratic Unionist Party, eine Partei, die vor allem der britischen Krone gegenüber loyale Protestanten vertritt; zu deren Entwicklung s. Jonathan Tonge u.a., *The Democratic Unionist Party: From Protest to Power*, Oxford University Press 2014.

⁸ Zum Austrittsabkommen s. Tobias Lock, *Von Komplexität und politischem Kompromiss: das Austrittsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich*. *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2020, 193.

Das Abkommen über Handel und Zusammenarbeit wurde anschliessend unter erheblichem politischen Druck in Rekordzeit von wenigen Monaten verhandelt. Hintergrund war das bevorstehende Ende des Übergangszeitraums mit Ablauf des Jahres 2020. Wäre es nicht zu einem Handelsabkommen gekommen, hätte sonst ein sog. „no trade deal-Brexit“ stattgefunden, der wirtschaftlich schwierig geworden wäre.

Das Abkommen über Handel und Zusammenarbeit wurde schliesslich Ende Dezember 2020 auf der Grundlage von Art. 217 AEUV als Assoziierungsabkommen abgeschlossen. Inhaltlich ist es – gemessen an sonstigen neueren Handelsabkommen der EU – wenig ambitioniert. Das Herzstück des Abkommens bilden die Vorschriften über den Warenhandel. Da sich die britische Regierung allerdings unter keinen Umständen zu einer Bindung des Vereinigten Königreichs an Unionsrecht verpflichten wollte, bauen die Regelungen auf klassischen Prinzipien des Welthandelsrechts auf und gehen kaum über ein Verbot von mengenmässigen Beschränkungen und eine Beibehaltung der Zollfreiheit hinaus. Nicht durchsetzen konnten sich ambitionierte Regeln zur gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen, wie sie etwa das Handelsabkommen zwischen der EU und Kanada vorsieht. Der Handel mit Dienstleistungen ist darüber hinaus äusserst rudimentär geregelt.

Der aus dem Abkommen resultierende geringe Grad an wirtschaftlicher Integration hat auch Auswirkungen auf das Protokoll zu Irland-Nordirland. Wie bereits erwähnt, sieht dieses eine weitgehende Integration Nordirlands in den Binnenmarkt für Waren und in die EU-Zollunion vor. Daraus folgt, dass der Warenhandel zwischen Grossbritannien und Nordirland zollrechtliche und regulatorische Hürden überwinden muss. Zwar enthält das Protokoll eine Regel, wonach Waren, die lediglich für Nordirland bestimmt sind hiervon ausgenommen sind, jedoch wird diese Regel durch eine Ausnahmeregelung in der Praxis ausgeschaltet. Denn sobald das Risiko besteht, dass die Ware nach Import nach Nordirland „selbst oder nach Veredelung als Teil einer anderen Ware in die Union verbracht werden“ könnte, fallen EU Zölle an und müssen auch den EU-Mindeststandards entsprechen.⁹ Da das Abkommen über Handel und Zusammenarbeit gerade keine Zollunion und auch keine gegenseitige Anerkennung von Produktstandards vorsieht, bedeutet das, dass der Warenverkehr von Grossbritannien nach Nordirland eine Zollgrenze und eine regulatorische Grenze in der irischen See überquert, so dass Lieferungen von Ost nach West über die irische See zollrechtlichen und regulatorischen Kontrollen unterliegen, obwohl diese innerhalb desselben Staates – des Vereinigten Königreichs – erfolgen.

⁹ Art. 5 Abs. 1 des Nordirlandprotokolls.

Obwohl das Austrittsabkommen vom britischen Parlament mit Mehrheit der Regierungspartei verabschiedet worden war, wurde das Protokoll, das innerhalb Nordirlands umstritten war, schon bald wieder zum Zankapfel zwischen EU und Vereinigtem Königreich. Die britische Regierung zeigte sich überrascht angesichts des Ausmasses von Warenkontrollen im Warenverkehr zwischen Grossbritannien und Nordirland sowie einiger Importbeschränkungen aufgrund in Nordirland geltenden EU-Rechts (etwa was frisches Hackfleisch angeht).¹⁰ Die von der britischen Regierung angestrebten Nachverhandlungen verliefen zäh, da sich die EU nicht auf Änderungen des Protokolls einlassen wollte, die britische Regierung solche aber für unabdingbar erklärte und weitere für die EU nicht erfüllbare Forderungen aufstellte.¹¹

Eine Lösung ergab sich erst nachdem Boris Johnson's Nach-nachfolger Rishi Sunak als Premierminister die Verhandlungen mit einer neuen Ernsthaftigkeit und Seriosität zu betreiben begann. Das sog. Windsor Framework vom Februar 2023 resultierte in einer Revision des Protokolls, die vor allem Warenkontrollen für Waren, die ausschliesslich für den nordirischen Markt gedacht sind, auf nahe Null reduziert.¹² Inwiefern das Windsor Framework den Endpunkt der Brexit-Verhandlungen markiert, ist noch nicht abzusehen.

C. Interne Umsetzung des Brexit

Um den Austritt aus der Europäischen Union auch innerstaatlich zu vollziehen, ohne dabei Lücken in der Rechtsordnung entstehen zu lassen, waren im Vereinigten Königreich weitreichende gesetzliche Änderungen sowie neue Gesetzgebung notwendig.

¹⁰ Zu diesen sog. Sausage wars s. Billy Melo Araujo, „All you need to know about the Northern Ireland sausage war“, RTÉ Brainstorm, <<https://www.rte.ie/brainstorm/2021/0614/1227938-sausages-brexite-northern-ireland-protocol-uk-eu-boris-johnson-trade-war/>>.

¹¹ Etwa die Forderung, dass der EuGH keine Rolle mehr bei der Auslegung des im Protokoll enthaltenen EU-Rechts spielen sollte, was verfassungsrechtlich für die EU nicht akzeptabel war, s. etwa die Forderungen des damaligen Ministers Lord Frost im sog. Command Paper, „Northern Ireland Protocol: the way forward, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1008451/CCS207_CCS0721914902-005_Northern_Ireland_Protocol_Web_Accessible_1.pdf>.

¹² Das Windsor Framework setzt sich aus vom Gemeinsamen Ausschuss (Austrittsabkommen) erlassenen Entscheidungen, EU Rechtsakten, gemeinsamen und einseitigen politischen Erklärungen und Empfehlungen zusammen; all diese findet man, teils in Entwurfsform, hier: <<https://www.gov.uk/government/publications/the-windsor-framework>>.

I. **Aufhebung des European Communities Act 1972**

Der erste Schritt hierzu sollte die Aufhebung des European Communities Act 1972 (ECA 1972) sein. Der ECA 1972 erfüllte in der dualistischen Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs zwei Hauptfunktionen: zum einen diente er der Umsetzung der EU-Verträge in innerstaatliches Recht und ermöglichte es damit, dass das EU-Recht in den Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs unmittelbar geltend und wirksam sein konnte und Anwendungsvorrang genoss.¹³ Zum anderen enthielt er eine weitreichende Rechtsgrundlage für den Erlass von Verordnungen zur Umsetzung von EU-Richtlinien. Die Aufhebung des ECA 1972 war demnach ein entscheidender Schritt, um die Wirkung des Unionsrechts im Vereinigten Königreich zu beenden. Sie erfolgte durch den European Union (Withdrawal) Act 2018 (EUWA 2018) und zwar mit Effekt vom Austrittstag („exit day“), der zu dem Zeitpunkt mangels eines Austrittsabkommens, noch nicht feststand. Der Austrittstag fiel schliesslich auf den 31. Januar 2020. Darauf folgte unmittelbar der sogenannte Übergangszeitraum, während dessen das Unionsrecht im grossen und ganzen weitergelten sollte. Diesem Ziel hätte eine ersatzlose Aufhebung des ECA 1972 widersprochen. Daher wurde durch den European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020, der das Austrittsabkommen ratifizierte, eine weitere Vorschrift in den EUWA 2018 eingefügt, wonach zwar der ECA 1972 aufgehoben wurde, er aber seine Wirkungen weiter entfalten sollte. Diese gesetzgeberische Akrobatik war nötig, um die politische Symbolhaftigkeit der Aufhebung des ECA 1972 nicht zu unterminieren. Denn letztlich hatte die Regierung einen grossen Erfolg zu verkünden, der durch Aufhebung des ECA 1972 markiert wurde: der Brexit war (endlich) geschafft, auch wenn seine konkreten Rechtsfolgen erst einige Monate später nach Ende des Übergangszeitraums eintreten würden.

II. **Beibehaltung des Unionsrechts als „retained EU law“**

Aber auch nach Ende des Übergangszeitraums bestand ein Bedürfnis nach rechtlicher Kontinuität. Denn eine ersatzlose Aufhebung des ECA 1972 hätte erhebliche Lücken in der Rechtsordnung zur Folge gehabt. Sämtliches unmittelbar wirksames bzw. geltendes Unionsrecht wäre über Nacht nicht mehr Teil der britischen Rechtsordnungen gewesen. Das hätte vor allem EU-Verordnungen betroffen (etwa die bekannte Datenschutzgrundverordnung, aber auch unzählige agrarrechtliche und lebensmittelrechtliche Verordnungen, die für den Alltag von grosser Bedeutung sind). Zusätzlich wären die meisten ins britische Recht umgesetzten EU-Richtlinien nunmehr ohne formalgesetzliche

¹³ Section 2 (1) European Communities Act 1972.

Grundlage. Denn die Umsetzungspraxis von Richtlinien im Vereinigten Königreich hatte vor allem von der allgemeinen Ermächtigungsgrundlage des ECA 1972 Gebrauch gemacht. Nur in Ausnahmefällen waren Richtlinien in formelles Gesetzesrecht umgesetzt worden, was vor allem daran gelegen haben dürfte, dass den auf dem common law basierenden Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs Kodifizierungen weitgehend fremd sind. Daher wurden Richtlinien zumeist durch Einzelrechtsakte in der Form von auf dem ECA 1972 basierenden Verordnungen umgesetzt.

Da es schlichtweg nicht praktikabel war, die europarechtlichen Regelungen kurzfristig durch einheimische Neuregelungen zu ersetzen, musste der Gesetzgeber also sicherstellen, dass die durch die Aufhebung des ECA 1972 geschaffenen Lücken anderweitig geschlossen würden bzw. gar nicht erst entstünden. Dies geschah durch die Schaffung einer neuen Kategorie von Rechtsquelle, dem sog. „retained EU law“.

Das „retained EU law“ wurde ebenfalls durch den EUWA 2018 eingeführt, der das bisherige EU-Recht damit „domestizierte“, also auf eine nationalrechtliche Grundlage stellte. Dies sollte, nach dem Willen der Regierung, aber nur ein erster Schritt sein. In einem zweiten Schritt sollte dieses dann, gegebenenfalls nach Reflexion durch Regierung und Gesetzgeber, entweder aufgehoben und ggf. ersetzt oder an die veränderte Rechtslage nach dem Brexit angepasst werden können.

Im ersten Schritt, der eigentlichen Domesticizierung von EU-Recht, unterscheidet der EUWA zwischen drei Hauptkategorien: vom EU-Recht abgeleitete Gesetze (EU-derived domestic legislation), also hauptsächlich umgesetzte Richtlinien; unmittelbar geltende EU-Gesetzgebung (direct EU legislation), also hauptsächlich EU-Verordnungen; und eine Auffangkategorie für alles unmittelbar wirkende EU-Recht, also hauptsächlich unmittelbar wirksames EU-Primärrecht, inklusive der allgemeinen Rechtsgrundsätze, und nicht umgesetzte, aber unmittelbar wirksame Richtlinien. Die Einordnung einer Vorschrift in die Kategorie „retained EU law“ hat vor allem deswegen Bedeutung, weil dieses denselben Status wie EU-Recht in den Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs geniessen sollte. Das bedeutet, dass das „retained EU law“ Anwendungsvorrang vor nationalem Recht behielt, sofern dieses vor dem Ende des Übergangszeitraums in Kraft getreten war.

Weiterhin ist „retained EU law“ gemäss der Methoden des EU-Rechts und anhand der Rechtsprechung des EuGH auszulegen, sofern das Urteil vor Ende des Übergangszeitraums erlassen wurde, wobei die höchsten Gerichte nicht

an dieses gebunden sind und nach denselben Regeln von den Urteilen des EuGH abweichen dürfen, nach denen sie von ihren eigenen Entscheidung abweichen können.

Bemerkenswert sind noch die Ausnahmen von der Domestizierung: zum einen steht im britischen Recht der europarechtliche Staatshaftungsanspruch nun nicht mehr zur Verfügung.¹⁴ Zum anderen ist auch die EU-Grundrechtecharta nicht domestiziert worden, wobei aber die Grundrechte, die als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze im Unionsrecht gelten und sich inhaltlich kaum bis gar nicht von der Charta unterscheiden, ausdrücklich beibehalten werden sollen. Dass dies wenig rechtlichen Sinn ergibt, muss kaum ausdrücklich erwähnt werden. Vielmehr ist diese Entscheidung eine rein politisch-symbolische Geste, zu der sich die Regierung gezwungen sah, um die relative weitreichende Domestizierung des Unionsrechts für die EU-Skeptiker in den eigenen Reihen bekömmlicher zu machen.

Dabei sollte nicht vergessen werden, dass die Domestizierung des EU-Rechts durch den EUWA 2018 einen rationalen Hintergrund hatte. Durch nationalrechtliche Kontinuität sollte der Brexit europarechtlich abgewickelt werden, ohne gleichzeitig in der nationalen Rechtsordnung für Unsicherheit zu sorgen. Das Vereinigte Königreich sollte also – ganz im (zumindest offiziell verlautbarten) Sinne der Brexitbefürworter – demokratisch, souverän und in Ruhe entscheiden können, wie sich das nationale Recht in Zukunft entwickeln sollte.

Nichtsdestotrotz enthält der EUWA 2018 weitreichende Ermächtigungen für die Exekutive, um auf dem Verordnungsweg „retained EU law“ ändern zu können. Bei einer Bewertung dieser Ermächtigungen ist zunächst zuzugestehen, dass nicht das gesamte EU-Recht unverändert in einem früheren Mitgliedstaat weitergelten kann. Es müssen gewisse Anpassungen vorgenommen werden, etwa durch Streichung von Berichtspflichten an die Europäische Kommission oder auch die Streichung der Vorschriften über die Personenfreizügigkeit, wenn diese europarechtlich nicht mehr auf das Vereinigte Königreich Anwendung findet.

Allerdings gehen die Verordnungsermächtigungen im EUWA 2018 über die beschriebenen Kompetenzen zur Bereinigung des „retained EU law“ hinaus. Vielmehr enthält der EUWA 2018 weitreichende sog. „Henry VIII powers“. Damit sind – in Anlehnung an die von dem englischen König Heinrich VIII. bevorzugte Praxis der Rechtssetzung per Proklamation anstelle durch den parlamentarischen Prozess – Verordnungsermächtigungen gemeint, die die Regierung dazu befähigen auch formales Gesetzesrecht – also Parlamentsge-

¹⁴ European Union (Withdrawal Act) 2018, Schedule 1, § 1.

setze – zu ändern oder gar aufzuheben. Hinzu kommt, dass diese Verordnungsermächtigungen im EUWA 2018 die Regierung mit einer weitgehenden Einschätzungsprärogative ausstatten. Danach kann die Regierung im Hinblick auf das „retained EU law“ solche Vorschriften erlassen, die ein Minister „für angemessen hält, um zu verhindern, dass ‚retained EU law‘ effektiv funktioniert oder um jedes andere Defizit im ‚retained EU law‘ zu verhindern, heilen oder abzumildern“.¹⁵ Zwar ist der Begriff Defizit noch näher definiert, aber er umfasst trotzdem eine weitreichende Befugnis, existierendes Gesetzesrecht zu ändern oder ganz aufzuheben.

III. Nach der Reform ist vor der Reform: die Retained EU Law Bill

Mit Verabschiedung des EUWA 2018 bewahrte das Vereinigte Königreich trotz der durch den Brexit unvermeidbaren rechtlichen Umbrüche ein gewisses Mass an Kontinuität und Rechtssicherheit. Jedoch störten sich manche in der damaligen Regierung an der faktischen Weitergeltung des Unionsrechts, so dass Ende 2022 ein weiteres Reformvorhaben auf den Weg gebracht wurde: die Retained EU Law Bill – die zuvor unter dem griffigen Titel „Brexit Freedoms Bill“ angekündigt worden war.¹⁶ Ziel des Gesetzesvorhabens ist es, das „retained EU law“, das als systemfremd angesehen wird, so weit wie möglich aus der Rechtsordnung zu entfernen.

Anstatt dies aber auf Grundlage einer Bewertung im Einzelfall Stück-für-Stück zu tun, hatte sich die Regierung in ihrem Gesetzesentwurf zunächst für einen tabula rasa-Ansatz entschieden. Laut einer Auslaufklausel (sog. sunset clause) sollte sämtliches „retained EU law“ zum 31. Dezember 2023 aufgehoben werden. Die einzige Ausnahme bildete „retained EU law“ in der Form von förmlichen Parlamentsgesetzen, etwa der Equality Act 2010, der die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien kodifiziert. Diese Regelung hätte zur Folge gehabt, dass ein erhebliches Mass an Rechtsunsicherheit entstanden wäre, da die Kategorisierung einzelner Vorschriften als „retained EU law“ nicht immer eindeutig ist. Zudem wären durch dieses Vorgehen erhebliche Regelungslücken entstanden, da das „retained EU law“, wie oben ausgeführt, nach wie vor wichtige re-

¹⁵ European Union (Withdrawal Act) 2018, section 8: „A Minister of the Crown may by regulations make such provision as the Minister considers appropriate to prevent, remedy or mitigate (a) any failure of retained EU law to operate effectively, or (b) any other deficiency in retained EU law, arising from the withdrawal of the United Kingdom from the EU.“

¹⁶ Pressemitteilung der britischen Regierung v. 22.9.2022 mit dem Titel: „UK government to set its own laws for its own people as Brexit Freedoms Bill introduced“, <<https://www.gov.uk/government/news/uk-government-to-set-its-own-laws-for-its-own-people-as-brexit-freedoms-bill-introduced>>.

gulatorische Funktionen erfüllt. Hinzu tritt, dass die Regierung bis dato keine abschliessende Liste des als „retained EU law“ zu klassifizierenden Rechts produzieren konnte, so dass manche Gesetzeslücke in Folge der Retained EU Law Bill womöglich erst im Nachhinein entdeckt worden wären.

Aus diesen Gründen sah sich der Gesetzesentwurf erheblicher Kritik ausgesetzt. Im Mai 2023 nahm die Regierung dann auch von dem tabula rasa-Ansatz Abschied und schlug eine Liste von ca. 600 Einzelakten vor, die zum Ende des Jahres 2023 aufgehoben werden sollten. Das übrige „retained EU law“ sollte in Kraft bleiben, aber dennoch seinen besonderen Status verlieren. Auch hierbei ist eine Verschiebung der Gestaltungsmacht von Legislative auf Exekutive zu konstatieren. Auf letztere werden erhebliche Kompetenzen (und erhebliches Ermessen) übertragen, um etwa den besonderen Status des retained EU law (insb. dessen Anwendungsvorrang) beizubehalten.

IV. Gesetzgebung zur Lückenfüllung

Obwohl das Vereinigte Königreich viele der durch den Brexit entstehenden Lücken in der Rechtsordnung durch den Kontinuitätsansatz im EUWA 2018 schliessen konnte, entstanden Regelungslücken in den Bereichen, in denen das EU-Recht bisher eine zentrale Rolle spielte und die – aufgrund der seit Ende des Übergangszeitraums fehlenden Einbindung des Vereinigten Königreichs in den Binnenmarkt und die Politiken der Union – nicht einseitig geschlossen werden konnten. Daher musste sich das Vereinigte Königreich in diesen Feldern für eigenständige Politikansätze entscheiden und entsprechende nationale Regelungen erlassen. Dies tat es auch, vor allem im Bereich der Landwirtschaft (Agriculture Act 2020), des Fischereiwesens (Fisheries Act 2020), der internationalen Handelsbeziehungen (Trade Act 2021) und des Zollwesens (Taxation (Cross-border Trade) Act 2018). In all diesen Bereichen orientiert sich die Politik stark an den Ansätzen im EU-Recht. So hat das Vereinigte Königreich etwa keine wesentlichen Abweichungen von den EU-Zolltarifen beschlossen.

Ein weiteres Problem, das der EU-Austritt offenlegte, war die Gestaltung des internen Marktes des Vereinigten Königreichs. Hierbei konnte aufgrund historischer Entwicklungen kaum auf altes, vor dem EU-Beitritt im Jahre 1973 geltendes Recht bzw geltende Politikansätze zurückgegriffen werden, da das Problem der Organisation eines internen Marktes zu dem Zeitpunkt – vielleicht mit einigen wenigen Ausnahmen im Falle Nordirlands – kaum bis gar nicht existierte. Der Grund dafür war die teilweise Aufweichung der Zentralstaat-

lichkeit durch Einführung der Devolution in Schottland und Wales sowie der Wiedereinsetzung einer Regierung für Nordirland nach dem Ende des Nordirlandkonflikts um die Jahrtausendwende.

Während Nordirland seit seiner Gründung im Jahr 1921 bis zur Einführung der Direktregierung durch London aufgrund des Nordirlandkonflikts im Jahr 1972, seine eigene Regierung und eigenes Parlament hatte, waren Wales und Schottland seit jeher von London aus regiert worden. Dies änderte sich nach Durchführung von Volksabstimmungen durch die neugewählte Labour-Regierung im Jahr 1997. Diese führte zu einer sog. Devolution von Kompetenzen und der Gründung von eigenen Parlamenten für Schottland und Wales sowie der Einsetzung schottischer und walisischer Regierungen.¹⁷ Devolution bedeutet – im Unterschied zum Föderalismus – dass die Landesteile zwar Gesetzgebungskompetenzen innehaben, diese jedoch nicht auf ihrer eigenen Staatlichkeit bzw. Restsouveränität beruhen, sondern von der Zentralgewalt, d.h. dem Vereinigten Königreich, abgeleitet sind. Das hat zwei praktische Konsequenzen: erstens können die übertragenen Kompetenzen jederzeit einseitig durch einfaches Gesetz geändert bzw. ganz zurückgenommen werden. Dies ist zumindest rein rechtlich betrachtet der Fall; ob es politisch möglich ist, soll hier nicht weiter besprochen werden. Zweitens sind die übertragenen Kompetenzen nicht exklusiv, sondern bestehen parallel zu den Kompetenzen der Zentralgewalt. Das bedeutet, dass das britische Parlament nach wie vor in den übertragenen Kompetenzbereichen tätig werden kann und etwa vom schottischen Parlament erlassene Gesetze abändern oder aufheben kann. Das wird in der Regel dadurch vermieden, dass in den besagten Kompetenzbereichen – etwa im Gesundheits- oder Erziehungswesen – Gesetze des Parlaments in London explizit nur auf England anwendbar gemacht werden. Nordirland folgt nach Wiedereinführung der Selbstregierung nach der Volksabstimmung über das Karfreitagsabkommen im Jahr 1998 einem ähnlichen Modell.

Die Problematik des internen Marktes des Vereinigten Königreichs rührt nun daher, dass die mit Gesetzgebungsgewalt versehenen Landesteile Kompetenzen in Bereichen haben, die theoretisch zu Marktzugangshürden führen können. So haben sie etwa umweltrechtliche Kompetenzen (z.B. bezüglich umweltrechtlicher Mindeststandards für Waren), aber auch Kompetenzen im Bereich der Erziehung (etwa was Lehrerqualifikationen angeht) oder im Be-

¹⁷ Die Devolution nach Wales erstreckte sich zunächst nur auf Verwaltungskompetenzen, d.h. die walisische Regierung war zur Verordnungsgabe ermächtigt, das walisische Parlament aber nicht zur formellen Gesetzgebung. Das änderte sich nach einer weiteren Volksabstimmung im Jahr 2011.

reich des Lebensmittelrechts. Diese waren bisher grösstenteils¹⁸ vom Europarecht abgedeckt, so dass es kaum zu unterschiedlichen Regelungen kommen konnte.

Das hat sich mit dem Brexit geändert, so dass der Gesetzgeber sich gezwungen sah, eigene Regelungen für den internen Markt des Vereinigten Königreichs einzuführen. Dies geschah durch den Internal Market Act 2020.

Dieser orientiert sich dogmatisch an den EU-Grundfreiheiten, indem er die Herkunftsdiskriminierung verbietet und den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung – im EU-Recht bekannt seit der Rechtssache *Cassis de Dijon*¹⁹ – kodifiziert. Im Unterschied zum Unionsrecht jedoch wird letzterer nicht von denselben Rechtfertigungsgründen begleitet, d.h. es gibt keine ungeschriebenen – und damit inhaltsoffenen – zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls. Hinzu kommt, dass die geschriebenen Rechtfertigungsgründe im Gegensatz zu Art. 36 AEUV äusserst eng gehalten sind. Der Internal Market Act 2020 selbst sieht dann Ausnahmen vor, wenn eine Gefahr für die Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen besteht. Dabei ist die Regelung eng gehalten und kann nur eingreifen, wenn etwa eine bestimmte Krankheit (etwa die Maul- und Klauenseuche) in einem Landesteil existiert, aber nicht in dem anderen. Weiter reichende Ausnahmen, etwa weil ein Landesteil höhere Umweltstandards befürwortet als die anderen, sind nicht möglich, es sei denn mit Zustimmung der Zentralregierung, die solche Ausnahmen im Verordnungsweg zulassen kann. Dazu kommt es u.a. dann, wenn sich die vier Regierung auf sog. gemeinsame Rahmenbedingungen (common frameworks) geeinigt haben.²⁰ Dies geschah bisher einmal im Fall des Verbots von Einweg-Kunststoffen in Schottland, das in der Form in den anderen Landesteilen nicht existiert. Erst durch eine Verordnung der Zentralregierung wurde dieses Verbot vor dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung geschützt.²¹

Dieses Beispiel illustriert gut die weiter reichende verfassungsrechtliche Kritik am Internal Market Act 2020. Schottland hatte von seiner umweltpolitischen Kompetenz Gebrauch gemacht und Einweg-Kunststoffe (etwa Einweg-Plastikbecher) verboten. Diese Regelung wäre aber aufgrund des Internal Market Acts

¹⁸ Abgesehen von den genannten Lehrerqualifikationen, die ja zwischen England und Schottland einen Fall der Inländerdiskriminierung dargestellt hatten.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.

²⁰ Scottish Parliament Information Centre, „From single-use plastics to the deposit return scheme: How are Common Frameworks and UK Internal Market Act exclusion processes operating?“, <<https://spice-spotlight.scot/2023/03/24/from-single-use-plastics-to-the-deposit-return-scheme-how-are-common-frameworks-and-uk-internal-market-act-exclusion-processes-operating/>>.

²¹ Ebd.

leicht zu unterlaufen gewesen, indem man diese Produkte statt über einen schottischen Produzenten nun über einen englischen oder walisischen Produzenten bezogen hätte. Eine Aushöhlung der Kompetenz wäre die Folge gewesen. Dieses Loch wurde im konkreten Fall zwar von der Zentralregierung durch Erlass einer Ausnahmeverordnung gestopft. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Ausübung von Kompetenzen durch die Landesteile nunmehr in der Praxis entweder stark beschränkt ist oder von einer Zustimmung der Zentralregierung abhängt. Die der Devolution inhärente Selbstregierung der Landesteile wurde dadurch geschwächt.

D. Dem Brexit geschuldete weitere Verfassungsentwicklungen

Die Verfassung des Vereinigten Königreichs war in der Europäischen Union einzigartig. Sie wird oft, wenn auch unpräzise, als ungeschriebene Verfassung charakterisiert, was so jedoch nicht stimmt. Die meisten materiell dem Verfassungsrecht zuzuordnenden Regeln sind sehr wohl schriftlich niedergelegt, meist in Gesetzesform, oder eben als sog. Verfassungskonventionen (constitutional conventions), die als politisch bindende, aber rechtlich nicht durchsetzbare Verfassungsregeln gelten. Sie sind – ähnlich dem Gewohnheitsrecht – durch Praxis entstanden und mittlerweile grösstenteils auch in verschiedenen (nicht notwendigerweise rechtlich bindenden oder durchsetzbaren) Regelwerken wie dem Ministerial Code,²² den Devolution Guidance Notes²³ oder dem parlamentarischen Handbuch Erskine May²⁴ aufgeschrieben. Was die britische Verfassung also in erster Linie von den in den meisten EU-Staaten typischen Verfassungen unterscheidet sind folgende drei Merkmale: erstens, ist die Verfassung nicht kodifiziert; zweitens, bedarf es für die Änderung der Verfassung keiner besonderen Mehrheiten oder Verfahren wie etwa in Deutschland einer zwei-Drittel Mehrheit oder in Irland einer Volksabstimmung; und drittens, geht die Verfassung dem einfachen Gesetz nicht vor. Vielmehr unterscheidet das britische Recht nicht formell zwischen einfachem Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Letzteres hat oft die Form eines einfachen Gesetzes und wird nur wegen seiner Funktion dem Verfassungsrecht zugeord-

²² <<https://www.gov.uk/government/publications/ministerial-code>>.

²³ <<https://www.gov.uk/government/publications/devolution-guidance-notes>>.

²⁴ <<https://erskinemay.parliament.uk/>>.

net.²⁵ Das dominierende Prinzip des britischen Verfassungsrechts ist dabei die sog. Souveränität des Parlaments (sovereignty oder supremacy of Parliament), die in ihrer klassischen Form besagt, dass das Parlament „das Recht hat jedes denkbare Gesetz zu erlassen oder aufzuheben; und dass keinem Mensch und keiner Körperschaft vom englischen Recht das Recht eingeräumt wird sich über die parlamentarische Gesetzgebung hinwegzusetzen oder diese aufzuheben“²⁶.

Diese parlamentarische Souveränität – ob jemals in dieser Reinform praktiziert oder nicht – war durch die Mitgliedschaft in der EU und den verfassungsrechtlichen Reformen durch die Labour-Regierung seit 1997 – vor allem Devolution aber auch die Einführung von justiziablen Grundrechten durch den Human Rights Act 1998 – zumindest in der Praxis eingeschränkt.²⁷

Wegen der tiefgreifenden Änderungen, die die Umsetzung des Brexit erforderte, wird dieser auch nachhaltige Auswirkungen auf die künftige Entwicklung der britischen Verfassung haben. Im Folgenden sollen die wichtigsten durch den Brexit beförderten Entwicklungen besprochen werden.

I. Volksabstimmungen

Das Brexit-Referendum war erst die dritte landesweite Volksabstimmung in der Geschichte des Vereinigten Königreichs.²⁸ Gerade aber weil sie wohl gegen den Willen der Regierung ausging und zu solch weitreichenden politischen,

²⁵ Es gibt einen Ansatz in der Rechtsprechung, der zwischen einfachen Gesetzen und sog. „constitutional statutes“ (also Verfassungsgesetzen) unterscheidet, mit der Konsequenz, dass letztere (im Gegensatz zu ersteren) nicht implizit durch späteres einfaches Gesetz widerrufen werden (sog. implied repeal); High Court (England and Wales, Urt. v. 18.2.2002, *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), wobei in jüngster Zeit Zweifel aufkamen, inwieweit diese Ansicht vom Supreme Court derzeit noch geteilt wird, s. Supreme Court, Urt. v. 8.2.2023, *Re Allister* [2023] UKSC 5, dazu etwa Kacper Majewski, *Re Allister: The End of ‚Constitutional Statutes‘?*, UK Constitutional Law Blog, <<https://ukconstitutionalallaw.org/2023/02/21/kacper-majewski-re-allister-the-end-of-constitutional-statutes/>>.

²⁶ „the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament“, A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10. A., London, Macmillan, 1959, S 39 - 40 (Übersetzung durch den Autor).

²⁷ S. exemplarisch aus der Zeit vor dem Brexit-Referendum, Anthony W Bradley, *The Sovereignty of Parliament: Form or Substance?*, in: Jeffrey Jowell/ Dawn Oliver (Hrsg.), *The Changing Constitution*, 7. A., Oxford, OUP 2011, 35.

²⁸ Die beiden vorhergehenden betrafen den Eintritt in damalige EWG (1972) und eine (vom Volk abgelehnte) Wahlrechtsreform (2011). Sonst gab es noch acht regionale Abstimmungen, vor allem über die Einführung der Devolution und die Unabhängigkeit Schottlands.

rechtlichen und wohl auch ökonomischen Konsequenzen führen sollte, stellt sich die Frage, welche künftige Rolle das Instrument Volksabstimmung haben wird. Bei allen bisherigen durch Volksabstimmung geklärte Fragen handelte es sich ebenfalls um Verfassungsfragen, sei es die Mitgliedschaft in der EU, das Wahlrecht, die Einführung der Devolution oder die Loslösung vom Vereinigten Königreich selbst.²⁹ Andere Verfassungsfragen – etwa Reformen des Oberhauses, Ratifikation neuer EU-Verträge – sind aber auch im Sinne der parlamentarischen Souveränität durch Gesetz geregelt worden. Insofern hat der sporadische Rückgriff auf Volksabstimmungen – ohne gesetzliche Grundlage, die das Prinzip regeln, wann solche abzuhalten sind – einen disruptiven Charakter, der die Autorität des Parlaments als traditionellem Sitz der Gesetzgebung in Frage stellt.³⁰ Das erklärt auch die Spannungen, die sich nach der Abstimmung vom 23. Juni 2016 darüber ergaben, welche Art von Brexit denn nun – im Angesicht des vom Volk zum Ausdruck gebrachten Willens – die richtige sei. Denn Volksabstimmungen stellen die populäre Souveränität in direkte Konkurrenz zur parlamentarischen Souveränität.³¹ Es ist noch völlig offen, inwieweit sich beide in Zukunft vereinbaren lassen werden. Zudem stellt der Gebrauch von Referenden zumindest einen teilweisen Systemwechsel von der repräsentativen zu einer direkten Demokratie dar,³² der aber derzeit – mangels Einigkeit über die grundlegenden Prinzipien von Referenden – unklar bleibt.

II. EU-Recht und Rechtssicherheit

Eine weitere Konsequenz des Brexit ist, dass das EU-Recht nach wie vor ein Geisterdasein in den Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs spielt. Zum einen ist da das oben besprochene „retained EU law“, das nach Plänen der Regierung durch Verabschiedung der Retained EU Law Bill zwar teilweise aufgehoben werden soll, aber in Teilen auch gerettet werden kann, um letztlich als „assimilated law“ weiter zu existieren. Zwar schafft die Retained EU Law Bill den Anwendungsvorrang des „retained EU Law“ im Grunde ab, jedoch kann dieser per Verordnung wieder angeordnet werden. Die Rechtssicherheit wird davon kaum profitieren.³³ Hinzu kommt, dass das Austrittsabkommen unmittelbar wirksame – und vom EUWA, geändert durch den European Union

²⁹ Michael Gordon, Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit, *EU Constitutional Law Review*, 2020, 217.

³⁰ Gordon, 234

³¹ Gordon, 235.

³² Gordon, 239.

³³ S. auch Hansard Society, Five Problems with the Retained EU Law (Revocation and Reform) Bill, <<https://www.hansardsociety.org.uk/publications/briefings/five-problems-with-the-retained-eu-law-revocation-and-reform-bill>>.

(Withdrawal Agreement) Act 2020 auch im nationalen Recht durchsetzbare – Regelungen zu den Rechten von EU-Bürgern, die vor Ende des Übergangszeitraums im Vereinigten Königreich von ihren Freizügigkeitsrechten nach EU Recht Gebrauch gemacht hatten, enthält. Diese bleiben demnach anwendbar und entfalten gemäss Art. 4 Abs. 1 des Austrittsabkommens unmittelbare Wirkung, wenn die unionsrechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Sie sind also nicht als „retained EU law“ zu klassifizieren, sondern sie gelten als Unionsrecht fort.

III. Devolution

Die Umsetzung des Brexit im Vereinigten Königreich hatte auch teils erhebliche Auswirkungen auf die Devolution. Wie bereits ausgeführt, führte der Brexit dazu, dass bisher von europarechtlichen Vorgaben dominierte Kompetenzbereiche der Landesteile Schottland, Wales und Nordirland von diesen Vorgaben³⁴ befreit wurden und in ihnen nunmehr erstmals eigenständige Politikansätze entwickelt werden können. Dies hat die oben beschriebenen potenziellen Auswirkungen auf den internen Markt des Vereinigten Königreichs, welche der zentrale Gesetzgeber durch einen weitreichenden und praktisch ausnahmslos geltenden Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu lösen versucht hat. Dieser Ansatz hat zweifellos das Potenzial die Auswirkungen unterschiedlicher Regelungen in den Landesteilen – etwa im Umweltschutz – auf praktische Null zu reduzieren. Dies führt regulierungstechnisch letztlich zu einem Unterbietungswettlauf (*race to the bottom*) und zu einer Dominanz des kleinsten gemeinsamen regulatorischen Nenners. Jedenfalls sofern die Regulierung von Produktstandards von Handelswaren betroffen ist, kann aufgrund des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung der höhere einheimische Standard nur gegenüber heimischen, etwa walisischen, Produkten, nicht aber gegenüber importierten Produkten aus England angewandt werden. Das hat zur Konsequenz, dass manche regulatorische Kompetenz von den Landesteilen angesichts geringerer Standards anderswo gar nicht erst ausgeübt wird, weil diese durch Importe leicht umgangen werden kann. Zudem besteht die Gefahr, dass einheimische Produzenten aufgrund der drohenden Inländerdiskriminierung ihren Produktionsstandort in einen anderen Landesteil verlegen. Verschärfend dürfte noch hinzukommen, dass dies vor allem die kleineren Landesteile betrifft. England als dominierender und zentral regierter Landesteil wird aufgrund seiner Grösse hier eine dominante Stellung einnehmen.

³⁴ Rechtlich erfolgte dies dadurch, dass jegliche Gesetzgebung der Landesteile, die mit dem EU-Recht inkompatibel war als *ultra vires* betrachtet wurde.

Auch der EU Withdrawal Act 2018 enthält Regelungen, die die Devolution unterterminieren. Hierdurch wurden der Zentralregierung Verordnungsermächtigungen übertragen, welche es ihr erlauben in Bereichen, die der Kompetenz der Landesteile zugeschrieben ist, substantielle Entscheidungen zu treffen. Dies war vor dem Brexit nur durch Parlamentsgesetz möglich, nicht aber durch die Exekutive und geschieht in der Praxis ohne Kontrolle durch die Landesparlamente.³⁵

Abgesehen davon hat die Devolution während des Brexitprozesses auch im Übrigen gelitten, was die mangelnde Robustheit der Devolution im Besonderen und der britischen, oft als politisch bezeichneten, Verfassung im Allgemeinen demonstriert. Der politische Kontext geht auf den relativ knappen Ausgang des Brexitreferendums zurück, in dem sich rund 52% der Abstimmenden für einen Austritt aus der EU aussprachen. Damit war allerdings noch nicht entschieden, welche Art von Brexit das bedeuten würde. In der politischen Diskussion wurden verschiedene Modelle – vom Europäischen Wirtschaftsraum bis hin zum Brexit ohne Austrittsvertrag – oft nach Härtegraden von weich bis hart bezeichnet. Das heisst, dass sich das britische Parlament, das ja den Brexit durch Gesetzgebung besiegeln musste, nicht einig war, wie dieser von Statten gehen sollte. Hinzu kamen noch regionale Varianten im Abstimmungsergebnis: insbesondere in Schottland stimmten 62% der Menschen für einen Verbleib in der EU, so dass sich die schottische Regierung für einen möglichst weichen Brexit aussprach. Ebenso war die walisische Regierung – die von der Labour Partei angeführt wird – ganz im Sinne dieser Partei ebenfalls für einen weichen Brexit.³⁶

Zwar sind die Aussenbeziehungen und somit auch die EU-Beziehungen des Vereinigten Königreichs Sache der Zentralgewalt. Dennoch berührt die konkrete Umsetzung auch die Kompetenzen der Landesteile.

Wie oben beschrieben ist es der Devolution eigen, dass das Zentralparlament in London eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz hat und damit auch in eigentlich den Landesteilen zugeteilten Kompetenzbereichen Gesetze erlassen kann. Dennoch hat es sich durch eine Verfassungskonvention (die sog.

³⁵ Aileen McHarg, <<https://policyexchange.org.uk/blogs/ministerial-powers-and-devolved-competence/>>.

³⁶ In Nordirland war die Regierung während der Brexitverhandlungen zusammengebrochen, was vordergründig an einem anderen politischen Skandal lag. Jedoch war klar, dass sich die dortige Regierung, die sich laut Karfreitagsabkommen aus der grössten nationalistisch-irischen (und katholischen) Partei und der grössten unionistisch-britischen (und protestantischen) Partei zusammensetzen muss, sich nicht einigen würde können, da die oben bereits erwähnte DUP sich voll und ganz dem Brexit verschrieben hatte.

Sewel Konvention) eingebürgert, dass dies normalerweise nur dann geschehen solle, wenn die betroffenen Landesteile auch zustimmten.³⁷ Die Konvention besagt auch, dass Änderungen der Kompetenzen der Landesteile ebenfalls der Zustimmung ihrer Parlamente bedürfen.³⁸ Die Konvention war lange Zeit als Indiz dafür angesehen worden, dass die klassische zentralistische Konzeption der britischen Verfassung, deren einzige Autoritätsquelle das Parlament in Westminster – bzw. genauer der King-in-Parliament – war, der Vergangenheit angehörte. Stattdessen hatte sich vor allem in den Landesteilen eine Auffassung durchzusetzen begonnen, wonach das Vereinigte Königreich eine Union von vier Nationen sei und wo sich der Sitz der ultimativen Souveränität nicht einer Institution zuordnen lässt.³⁹

Auch bei der konkreten Abwicklung des Brexit waren die Kompetenzen der Landesteile betroffen, da der Brexit zu einem Anwachsen dieser Konsequenzen führt. Folgendes Argument wird dabei angeführt: da die Austrittserklärung nach Art. 50 EUV einen Automatismus beinhalte, der letztlich zum Verlust der Mitgliedschaft führe, hat diese Erklärung nach Ansicht des obersten Gerichts (UK Supreme Court) die Wirkung, dass damit das Ende vom EU-Recht als Rechtsquelle des nationalen Rechts eingeleitet wird.⁴⁰ Daher bedurfte es nach Ansicht des Supreme Court hierfür einer gesetzlichen Ermächtigung für die Regierung, damit diese die Austrittserklärung in verfassungskonformer Weise abgeben kann.

Wenn dem so ist, bedeutet das natürlich auch, dass durch die Austrittserklärung ein Automatismus in Gang gesetzt wird, der die dem Europarecht innewohnenden Kompetenzbeschränkungen für das Vereinigte Königreich wegfallen lässt. Damit können dann auch die Landesteile in Bereichen Gesetze erlassen, die ihnen zwar kompetenzrechtlich zugeteilt waren, aber in denen sie aufgrund der EU-Mitgliedschaft grundsätzlich in ihrer Gestaltungsmacht und damit der Kompetenzausübung eingeschränkt waren. Die Sewel-Konvention griff also nach dieser Ansicht schon bei der Frage der Abgabe der Austrittserklärung ein. Allerdings ersuchte die Zentralregierung – anders als bei anderen Brexit-Gesetzen – nicht die Zustimmung der Parlamente der Landesteile für den anschliessend erlassenen European Union (Notification of Withdrawal)

³⁷ Mittlerweile kodifiziert in s. 28 (8) Scotland Act 1998, allerdings ohne gerichtliche durchsetzbare rechtliche Wirkung (s. UK Supreme Court in *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, §§ 136-151.

³⁸ Devolution Guidance Note No 10.

³⁹ Etwa Michael Keating, *Taking back control? Brexit and the territorial constitution of the United Kingdom*, *Journal of European Public Policy* 2020, 491-492.

⁴⁰ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 § 80.

Act 2017. Das lag daran, dass der Supreme Court auch die Relevanz der Sewel Konvention zu erörtern gefragt wurde und dies, mit Hinweis auf deren rechtliche Unverbindlichkeit, verweigerte.⁴¹

Dennoch hatte die Zentralregierung nach Abgabe der Austrittserklärung im Hinblick auf mehrere Brexit-Gesetze nach Zustimmung des schottischen und walisischen Parlaments gefragt, die diese jedoch verweigerten. Dies geschah nicht nur einmal, sondern insgesamt bisher im Hinblick auf sieben Brexit-Gesetze.⁴² Trotz Verweigerung der Zustimmung wurden die Gesetze trotzdem erlassen. Im Vergleich dazu kam es vor dem Brexit nur einmal zu der Situation, dass die Zustimmung nach der Sewel-Konvention verweigert worden war, und zwar durch das walisische Parlament, das Zentralparlament anschliessend aber trotzdem handelte.⁴³

Daher stellt sich nun die Frage, inwiefern diese Konvention noch existiert oder ob sie etwa durch die Praxis seit dem Brexit modifiziert wurde und zumindest was ihre verfassungsrechtliche Dimension – die Schaffung bzw. Beschränkung von Kompetenzen für die Landesteile – nicht mehr so gilt wie vorher.⁴⁴ Ein Ausschuss des Schottische Parlaments jedenfalls ist zu dem Schluss gekommen, dass die Sewel-Konvention unter Druck ist und dass ein Risiko besteht, dass der gesamte Zustimmungsprozess kollabiert.⁴⁵

IV. Nordirland

Zu den Auswirkungen auf die Devolution im Allgemeinen, tritt die durch den Brexit erheblich komplizierte Situation in Nordirland im Besonderen. Dort scheint – grösstenteils wegen Uneinigkeiten über die Abwicklung des

⁴¹ R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5, §§ 136-151.

⁴² Das schottische Parlament verweigerte die Zustimmung zu den folgenden: European Union (Withdrawal) Act 2018; European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020; European Union (Future Relationship) Act 2020; UK Internal Market Act 2020; Professional Qualifications Act 2022; Subsidy Control Act 2022; Retained EU Law Bill. Das walisische Parlament verweigerte ebenfalls die Zustimmung zu diesen mit Ausnahme des European Union (Withdrawal) Act 2018. Das nordirische Parlament war teilweise während des Brexit Prozesses wegen politischer Krisen nicht aktiv, verweigerte aber die Zustimmung zum European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020.

⁴³ S. Scottish Parliament, CEEAC Committee, 5th Report, The impact of Brexit on Devolution (2022).

⁴⁴ Aileen McHarg, Aussage vor dem CEEAC Committee des Schottischen Parlaments, 5th Report, The impact of Brexit on Devolution (2022), Rn. 78.

⁴⁵ § 119 des Reports.

Brexit – eine Regierungsbildung derzeit nicht möglich zu sein.⁴⁶ Nordirland nimmt im Vereinigten Königreich als Postkonfliktgesellschaft eine Sonderstellung ein. Dies spiegelt sich verfassungsrechtlich darin wider, dass die nordirische Regierung auf dem sog. Power-sharing aufbaut. Das bedeutet, dass die Regierung von der nach den jeweiligen Wahlen grössten unionistischen (britisch-protestantischen) und der grössten nationalistischen (irisch-katholischen) Partei gebildet wird. Dadurch kann jede dieser Parteien die Regierung zu Fall bringen. Ebenso kann sich nach einer Neuwahl eine der Parteien erfolgreich die Wahl eines Sprechers für das nordirische Parlament boykottieren, so dass Nordirland ohne Regierung und ohne beschlussfähiges Parlament bleiben kann. Die Konsequenz ist dann die Direktregierung durch London.

Derzeit sind das die DUP (unionistisch) und Sinn Féin (nationalistisch), die beide dem jeweiligen extremen Rand zuzuordnen sind. Insgesamt stimmte in Nordirland ein Anteil von 55% der Wählerschaft gegen den Brexit, wobei sich nahezu alle Parteien ausser der DUP für einen Verbleib in der EU ausgesprochen hatten, nicht zuletzt um oben beschriebene Probleme mit der inner-irischen Grenze zu vermeiden. Die zum Zeitpunkt des Brexit-Referendums bestehende nordirische Regierung scheiterte im Januar 2017 an den Folgen eines Subventionsskandals. Danach blieb Nordirland – nicht zuletzt wegen der langwierigen Verhandlungen zwischen EU und Vereinigtem Königreich über die Offenheit der Grenze – ohne Regierung. Zwischenzeitlich traten beiden Parteien wieder in die Regierung ein, seit den Wahlen vom Mai 2022 jedoch ist Nordirland wieder regierungslos. Das liegt vor allem daran, dass die DUP den im Nordirlandprotokoll gefundenen Kompromiss nicht akzeptieren will. Solange das Protokoll in der ursprünglichen Form bestand, wollte die Partei der Regierung fernbleiben. Nach der Reform des Protokolls durch das sog. Windsor Framework hatte die Hoffnung bestanden, dass die DUP sich dazu bringen könnte, in die Regierung einzutreten, was aber bis dato noch nicht geschehen ist. Der Grund hierfür liegt vor allem daran, dass es innerhalb der Partei – und der weiteren unionistischen Gemeinschaft – keinen Konsens hierüber zu geben scheint.

Diese Dauerkrise in Nordirland hat aber noch weitere, ebenfalls mit dem Brexit in Verbindung zu bringende Gründe. An vorderster Front steht dabei die Befürchtung der Unionisten, dass es zu einem vereinigten Irland kommen könnte. Dafür bereitet das Karfreitagsabkommen den Weg: wenn es erscheint,

⁴⁶ Zur Nordirlandpolitik der britischen Regierung seit dem Brexit s. Conor J. Kelly/Etain Tanam, The UK government's Northern Ireland policy after Brexit: a retreat to unilateralism and muscular unionism, *Journal of European Public Policy* 2023, <<https://doi.org/10.1080/13501763.2023.2210186>>.

dass eine Mehrheit in Nordirland die Union verlassen möchte und ein vereinigtes Irland erstrebt, dann ist die britische Regierung verpflichtet, eine Volksabstimmung zu dieser Frage anzuberaumen. Vor dem Brexit hatte ein vereinigtes Irland in Nordirland keine Aussicht auf eine Mehrheit. Selbst Katholiken waren oft nicht davon überzeugt. Das könnte sich nach Ansicht mancher durch den Brexit ändern. Denn die Frage der Grenze auf der Insel hat auch die Frage nach der nationalen Einheit wieder aufleben lassen und die Unterstützung hierfür galvanisiert. Sowohl in den Medien, als auch in der Forschung und in der Zivilgesellschaft hat sich eine lebhaftere Diskussion um die Wiedervereinigung entwickelt.⁴⁷ Zwar gibt es nach aktuellen Umfragen keine Mehrheit für ein vereinigtes Irland, was den Unionisten einen relativ ruhigen Schlaf bereiten sollte.⁴⁸ Dennoch fühlen sie die Union mit dem Vereinigten Königreich in Gefahr, was durch die Annäherung von Nordirland an die EU (und damit die Republik Irland) durch das Nordirlandprotokoll sowie durch die Tatsache, dass Katholiken nunmehr eine relative Mehrheit in Nordirland bilden und Sinn Féin aus den Wahlen 2022 als grösste Partei hervorgegangen war, verschärft wird. Dementsprechend erwartet auch eine relative Mehrheit der nordirischen Bevölkerung, dass es in zwanzig Jahren ein vereinigtes Irland geben wird.⁴⁹

Die Devolution hat also durch den Brexit-Prozess Schaden genommen. Es ist der flexiblen politischen Verfassung des Vereinigten Königreichs eigen, dass schwer vorherzusagen ist, wie sich dies langfristig auswirken wird. Es besteht natürlich die Möglichkeit, dass sich die Devolution eventuell nach Neuwahlen wieder in alte Fahrwasser begibt. Allerdings sprechen dagegen die nach wie vor bestehenden Unabhängigkeitsbestrebungen der schottischen Regierung, die bestehenden Schwierigkeiten einer Regierungsbildung in Nordir-

⁴⁷ Etwa durch Gründung der Organisation Ireland's Future (<<https://irelandsfuture.com/>>); das Forschungsprojekt ARINS (<<https://www.ria.ie/arins>>); und unzählige Medienbeiträge in den letzten Jahren.

⁴⁸ Die Zahlen variieren je nach Umfrage: etwa sah die Northern Ireland Life and Times Survey (eine jährlich stattfindende Studie) im April 2023 eine relative Mehrheit von 48% für einen Verbleib im Vereinigten Königreich verglichen mit 31% für eine Wiedervereinigung (Rest: weiss nicht), <<https://www.ark.ac.uk/ARK/sites/default/files/2023-04/update151.pdf>>; Irish Times (Dez 2022) vermerkte 50% für einen Verbleib im Vereinigten Königreich und 27% für eine Wiedervereinigung (Rest entweder weiss nicht oder würde nicht wählen), <<https://www.irishtimes.com/ireland/2022/12/03/poll-shows-northern-ireland-rejects-unity-by-large-margin/>>.

⁴⁹ 45% der Befragten in der Northern Ireland Life and Times Survey hielten es für wahrscheinlich oder sehr wahrscheinlich, dass es in zwanzig Jahren ein vereinigtes Irland geben werde, verglichen mit 38% die einen Verbleib im Vereinigten Königreich für wahrscheinlich oder sehr wahrscheinlich hielten <<https://www.ark.ac.uk/ARK/sites/default/files/2023-04/update151.pdf>>.

land, und die möglicherweise unabhängig von der Parteizugehörigkeit bestehenden Zentralisierungsversuchungen und -tendenzen der Londoner Zentralregierung.

V. Zuwachs an Exekutivbefugnissen

Diese Zentralisierungstendenzen schlugen sich auch in dem erheblichen Anwachsen der Exekutivbefugnisse bei Abwicklung des Brexit nieder. Wie bereits angedeutet, beschloss das britische Parlament mit dem EUWA 2018, nahezu das gesamte EU-Recht in einem ersten Schritt zu „domestizieren“, d.h. in retained EU law umzuwandeln, um Rechtssicherheit durch Kontinuität herzustellen. Damit wollten Parlament und Regierung Zeit gewinnen, um in Ruhe überprüfen zu können, welches retained EU law aufgehoben, welches geändert und welches unverändert beibehalten werden sollte. Dabei wurde in der Regierungsvorlage zum EUWA 2018 selbstverständlich erkannt, dass manche Änderungen des retained EU law rein technischer Natur sein würden und auch relative schnell durchgeführt werden müssten, um ein Weiterfunktionieren des retained EU law ausserhalb der EU zu ermöglichen. Als Beispiel für solch eine notwendige technische Änderung mag die Entfernung von Verweisen auf die EU-Institutionen in Vorschriften des EU-Sekundärrechts sein. Dass solche technischen Anpassungen aus Effizienzgründen nicht im formellen Gesetzgebungsverfahren durchgeführt werden sollten, leuchtet ein. Daher enthält der EUWA 2018 Verordnungsermächtigungen für die Zentralregierung und – soweit deren Kompetenzen betroffen sind – auch die Regierungen der Landesteile, um solche Änderungen vorzunehmen.

Das Problem im Hinblick auf die Gewaltenteilung war dabei jedoch, dass die im EUWA 2018 enthaltenen Exekutivbefugnisse vage definiert und damit potenziell sehr weitreichend waren. Insbesondere bestanden sie auch in sog. Henry VIII-Befugnissen, also der ausdrücklich gewährten Befugnis, Vorschriften zu erlassen, die auch durch formelles Parlamentsgesetz gemacht werden könnten.⁵⁰ Hinzu kommt, dass die parlamentarische Kontrolle dieser Befugnisse minimal beschaffen war. Denn letztlich bestand diese vor allem in der sog. „negative procedure“, wonach eine Abstimmung über einen darauf fussenden Verordnungsentwurf in der Regel nicht vorgesehen ist, sondern das Parlament selbst innerhalb einer Frist von 40 Sitzungstagen aktiv werden muss und den

⁵⁰ Section 8 (5) EUWA 2018 sagt im Wortlaut: „Regulations under subsection (1) may make any provision that could be made by an Act of Parliament“. Der Name Henry VIII powers geht auf den während der Regentschaft von Heinrich VIII erlassenen Act of Proclamations 1539 zurück, der den König explizit ermächtigte am Parlament vorbei durch Verordnungen (Proclamations) Gesetze zu erlassen.

darauf basierenden Verordnungsentwurf dann ausdrücklich ablehnen muss.⁵¹ Angesichts der Mehrheitsverhältnisse im Parlament und dessen Arbeitsweise geschieht dies in der Praxis so gut wie nie. Ähnlich weitreichende Befugnisse wurden auch in Bezug auf die Umsetzung des Austrittsabkommens auf die Exekutive übertragen.

Der Rückgriff auf diese sog. Henry VIII-Befugnisse folgen einem langjährigen Trend der Umschichtung von Machtbefugnissen vom Parlament auf die Regierung.⁵² Diese wurden durch den Brexit weitergeführt und während der Covid-Pandemie noch intensiver genutzt.⁵³ Auch die oben bereits erwähnte Retained EU Law Bill folgt diesem Trend. Sie überträgt der Regierung ein Ermessen zu entscheiden, welches „retained EU law“ trotz der Auslaufklausel beibehalten werden soll; dabei entscheiden – laut Gesetzentwurf – Minister danach, was „angemessen“ sein soll („appropriate“), ein Rechtsbegriff der unbestimmter kaum sein könnte und auf einen kaum beschränkten Ermessensspielraum hindeutet.

E. Zusammenfassung

Der Brexit hatte nicht nur die allseits bekannten rechtlichen und politischen Konsequenzen für das Verhältnis zwischen EU und Vereinigtem Königreich. Auch im Inneren resultierte er in spürbaren Auswirkungen auf das delikate verfassungsrechtliche Equilibrium. Das lag zum einen an der mit grosser politischer Härte geführte Auseinandersetzung nach Abhaltung des Brexit-Referendums, zum anderen an den Zentralisierungstendenzen und dem Hunger

⁵¹ S. 22 EUWA 2018 i.V.m. Schedule 7: danach bedürfen lediglich diejenigen Verordnungen einer Zustimmung des Parlaments, die einer Behörde zur Rechtssetzung befugt; mit der eine Gebühr festgesetzt wird; die einen Strafrechtstatbestand schafft bzw erweitert; oder die selbst eine Ermächtigung zur Gesetz- oder Verordnungsgebung enthält. Für alle anderen Verordnungen (also die grosse Mehrheit) gilt die negative procedure. Dem wurde – durch Änderungsantrag im Gesetzgebungsverfahren – noch ein Sichtungsprozess vorgeschaltet (sog. „sifting“), wonach ein eigens dafür eingesetzter Ausschuss des jeweiligen Parlaments zu entscheiden hat, ob er mit der Einschätzung des für die Verordnung zuständigen Ministers einhergeht, dass die negative procedure anzuwenden sein soll, wobei diese Einschätzung lediglich Empfehlungscharakter hat.

⁵² Dazu instruktiv Lord Igor Judge, *The King's Prerogative, 1622; the Prime Minister's Prerogative, 2022*, Seldon Society/Inns of Court Lecture, 1 November 2022, <<https://policyexchange.org.uk/blogs/the-kings-prerogative-1622-the-prime-ministers-prerogative-2022/>>. S. auch den detaillierten Report des House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee, „Democracy Denied? The Urgent need to rebalance power between Parliament and the Executive“, HL Paper 106, 24. November 2021.

⁵³ Der Coronavirus Act 2020 enthält ebenfalls zahlreiche und weitgehende Exekutivbefugnisse in der Form von Henry VIII-Befugnissen.

nach Exekutivmacht der Zentralregierung. Ob diese Flurschäden wieder behoben werden, steht noch nicht fest. Die derzeitige Regierung ist aller Voraussicht nach noch bis Ende 2024 im Amt. Ob es in Folge der dann stattfindenden Wahlen einen Regierungswechsel geben wird, lässt sich noch nicht absehen. Aber selbst wenn die Labour-Partei an die Regierung kommen sollte, ist es unwahrscheinlich, dass die Verfassung wieder in ihren Zustand prä-Brexit zurückversetzt wird. Denn den Verlockungen der Zentralisierung und der Machtkonzentration in der Exekutive wird auch eine Labour-Regierung nur schwer widerstehen können. Die Leserschaft mag also die Frage, ob die Verfassungsordnung des Vereinigte Königreichs nun – ganz im Sinne von „God Save the King“ – als „happy and glorious“ zu charakterisieren ist, selbst beantworten.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
07|2023

LEITARTIKEL 1:

Waltraud Hakenberg
Europäische Union – ein
Szenario für 2050

LEITARTIKEL 2:

Michael Reiterer
The Indo-Pacific taking
centre-stage for the EU's
security policy

Europäische Union – ein Szenario für 2050*

Waltraud Hakenberg**

Inhalt

A.	Anzahl der Mitgliedstaaten	H 2
B.	Verhältnis zwischen grossen und kleinen Mitgliedstaaten	H 4
C.	Einstimmigkeit bei Abstimmungen im Rat	H 5
D.	Qualifizierte Mehrheit bei Abstimmungen im Rat	H 6
E.	Weissbuch 2017 zur Zukunft der EU	H 7
F.	Kernthemen einer EU 2050?	H 8
I.	Frieden	H 8
II.	Starker Binnenmarkt	H 9
III.	Stärkere Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik	H 9
IV.	Angepasstes Verhältnis zu Drittstaaten	H 9
V.	Einstimmiges Vorgehen bei Asyl und Einwanderung sowie bei der Kriminalitätsbekämpfung	H 10
VI.	Neuorientierung der europäischen Agrarpolitik	H 10
VII.	Umwelt und Klima als europäisches Kernthema	H 11
VIII.	Geltung des Euro in allen Mitgliedstaaten	H 11
IX.	Neuorientierung des europäischen Kartellrechts	H 11
X.	Rechtsangleichung nur in grossen Linien	H 12
XI.	Europa der Menschen	H 12
G.	Strukturen einer EU 2050?	H 13
I.	Prägnante(re) Leitungs-Persönlichkeiten	H 13
II.	Effiziente(re) Institutionen	H 13
III.	Veränderte Budgetausrichtung	H 14
IV.	Effiziente(re) Sanktionen bei Verstössen gegen Wertegemeinschaft	H 14
V.	Rückführung der Behandlung der Amtssprachen	H 15
VI.	Gremien zur Evaluation von Ergebnissen und der Ausarbeitung neuer Projekte und Strategien	H 16

* Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den die Autorin am 10. Juni 2023 auf der Tagung der Hochschullehrer für Wirtschaft in Ludwigsburg gehalten hat.

** Prof. Dr. Waltraud Hakenberg ist Kanzlerin des Gerichts für den Öffentlichen Dienst der EU a.D. und Honorarprofessorin an der Universität des Saarlandes.

H.	EU-Szenario 2050 – Internationale Bühne?	H 16
I.	EU als selbstbewusster(er) Akteur auf dem Weltmarkt	H 16
II.	Neuer Orbit EPG	H 17
III.	EWR in die EPG	H 17
IV.	Europarat in die EPG	H 18
I.	Schluss	H 18

Am 9. Mai 1950 legte der damalige französische Aussenminister *Robert Schuman* mit dem „Schuman-Plan“ die Grundlagen der europäischen Zusammenarbeit, die heute in der Europäischen Union (EU) verfasst sind. Nachfolgend wird überlegt, wie 100 Jahre später das Szenario einer solchen Union aussehen könnte – so weit ist das Jahr 2050 gar nicht entfernt!

A. Anzahl der Mitgliedstaaten

Die EU, zu deren Beginn 1952 es sechs Mitgliedstaaten mit knapp 200 Millionen Einwohnern gab, hat gegenwärtig 27 Mitgliedstaaten mit 448 Millionen Einwohnern. Sie besetzt damit nach China und Indien Platz drei der bevölkerungsreichsten Staaten(gebilde) der Erde. Sie hat ihren Mitgliedern Frieden und Wohlstand beschert und ist das grösste erfolgreiche Integrationsprojekt der Neuzeit. Das hier vorgestellte Szenario geht davon aus, dass die EU im Jahre 2050 weiter existieren und dann 35 Mitgliedstaaten haben wird. Die ersten zwei Staaten, die voraussichtlich aufgenommen werden, werden die Ukraine und Moldawien sein. Sie haben im Februar bzw. März 2022 Beitrittsanträge gestellt, die wohl nicht mehr auf die lange Bank geschoben werden können, wenn der russische Angriff auf die Ukraine beigelegt sein wird (worauf jedermann hofft). Der Bewerberstatus wurde beiden Staaten im Juni 2022 zuerkannt. Es ist davon auszugehen, dass von Seiten der EU die so genannten Kopenhagener Kriterien,¹ die normalerweise für einen Beitritt erfüllt sein müssen, zumindest in Bezug auf die Ukraine ausserordentlich grosszügig ausgelegt werden. Noch nie hat bis heute ein von einem Angriffskrieg verwüstetes Land einen Beitritt vollzogen, aber noch nie war es geostrategisch auch so notwendig, ein Land aufzunehmen.

Was als Nächstes vollzogen werden dürfte, wird die Aufnahme der sechs „Rest-Balkan-Staaten“ Albanien, Bosnien-Herzegowina, Kosovo, Montenegro,

¹ Politische Kriterien: Demokratie, Stabilität, Rechtsstaat, Einhaltung der Grundrechte; ökonomische Kriterien: funktionierende Marktwirtschaft; Übernahme des gemeinsamen Rechtsbestands der EU; Bereitschaft, allen Verpflichtungen einer Mitgliedschaft nachzukommen.

Nordmazedonien und Serbien sein. Auch wenn aktuell viel Sorge besteht vor weiteren gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen diesen Staaten mit ihren komplizierten Ethnien, darunter erstmalig für die EU auch muslimischen, muss die EU wohl insoweit ihre geografische Abrundung erfahren,² schon um solche Auseinandersetzungen in ihrer direkten Nachbarschaft in der Zukunft zu begrenzen. Einen weiteren Jugoslawien-Krieg kann sich niemand leisten, auch Frankreich nicht, welches in Bezug auf den Beitritt dieser Staaten wesentlich zurückhaltender als Deutschland ist.

Dass die Türkei in den nächsten Jahrzehnten Teil der EU wird, ist mittlerweile kein realistisches Szenario mehr. Nach verschiedenen Anläufen in der Vergangenheit³ ist das Verhältnis zu dem dortigen autoritären Regime mittlerweile so weit abgekühlt, dass niemand in der EU ernsthaft glaubt, in der nächsten Zeit eine gemeinsame Wellenlänge zu finden. Dazu kommen die latenten Verflechtungen des Landes mit Russland. Aus wieder anderen Gründen glaubt niemand daran, dass das Vereinigte Königreich bald in die europäische Familie zurückkehren wird, die es nach 47 Jahren Mitgliedschaft 2020 verlassen hat, und auch nicht daran, ein dann vielleicht abgespaltenes Schottland als eigenen neuen Staat aufzunehmen. Auch die Schweiz wird voraussichtlich in ihrer bisherigen Stellung zur EU verharren, mit der sie im Prinzip gut zurechtkommt, genauso wie die kleinen Staaten Monaco, Andorra und San Marino sowie der wiederum anders aufgestellte Vatikan.

So darf also spekuliert werden, dass die EU im Jahre 2050 35 Mitgliedstaaten haben wird, 30% mehr Staaten als bisher. Austritte sind trotz der Spannungen mit Polen und Ungarn, von denen noch die Rede sein wird, unwahrscheinlich. 30% neue Mitgliedstaaten erscheinen einerseits viel. Andererseits betreffen sie von der Einwohnerzahl her betrachtet lediglich 14% mehr Personen, nämlich (unter der Voraussetzung des Eintritts der erwarteten demografischen Entwicklungen) 512 Millionen Personen. Die Zahlen relativieren sich, wenn man bedenkt, dass die EU zu Zeiten der Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs sogar 515 Millionen Einwohner hatte. So ändert sich eigentlich gar nicht besonders viel. Platz 3 der bevölkerungsreichsten Staaten(gebilde) der Erde wird für die EU nach wie vor gegeben, aber auch nicht erhöht sein. Auf einem anderen Blatt steht die Wirtschaftsleistung all dieser Staaten, von der man naturgemäß erwartet, dass sie ansteigen wird.

² Zu dem „Heimatländern“ Europas s. sehr eindringlich *Timothy Garton Ash, Homelands: A Personal History of Europe*, 2023.

³ Die Türkei ist seit 1999 offizieller Beitrittsbewerber. Verhandlungen wurden 2005 eröffnet, allerdings seit 2016 nicht weiter betrieben. Die EU finanziert die Türkei mit milliarden-schweren „Heranführungshilfen“, und auch im Rahmen der Migrationsproblematik fließen erhebliche Gelder in das Land, wie auch in andere Mittelmeeranrainerstaaten.

B. Verhältnis zwischen grossen und kleinen Mitgliedstaaten

Fraglich ist, wie das Verhältnis zwischen grossen und kleinen Mitgliedstaaten in einem solchen Szenario zu bewerten ist. Gegenwärtig gibt es fünf grosse Mitgliedstaaten (Deutschland, Frankreich, Spanien, Italien und Polen), 12 kleine und 10 mittlere. Die grossen Mitgliedstaaten machen damit 19% gegenüber 81% der kleinen und mittleren aus. Im vorgestellten Szenario 2050 werden sechs grosse Mitgliedstaaten, zu denen dann die Ukraine zählen wird (sie hat mit 44 Millionen mehr Einwohner als Polen mit 38 Millionen, ausser der russische Angriff dezimiert die Bevölkerung noch weiter), 17% ausmachen gegenüber 83% der kleinen und mittleren Staaten.

Interessant ist hierbei wieder, das Verhältnis zu den Bevölkerungszahlen zu betrachten. Gegenwärtig wohnen in den 19% grosser Mitgliedstaaten 66% der Einwohner der EU und in den 81% der kleinen und mittleren 34%. Dies wird identisch sein im Szenario 2050 mit 17% grossen Mitgliedstaaten, in denen dann ebenfalls 66% der Einwohner leben werden, während die Einwohner der übrigen 83% der Mitgliedstaaten wie heute 34% der Gesamtbevölkerung ausmachen werden. Also alles beim Alten?

Das Ungleichverhältnis zwischen grossen und kleinen Mitgliedstaaten ist auffallend und wird seit Beginn der europäischen Zusammenarbeit diskutiert. Es ist evident, dass grosse Mitgliedstaaten ein anderes Standing haben und sich über kleinere hinwegsetzen können. Andererseits war dies in der Vergangenheit nie ein allzu grosses Problem – Länder wie Belgien und Luxemburg konnten hervorragende Nischen besetzen, auch später die baltischen Staaten mit ihrem Niveau in modernen Technologien. Je nach Allianzen konnten viele Erfolge erzielt werden, die nur zwischen grossen Ländern allein nicht möglich gewesen wären. Das Selbstbewusstsein eines Landes hängt nicht nur von seiner Grösse ab, und Neues kann oft in einem kleinen Territorium besser erprobt werden. Dafür sind kleine Länder eventuell anfälliger für eine Einflussnahme fremder Investitionen, wie sich in Malta und Zypern zeigt. So wird sicherlich genau beobachtet werden müssen, wie sich die zukünftigen kleinen Mitgliedsländer des osteuropäischen Raumes, die schon heute von China anvisiert werden, in die bestehende Gruppe einfügen werden. Man wird sich wohl um sie mehr bemühen müssen als anlässlich der Osterweiterungen 2004-2013, als die bestehenden Mitgliedstaaten dachten, mit der Aufnahme der neuen Länder alles Nötige getan zu haben und den Dingen ihren Lauf liessen.

C. Einstimmigkeit bei Abstimmungen im Rat

Das grösste Problem bei vielen Mitgliedstaaten, noch dazu wenn sie unterschiedliche Gewichtung haben, ist die Entscheidungsfindung. Abstimmungen im Rat bzw. im Europäischen Rat müssen für bestimmte Bereiche einstimmig getroffen werden, was nicht allen grossen – und auch nicht unbedingt den kleinen – Ländern gefällt. Die aktuelle Diskussion erhitzt sich stark an dieser Frage, und eine Änderung um jeden Preis wird von unterschiedlichsten Seiten eingefordert. Hilfreich ist, sich zunächst vor Augen zu halten, welche Bereiche eigentlich von der Notwendigkeit einstimmiger Abstimmung betroffen sind: das sind die Änderung der Gründungsverträge, der Beitritt neuer Mitgliedstaaten, Art. 49 Abs. 1 EUV, die Kontrolle der Rechtsstaatlichkeit der Mitgliedstaaten, Art. 7 EUV, das Budget, Art. 311 f. AEUV, die Ermächtigung einer Verstärkten Zusammenarbeit zwischen einer Gruppe von Mitgliedstaaten, Art. 329 AEUV, die Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik, zB Sanktionen gegen Drittstaaten, Art. 24 EUV, einzelne Bereiche der Gemeinsamen Innenpolitik und von Asyl und Einwanderung, Art. 77 AEUV, die direkten Steuern, Art. 115 AEUV, einzelne Bereiche der Sozialpolitik, Art. 153 AEUV, sowie grundlegende Entscheidungen der Umweltpolitik wie Wasserressourcen und Energiestruktur, Art. 192 Abs. 2 AEUV.

Ausser vielleicht den letzten beiden Politikfeldern und der Verstärkten Zusammenarbeit, auf die noch zurückzukommen sein wird, handelt es sich um Bereiche, bei denen verständlich ist, dass ein Staat – EU hin oder her – seine Hoheitsgewalt behalten möchte. Viele EU-Insider finden, dass das Ringen um einstimmige Lösungen immer die Zeit wert war, sie zu finden, und dass eine grosse Befriedungswirkung daraus entsteht.⁴ Die Diskussionen der letzten Zeit haben sich eher daran entzündet, dass gegenwärtig von den Mitgliedstaaten Polen und Ungarn befürchtet wird, dass sie den Weg der Rechtsstaatlichkeit verlassen und zudem die Verweigerung bestimmter Zustimmungen, etwa zu Sanktionen gegen Russland, nur zur Erlangung anderer Vorteile benutzen. Die Torpedierung der eigenen Wertvorstellungen von innen heraus ist eine Entwicklung, die es in der EU früher nie gegeben hat und die zurecht Anlass zu grössten Befürchtungen gibt. So versteckt sich hinter dem vehementen Wunsch nach einer Abschaffung des Einstimmigkeitsprinzips eigentlich die Hoffnung auf ein Patentrezept, wie die EU mit Tendenzen umgehen kann, die sie selbst aus ihren eigenen Reihen heraus zerstören.

⁴ Eine Meisterin des Ringens um einstimmige Lösungen war die frühere deutsche Bundeskanzlerin *Angela Merkel*, die sich dem in unzähligen Nachtsitzungen widmete. Hierbei war es durchaus nicht so, dass nur Meinungsbildungen auf kleinstem gemeinsamem Nenner gefunden wurden.

Die Einstimmigkeit aufzubrechen wäre sicherlich hilfreich. Wenn es gelingen sollte, müsste es vor der Aufnahme neuer Mitgliedstaaten geschehen. Allerdings kann Einstimmigkeit, wie es in der Natur der Sache liegt, nur einstimmig abgeschafft werden. Folgende Ansätze sind denkbar: die Einführung einer „besonders qualifizierten“ Mehrheit für bestimmte Entscheidungen, vielleicht von 80 oder 90% der Mitgliedstaaten, die Einführung von Notfallklauseln, die ein anderes Entscheidungsverhalten erlauben, etwa im Bereich der Aussen- und Sicherheitspolitik, eventuell auch eine bessere Nutzung der existierenden Brückenklausel des Art. 48 Abs. 7 EUV. Diese Vorschrift, die man nach ihrer intensiven Diskussion im Rahmen des Lissabonner Vertrages, der 2009 in Kraft trat, eigentlich vergessen hat, besagt, dass der Europäische Rat unter Mitwirkung der nationalen Parlamente einstimmig beschliessen kann, einen der Einstimmigkeit unterliegenden Bereich für die Zukunft der qualifizierten Mehrheit zu unterwerfen. Dies ist bislang nur ein einziges Mal passiert, nämlich 2011 im Hinblick auf den Euro-Rettungsschirm, der unter Abänderung von Art. 136 AEUV dann mit qualifizierter Mehrheit erlassen wurde. Auch für die Brückenklausel gilt jedoch, wie man sieht, dass die Abschaffung der Einstimmigkeit nur einstimmig erfolgen kann.

D. Qualifizierte Mehrheit bei Abstimmungen im Rat

Die virulenten Stimmen für die Abschaffung der Einstimmigkeit vergessen bisweilen, dass 80% aller Entscheidungen innerhalb der EU gegenwärtig gemäss Art. 16 EUV und Art. 289, 234 AEUV im „ordentlichen“ Gesetzgebungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit im Rat und in Mitentscheidung mit dem Europäischen Parlament getroffen werden, wo immerhin auch die Opposition sich Gehör verschaffen kann. Die qualifizierte Mehrheit im Rat ist hierbei so austariert, dass sie dann zustande kommt, wenn mindestens 55% der Mitgliedstaaten (aktuell sind das 15 von 27 Mitgliedstaaten, im angenommenen Szenario für 2050 19 von 35 Mitgliedstaaten) dafür sind, aber nur, wenn diese Staaten zusammen wenigstens 65% der EU-Gesamtbevölkerung vertreten. Diese so genannte „doppelte Mehrheit“ wurde erfunden, um die Stimmengewichtung der kleinen und mittleren Staaten etwas im Zaum zu halten. Da gegenwärtig und voraussichtlich auch 2050 in allen kleinen und mittleren Mitgliedstaaten zusammen nur 34% der Gesamtbevölkerung der EU leben, können also kleine und mittlere Mitgliedstaaten alleine nichts erzwingen, sondern benötigen zwei oder drei grosse Mitgliedstaaten dazu. Dazu gibt es eine Sperrmino-

rität bzw. eine Vetomöglichkeit von mindestens 4 Mitgliedstaaten, unabhängig von ihrer Grösse.⁵ Für bestimmte Situationen sind Abweichungen hiervon bzw. andere Mehrheiten vorgesehen.

Dieses System hatte von Anfang an für sich, dass es beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten beibehalten oder leicht angepasst werden konnte. Ein Vergleich der aktuellen und für 2050 erwarteten Zahlen zeigt effektiv, dass dies ohne Problem für das vorgestellte Szenario der Fall ist.

E. Weissbuch 2017 zur Zukunft der EU

2017 hat *Jean-Claude Juncker*, der von 2014-2019 Präsident der Europäischen Kommission war, in dieser Funktion in einem Weissbuch folgende Ideen zur Zukunft der EU zur Diskussion gestellt, interessanterweise als Szenario für das – heute nicht mehr weit entfernte – Jahr 2025:

(1) Carrying on (Weiter wie bisher), (2) Nothing but the Single Market (Schwerpunkt Binnenmarkt), (3) Those who want to do more can do more (Wer mehr will, tut mehr), (4) Doing less more efficiently (Weniger, aber effizienter), (5) Doing much more together (Viel mehr gemeinsames Handeln).⁶

Zwischenzeitlich hat es andere Initiativen gegeben, darunter die Konferenz zur Zukunft Europas, in die vor allem die Jugend und verschiedene Bürgerforen eingebunden waren, und die in ihrem lesenswerten Abschlussbericht vom 9. Mai 2022 viele wichtige Vorschläge erstellte. Gegenwärtig wird an der Umsetzung derjenigen Vorschläge gearbeitet, die keine Vertragsänderung erfordern, interessanterweise 95%. Für die schwerwiegenderen 5%, darunter die Abschaffung des Einstimmigkeitserfordernisses und die Anpassung des Kompetenzkatalogs der EU, ist noch fraglich, ob in der nächsten Zeit ein Vertragsänderungsverfahren („Konvent“) eingeleitet werden wird. Eine recht grosse Gruppe von Mitgliedstaaten hat bereits erklärt, dass gegenwärtig die Zeit dafür nicht geeignet sei. Zu hoffen ist allerdings wirklich, dass dieser Widerstand gebrochen werden kann und den Stimmen der von Europa betroffenen Bürger die entsprechende Wertschätzung zuerkannt werden wird. Die Europawahl 2024 könnte dafür das nächste geeignete Forum sein. Unabhängig davon geben die fünf *Juncker*-Schlagworte weiter klar und deutlich Richtungen vor,

⁵ In Deutschland erinnert man sich an die Abstimmung über das „Verbrenner-Aus“, welches im März 2023 in letzter Minute von Deutschland, Italien, Polen und Bulgarien in eine andere Richtung gelenkt wurde. Die Presse hatte berichtet, dass Deutschland alleine für das Veto verantwortlich sei, was aber wie ausgeführt gar nicht möglich ist.

⁶ Weissbuch zur Zukunft Europas vom 1. März 2017, COM (2017) 2025 final. Das Dokument ist definitiv lesenswert.

zu denen eine Positionierung möglich und nötig ist. Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, die Ansätze zu kombinieren, und der grösste Konsens scheint gegenwärtig für eine Kombination, je nach Sachlage, der Punkte 2, 3 und 4 zu bestehen, wobei das „Nothing“ in Punkt 2 wie in der deutschen Variante als „Schwerpunkt“ verstanden sein sollte.

Jean-Claude Juncker hat im Übrigen in einer persönlichen Meinung die Idee verschiedener europäischer „Orbits“ ins Spiel gebracht, in die sich Staaten einordnen könnten, die mehr oder weniger zusammen tun wollen oder können, ohne von anderen gebremst oder forciert zu werden. Hier zeigt sich, dass die Ermächtigung einer Verstärkten Zusammenarbeit einzelner Mitgliedstaaten⁷ (Punkt 3 des Weissbuchs) unbedingt aus der Einstimmigkeit der Abstimmung herausgelöst werden müsste, und es ist sehr zu hoffen, dass dies gelingen wird. Die Verstärkte Zusammenarbeit wird der Schlüssel sein, eine EU mit 35 Mitgliedstaaten in einer modernen Gesellschaft lebendig und handlungsfähig zu erhalten. Es müssten dazu Anreize geschaffen werden, von einem Orbit in den anderen „aufzusteigen“, die an die Erreichung der Ziele des Binnenmarkts geknüpft werden könnten, aber auch an Dinge wie Rechtsstaatlichkeit, erfolgreiche Korruptionsbekämpfung u.ä. Die in Punkt 4 des Weissbuchs zu recht angestrebte Effizienz wird insgesamt mehr (ernsthafte) Kontrollen nach sich ziehen, die allerdings schon heute vielfach notwendig wären. Nachhaltiges „Enforcement“ bindet zwar einerseits sehr viele Ressourcen,⁸ andererseits verliert das Recht jede Autorität, wenn es nicht auch durchgesetzt wird.

F. Kernthemen einer EU 2050?

In einer lebendigen EU, die 2050 mit 35 Mitgliedstaaten als ernstzunehmende Wirtschaftsmacht auf der Erde existieren, ihren Bürgern Wohlstand beschern und mit ihren Nachbarn gut auskommen will, scheinen folgende Kernthemen wichtig zu sein.

I. Frieden

Der Beginn der europäischen Zusammenarbeit war bekanntlich ein Friedensprojekt. Dass die *Schuman*-Erklärung nur fünf Jahre nach Beendigung des 2. Weltkrieges möglich war, ist aus heutiger Sicht unglaublich. 2012 wurde der EU zurecht der Friedensnobelpreis zuerkannt. Gemäss Art. 3 Abs. 1 EUV ist es

⁷ Beispiele hierfür sind der Euro, Schengen und das am 1. Juni 2023 in Kraft getretene Einheitspatent.

⁸ S. hierzu *Hakenberg*, Wege zu besserer Normbefolgung im europäischen Wirtschaftsrecht, in: ZEUS-Sonderband 70 Jahre Europa-Institut, Saarbrücken 2021, S. 129.

ihr Ziel, „den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern“, Art. 8 EUV erstreckt die friedlichen Beziehungen auf die Nachbarschaft. Beides kann 2050 nicht anders sein.

II. Starker Binnenmarkt

Der Schwerpunkt auf einem starken Binnenmarkt wird, wie Punkt 2 des Weissbuchs 2017 unterstreicht, immer eines der Kernthemen des Vereinten Europas sein. Eine innovative europäische Wirtschaft, die auf einem grossen Markt in allen Bereichen moderner Technik operieren kann, ist für die weltweite Wettbewerbsfähigkeit der Union unumgänglich. Im globalisierten Umfeld werden bestimmte Abhängigkeiten von Nicht-EU-Staaten stärker überdacht werden müssen. Totale Abschottungen sind dagegen auch nicht wünschenswert. Für Bereiche der Daseinsfürsorge müsste allerdings eine stärkere Rückbesinnung auf nationale Interessen erlaubt werden.

III. Stärkere Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik

Die Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik der EU hat bis zum aktuellen Konflikt mit Russland leider nur unzureichend funktioniert, und auch jetzt bleiben die Ansätze eines entschiedenen geschlossenen Handelns rudimentär. Mit 35 Mitgliedstaaten wird dies noch schwieriger werden. Deutschland und Frankreich sind unterschiedlicher Meinung, wie das Verhältnis zur NATO weitergehen soll. Trotzdem sollten bis 2050 alle EU-Mitgliedstaaten auch NATO-Mitglieder sein. Innereuropäisch sollte bis 2050 zumindest ein Konsens aller Mitgliedstaaten in grundsätzlichen Fragen der Sicherheits- und Militärpolitik erreicht sein. Für ein detaillierteres gemeinsames Vorgehen könnte eine Verstärkte Zusammenarbeit einzelner Mitgliedstaaten eine Bühne bieten, vor allem, wenn sie nicht durch Einstimmigkeitserfordernisse oder Vetorechte gebremst wird.

IV. Angepasstes Verhältnis zu Drittstaaten

Das Verhältnis der EU zu Drittstaaten kann sich bis zum Jahr 2050 rauer gestalten. Die EU setzt jetzt schon kräftigere Ellenbogen ein als früher, um sich auf den globalisierten Märkten selbstbewusst zu behaupten, etwa im Anti-Dumping-Bereich oder gegenüber den Big-Data-Unternehmen aus den USA. Zu erwarten ist auch, dass die Alimentierung von Projekten in Ländern des „globalen Südens“ von Handelsbeziehungen abgelöst wird, die diesen Ländern mehr Respekt, eigenständige Verantwortung und Zukunftsperspektiven bieten. Mit einer Missionierung der Welt durch europäische Grundrechte-Standards sollte sich die EU vielleicht besser zurückhalten.

V. Einstimmiges Vorgehen bei Asyl und Einwanderung sowie bei der Kriminalitätsbekämpfung

Auf dem schwierigen Gebiet von Asyl und Einwanderung werden bis 2050 die grossen gemeinsamen Linien der EU festgelegt sein müssen. Eine bessere Koordinierung zeichnet sich bereits mit dem im Sommer 2023 gefundenen Kompromiss ab. Angesichts der enormen Bedeutung der Migration auf einem Planeten mit 8 Milliarden Menschen, der sich noch dazu im Klimawandel befindet, ist ein abgestimmtes Vorgehen nicht nur der EU, sondern eigentlich aller betroffenen Staaten unumgänglich. Künftige Krisen können dazu führen, dass irgendwann keine Zeit mehr für Diskussionen bleibt. So wäre sehr hilfreich, wenn konkrete Konzepte bald erarbeitet werden könnten. Hinter der Migrationsproblematik treten Kriminalität und Korruption zwar als Thema in der Bedeutung zurück, ihre Bekämpfung kann aber auch nicht aus dem gemeinsamen Blickfeld entlassen werden, zumal sie leider auch häufig mit der Migrationsbeförderung verknüpft sind.

VI. Neuorientierung der europäischen Agrarpolitik

Die europäische Agrarpolitik, die vor allem in den ersten Jahrzehnten der europäischen Zusammenarbeit die Bühne beherrschte, könnte bis zum Jahr 2050 in nationale Befugnisse zurückverlagert werden. Ihre Instrumente sind nicht mehr zeitgemäss, sie konnten ein „Bauernsterben“ zugunsten grosser Agrarkonzerne nirgendwo verhindern und haben zu einer Alimentationsmentalität geführt,⁹ die jeglichen Wettbewerb und viele Innovationen erstickt. Jeder neue Mitgliedstaat hat die Agrarpolitik regelmässig über Gebühr neu belastet. Es scheint an der Zeit zu sein, die Landwirtschaft wie andere Wirtschaftszweige auch dem Spiel des Marktes auszusetzen. Kontrollen könnten dezentral durch die nationalen Behörden erfolgen, die sich über grundsätzliche Dinge wie Pestizideinsatz, Gentechnologie u.ä. auf europäischer Ebene abstimmen würden.

⁹ Beispiele für Missbräuche und absurde Situationen in Bezug auf die Agrarpolitik sind Legion. Als zB EU-Beihilfen für Rinderhaltung von Stückvieh auf Hektar bewirtschafteter Fläche umgestellt wurden, wurden für Korsika Flächen angemeldet, die insgesamt der Grösse von Grönland entsprachen. Nach Kontrollen durch die EU-Behörden wurde Frankreich verpflichtet, 700 Mio. Euro an die EU-Kasse zurückzubezahlen. Da den französischen Behörden mangels eines Katasters auf der Insel Korsika eine genaue Rückverfolgung der Flächen für einzelne Bauern nicht möglich war, erfolgte die Zahlung aus dem allgemeinen Budget unter Belastung der „normalen“ Steuerzahler.

VII. Umwelt und Klima als europäisches Kernthema

Anders als die Agrarpolitik wird die Umwelt- und Klimapolitik im Jahre 2050 das europäische Kernthema sein. Schon die aktuelle Kommission unter Leitung von *Ursula von der Leyen* weist ihr zurecht einen überragend wichtigen Stellenwert zu. 2050 werden die ersten Ergebnisse der Bemühungen der EU feststehen, den Klimawandel aufzuhalten, und voraussichtlich werden empfindliche neue Ziele gesetzt werden müssen, für die es in der Bevölkerung nicht nur Konsens geben wird. Zu erwarten ist, dass von der bislang geübten freundlichen Alimentierung von Mitgliedstaaten, die sich Umstellungsmassnahmen gerne aus EU-Mitteln finanzieren lassen möchten, abgesehen werden und auf Eigenverantwortung und effiziente Kontrollen umgestellt werden wird. Also auch insoweit ein rauerer Ton. Die Vorreiterstellung, die die EU weltweit auf dem Gebiet der CO₂-Reduktion erreichen will, wird auf Dauer auch nicht ausreichen, wenn Länder in anderen Erdteilen an dem Projekt nicht teilnehmen. Insoweit wird grosses Verhandlungsgeschick auf internationaler Ebene gefragt sein.

VIII. Geltung des Euro in allen Mitgliedstaaten

2050 sollte der Euro in allen Mitgliedstaaten gelten, „koste es, was es wolle“.¹⁰ Er ist das grösste Identifikationsprojekt der EU, der sie auf der Weltbühne herausgehoben hat aus Gruppierungen staatlicher Zusammenarbeit untergeordneter Art. Idealerweise müsste die Geltung des Euro mit einer echten Wirtschafts- und Währungspolitik einhergehen, die mit effizienten Kontrollen operieren und Krisen im Vorfeld besser abwehren könnte. Hierfür muss noch ein weiter Weg gegangen werden. Immerhin sind schon die Weichen dafür gestellt, dass der europäische Stabilitätsmechanismus ESM neben dem Internationalen Währungsfonds IWF eine eigenständige Rolle spielt.

IX. Neuorientierung des europäischen Kartellrechts

Das Kartellrecht, welches in der europäischen Politik seit den 1980er Jahren grossen Raum einnimmt, ist eigentlich nur für grosse Mitgliedstaaten notwendig und spielt für die meisten der im Jahre 2050 existierenden Mitgliedstaaten eine untergeordnete Rolle. Es wurde ohnehin, was europaweit wenig bedeutende Sachverhalte anbelangt, schon seit Anfang der 2000er Jahre auf die nationale Ebene zurückverlagert. Dies könnte bis 2050 noch verstärkt wer-

¹⁰ Auf dem Höhepunkt der Finanzkrise 2012 hielt der damalige EZB-Präsident *Mario Draghi* eine bemerkenswerte Rede, in der er ankündigte, den Euro zu retten, „whatever it takes“ (koste es, was es wolle).

den. Die wenigen wirklich „grossen“ Sachverhalte, die den europäischen Markt insgesamt stören, etwa von Seiten der Big-Data-Unternehmen, würden in der EU-Zuständigkeit verbleiben und könnten wie heute zentral mit empfindlichen Geldbussen belegt werden. Der seit Mai 2023 wirksame Digital Market Act,¹¹ der (nur) für weltweit marktbeherrschende „Gatekeeper“ gilt, zeigt schon deutlich eine solche Orientierung.

X. Rechtsangleichung nur in grossen Linien

Für viele Bereiche der Rechtsangleichung, denen sich europäische Gesetzgebungsinitiativen widmen, wäre bis 2050 eine Rückbesinnung auf grosse Linien förderlich. Gute Gesetzgebung zeichnet sich nicht durch schnelle Reaktion auf jede neue Erfindung der Wirtschaft aus, was zudem ständig juristisch neu erfasst, also geändert werden muss. Das europäische Recht hat sich hier in gewisse Fallen hineinmanövriert, aus denen es nicht gut wieder herausfindet. So ist z.B. das europäische Verbraucherrecht mittlerweile zu einem Dschungel geworden, den kaum mehr jemand durchschauen kann, vor allem nicht die betroffenen Verbraucher. Schon heute zeigt sich, dass eine Regelung auch durch den Markt hervorragend erfolgen kann. AGB's von manchen online-Anbietern sind in Einfachheit und Verständlichkeit vielen gesetzlichen Regelungen überlegen. Bis 2050 sollte man sich also auch auf diesem Gebiet auf grosse Linien verständigen und Vorhaben bevorzugen, die auch internationale Weichenstellungen beeinflussen können. Das beste Beispiel dafür ist die international ausserordentlich respektierte Datenschutzgrundverordnung von 2016, die mittlerweile weltweit den Standard vorgibt, und das könnte auch der Fall werden für das aktuell im europäischen Gesetzgebungsverfahren befindliche Gesetz über Künstliche Intelligenz.

XI. Europa der Menschen

Nun ist es an der Zeit, an die „ganz normalen“ Menschen in Europa zu denken. Protestbewegungen verschiedenster Art zeigen, dass nicht alle Unionsbürger mit den aktuellen Verhältnissen glücklich sind, die Demokratie als beste Lebensform wird gar von manchen angezweifelt. Muss Europa sich mehr um die Menschen kümmern? Definitiv ja. Die Wirtschaft interessiert nicht jeden, Erasmus-Programme erreichen nicht alle, europäische Kultur findet überwiegend in den Museen statt, europäische Medien gibt es bis heute nicht (noch nicht einmal soziale), Krisen deprimieren jung und alt, der Spass an der Teilhabe

¹¹ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), ABl. 2022 L 265, S. 1.

an europäischer Zukunftsgestaltung ist auch in gut funktionierenden Familien, Schulen und gesellschaftlichen Gruppierungen nur wenig zu spüren. Um dies zu ändern, sind alle Akteure der politischen und gesellschaftlichen Landschaften auf europäischer und nationaler Ebene aufgerufen, die Menschen in Entscheidungen einzubinden, Verunsicherungen vorzubeugen und neue Ideen, aber auch die Verantwortung und Zivilcourage jedes Einzelnen zu fördern. Auch wenn 2050 wohl nicht eine europäische Fussballmannschaft die nationalen Mannschaften abgelöst haben wird – auf diesem Gebiet herrscht wahre Subsidiarität! –, gibt es viele Ansätze, dass die Menschen sich im grossen Europa heimisch fühlen und nicht nur in ihren bewährten vier Wänden.

G. Strukturen einer EU 2050?

I. Prägnante(re) Leitungs-Persönlichkeiten

In der EU existiert seit 2009 das Amt des Präsidenten des Europäischen Rates.¹² Bekanntler als diese Person ist meist der Präsident oder die Präsidentin der Europäischen Kommission, gegenwärtig *Ursula von der Leyen*, eventuell noch der oder die Aussenbeauftragte, gegenwärtig *Josep Borrell Fontelles*. Dies sollte sich 2050 geändert haben, am besten durch eine einzige Person, die alle Institutionen und damit die EU insgesamt nach aussen vertritt und auf dem internationalen Parkett in diesem wichtigen Amt auch sichtbar auftritt.¹³

II. Effiziente(re) Institutionen

Die EU-Institutionen könnten bis 2050 verkleinert werden und sich effizienter gestalteten Projekten widmen. Zudem schält sich schon seit längerem ein Bedürfnis nach mehr Interaktion mit mitgliedstaatlichen Parlamenten, Behörden und Gerichten heraus. Institutionen, die mit „einer Person aus jedem Mitgliedstaat“ besetzt sind wie die Kommission, der Europäische Gerichtshof und der Rechnungshof kann es bei 35 Mitgliedstaaten nicht mehr geben. Ansätze für eine ausgewogene Verteilung könnten eine zeitliche Versetztheit, Losentscheidungen oder das Zusammenwirken mehrerer Mitgliedstaaten für eine Position bieten. Eine bessere Verknüpfung der Arbeit der EU-Ebene mit der nationalen könnte auch eine Konkurrenzsituation entschärfen, die die letzten Jahrzehnte hindurch dazu geführt hat, dass die mediale Berichterstattung

¹² Nicht jedermann erinnert sich an die früheren Präsidenten *Herman van Rompuy* und *Donald Tusk*, und auch der aktuelle Präsident *Charles Michel* ist nicht überragend bekannt.

¹³ Vom früheren amerikanischen Aussenminister *Henry Kissinger* ist die Frage überliefert: „Wen rufe ich denn an, wenn ich Europa am Telefon erreichen will?“

über Ergebnisse der Arbeit der EU-Institutionen immer „gefiltert“ war durch das, was die nationale Ebene nicht für sich selbst beanspruchte. So ist zu wünschen, dass 2050 mit effizienterer Zusammenarbeit einerseits Inhalte besser vorangebracht, andererseits diese auch besser bekanntgemacht werden.

III. Veränderte Budgetausrichtung

Die EU finanziert sich heute zu 73% aus Anteilen am Bruttonationaleinkommen der Mitgliedstaaten, die an sie überwiesen werden. 2050 könnte sie (endlich) eine eigene Steuerhoheit erlangt haben und ihr Budget – 2023 ca. 186 Milliarden Euro – entsprechend selbst steuern. Sollte der Agrarbereich wie hier vorgeschlagen in die nationale Kompetenz zurückübertragen werden, würden die gegenwärtig dafür veranschlagten 37% des EU-Budgets wegfallen. Eine Verkleinerung wird wohl auch der mit 33% angesetzte so genannte Strukturbereich erfahren, der Wirtschaft und Gesellschaft in strukturschwachen Mitgliedstaaten mit Direktzahlungen anzugleichen versucht. Es ist damit zu rechnen, dass in Hinkunft Budgetmittel viel mehr für einzelne Projekte als für schwer kontrollierbare allgemeine Alimentation eingesetzt werden.

Ein grosses Thema ist es, ob die Kreditaufnahme auf dem Finanzmarkt für solche Projekte vorangetrieben werden soll oder nicht. Bekanntlich ist die EU zum ersten Mal in ihrer Geschichte mit dem Finanzpaket „Next Generation EU“ zur Bekämpfung der Folgen der Corona-Pandemie eine Verschuldung von 750 Milliarden Euro eingegangen. Dies hat zu starken Kritiken geführt, erstens, weil ein Defizit (dessen Nachteile sich überwiegend zulasten der wirtschafts-starken Mitgliedstaaten auswachsen) in den Verträgen nicht vorgesehen ist, und zweitens, weil eine interne Kontrolle der Mittelverwendung hierfür wesentlich schwieriger ist. Trotzdem hat das Modell viele Anhänger, vor allem für Krisensituationen, die auch in der Zukunft unausweichlich sein werden.

IV. Effiziente(re) Sanktionen bei Verstössen gegen Wertegemeinschaft

Das empfindliche Thema der Verstösse von Mitgliedstaaten gegen die Wertegemeinschaft der EU, vor allem die in Art. 2 EUV definierte Rechtsstaatlichkeit, wurde bereits angesprochen. Art. 7 EUV, der mit einem komplizierten vielstufigen Verfahren zur Abstellung solcher Situationen vorgesehen ist, hat sich in der aktuellen Konstellation mit Polen und Ungarn als ungeeignet zur Abhilfe erwiesen, schon durch die Banalität, dass in Fällen, in denen mehrere Mitgliedstaaten gleichzeitig gegen die Wertegemeinschaft verstossen, eine einstimmige Entscheidung von „allen ausser dem betroffenen Staat“ unmöglich ist. Solange, bis ein neuer Modus gefunden wird, was bis zum Jahre 2050 hof-

fentlich möglich sein wird, kann Abhilfe über den so genannten Kompatibilitätsmodus erfolgen,¹⁴ der momentan gegen Polen und Ungarn praktiziert wird. Der Modus ist geregelt in einer Verordnung aus dem Bereich des Budgetrechts, die mit qualifizierter Mehrheit erlassen werden konnte, und die vorsieht, Zahlungen aus dem Budget der EU an Mitgliedstaaten zurückzuhalten, wenn sie Wertestandards unterlaufen. Also Geld für Rechtsstaatlichkeit.

Viele finden dies unwürdig. Ein Erfolg gegen Polen und Ungarn steht auch noch aus, vielmehr verhärten sich die Fronten.¹⁵ Eigene Mitglieder im Boot zu behalten, denen man eigentlich vertrauen können müsste, erfordert für die EU unproportionale Anstrengungen und bindet Arbeitskraft, die anderweitig benötigt würde. Dazu tritt die Empörung. Dass das Image Europas dadurch beschädigt wird, ist offensichtlich. So werden radikalere Lösungen befürwortet, von einer rascheren Suspendierung der Stimmrechte als Art. 7 Abs. 3 EUV sie vorsieht bis hin zu einem vollständigen Ausschlussmechanismus.¹⁶ In der EU hat man bis jetzt davon abgesehen, ein Mitglieder-Ausschlussverfahren zu formulieren. Dies wird sich voraussichtlich bis 2050 geändert haben müssen – leider, aber wohl zurecht.

V. Rückführung der Behandlung der Amtssprachen

Ein demgegenüber vergleichsweise unschuldiges Thema ist die Rückführung der Behandlung der Amtssprachen. Sie wird zwar nicht allen Bürgern der EU gefallen, aber 2050 mit 35 Mitgliedstaaten unausweichlich sein, zumal dann die Bevölkerung überall zumindest zusätzlich englisch sprechen wird. Wer heute noch stolz darauf ist, dass in der EU alle massgeblichen Dokumente in 24 Amtssprachen übersetzt werden, darunter maltesisch und gälisch, und dass in den Dolmetscherkabinen des Europäischen Gerichtshofs 552 Sprachkombinationen vertreten sein können, zeichnet sich durch Rückwärtsgerichtetheit aus. Eine Aufstockung um acht neue Amtssprachen (und damit 992 Kombinationen!), die in der bewährten Art mit gleichem Rang behandelt werden, würde

¹⁴ Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABL 2020 L 433, S. 1.

¹⁵ Beide Länder haben auch schon offen erklärt, Urteilen des Europäischen Gerichtshofs die Gefolgschaft zu verweigern. S. zB aus der Fülle der Urteile zur Europarechtswidrigkeit der polnischen Justizreform aus der letzten Zeit EuGH, Urteil vom 5. Juni 2023, Kommission/Polen, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442.

¹⁶ Im Sommer 2023 wurde vorgeschlagen, die für die zweite Jahreshälfte 2024 geplante Ratspräsidentschaft von Ungarn auszusetzen bzw. zu verschieben. Zwar gilt für die sechsmonatigen Ratspräsidentschaften gem. Art. 16 Abs. 9 EUV eine „gleichberechtigte Rotation“, doch kann die Reihenfolge mit qualifizierter Mehrheit festgelegt werden, Art. 236 b) AEUV.

in die Absurdität führen. Die Identität eines Landes kann heute nicht mehr an gleichberechtigtem Respekt seiner Sprache festgemacht werden. Noch dazu bieten die modernen Technologien Übersetzungsmöglichkeiten in atemberaubendem Tempo an, sodass das grosse Übersetzungspersonal der europäischen Institutionen sehr gut in anderen Verwendungen mit interessanteren Projekten befasst werden kann.

VI. Gremien zur Evaluation von Ergebnissen und der Ausarbeitung neuer Projekte und Strategien

2050 sollten in der EU (mehr) Gremien vorhanden sein, staatliche und solche aus der Zivilgesellschaft, die sich mit der ständigen Evaluation der Arbeitsergebnisse befassen, neue Projekte vorschlagen und Strategien erarbeiten. Bislang hat sich eigentlich ausschliesslich die französische Regierung darum bemüht, immer wieder neue Ideen zu entwickeln und andere Formate vorzuschlagen. Deutschland ist ein Mitgliedsland, welches eher auf Situationen reagiert als sie vorwegzudenken, und auch nur in wenigen anderen Ländern haben in den letzten Jahren staatliche Gremien, Thinktanks, private Initiativen und Medien interessante Vorschläge erarbeitet. So kommt der Input überwiegend aus der Wirtschaft, welche staatliche Reaktionen auf ihre Ideen einfordert. Auch die grosse Osterweiterung von 2004-2013, die 13 neue Länder betraf, führte nur zu wenig neuer Kreativität, vielleicht weil bei den neuen Mitgliedstaaten das Gefühl nicht verschwand, Mitglieder zweiter Klasse zu sein.¹⁷ Wenn wie geplant bis 2050 noch acht weitere Mitgliedstaaten hinzutreten, werden unausweichlich alle Gruppierungen auf allen Ebenen dazu beitragen müssen, die „europäische Familie“ ständig mit neuen Gedanken mit Leben zu erfüllen, damit Wirtschaft und Menschen aller Generationen sich mit ihr identifizieren.

H. EU-Szenario 2050 – Internationale Bühne?

I. EU als selbstbewusster(er) Akteur auf dem Weltmarkt

Wie schon mehrfach angesprochen, wird voraussichtlich eine inhaltlich verschlankte und politisch geschlossen(er) auftretende EU 2050 wesentlich

¹⁷ Hierauf geht die Zusammenarbeit der sog. Visegrád-Staaten Polen, Slowakei, Tschechien und Ungarn zurück, die mittlerweile an Bedeutung eingebüsst hat, und wohl auch die seit 2012 bestehende 16+1-Gruppe, in der zwölf östliche Mitgliedstaaten und einige Länder des Balkans eine von China gelenkte Kooperation mit diesem Land unterhalten.

selbstbewusster als heute auf dem Weltmarkt und der politischen Weltbühne agieren. Hierfür wird es notwendig werden, intern und extern mehr unbeliebte Entscheidungen zu treffen und sich Konfrontationen zu stellen.

II. Neuer Orbit EPG

Die so genannte Europäische Politische Gemeinschaft EPG, eine Idee des französischen Staatspräsidenten *Emmanuel Macron*, wurde im Oktober 2022 in Prag von 44 europäischen und an Europa angrenzenden Staaten gegründet. Auf ihrer zweiten Tagung vom 1. Juni 2023 in Moldawien waren bereits 47 Staaten offizielle Teilnehmer.¹⁸ Bis jetzt ist noch unklar, wie die Zukunft dieses Gremiums, das unter der Ägide der „guten Nachbarschaft“ des Art. 8 EUV steht, aussehen könnte. Gegenwärtig befasst man sich damit, sich kennenzulernen, und mit der Situation in der Ukraine. Angestrebt ist, dass sich irgendwann auf all diese Länder der europäische Binnenmarkt erstreckt, dann für insgesamt 700 Mio. Einwohner, unter Weiterführung der Idee in Punkt 2 des Weissbuchs von 2017. Als nächstes könnte dann überlegt werden, wie Schengen, das andere grosse Integrationsprojekt, an dem schon bisher andere Staaten als nur die EU-Staaten teilnehmen wie auch die Schweiz, erweitert werden könnte.

Auch wenn sich schon abzeichnet, dass der Kontakt nicht mit allen an der EPG teilnehmenden Ländern einfach sein wird, vor allem nicht mit der Türkei, deren Präsident schon dem zweiten Treffen in Moldawien fernblieb, ist die Idee eines solchen Formats bestechend. Jedermann weiss, dass schon ein ständiger Dialog über Themen diese am Leben erhält, unabhängig von der Erzielung unmittelbarer Ergebnisse. Geplant sind im Moment zwei Treffen jährlich, einmal in dem Land, welches die EU-Ratspräsidentschaft innehat,¹⁹ einmal in einem Nicht-EU-Land.

III. EWR in die EPG

Die EPG könnte nämlich, wenn sie sich wie geplant entwickelt, in vielerlei Hinsicht ausgebaut werden. So könnte irgendwann der mittlerweile etwas

¹⁸ Die EPG aus 47 Ländern mit ca. 700 Mio. Einwohnern setzt sich gegenwärtig zusammen aus den 27 EU-Mitgliedstaaten (448 Mio. Einwohner), den drei EWR-Mitgliedstaaten Norwegen, Island und Liechtenstein (insgesamt 6 Mio.), den drei Kleinstaaten Andorra, Monaco und San Marino (150 000), den acht Beitrittskandidaten Ukraine, Moldawien und restlicher Balkan (64 Mio.), den zwei unrealistischen Beitrittskandidaten Türkei (85 Mio.) und Georgien (4 Mio.), zwei Ländern mit Sonderstatus, nämlich der Schweiz (9 Mio.) und dem Vereinigten Königreich (67 Mio.), sowie den zwei asiatischen Ländern Armenien (3 Mio.) und Aserbaidschan (10 Mio.).

¹⁹ Das nächste Treffen wird die spanische Regierung in der *Alhambra* ausrichten.

anachronistisch anmutende Europäische Wirtschaftsraum EWR, der seit 1994 zwischen der EU einerseits und Norwegen, Island und Liechtenstein andererseits besteht, darin aufgehen. Ausser des Zugangs zum europäischen Binnenmarkt, der bezahlt werden muss, bietet der EWR nicht extrem viel, und die für eine minimale Abstimmung vorgesehenen Strukturen sind sehr schwerfällig. Als Auffangmodell wurde er daher ebenfalls in den 30 Jahren seiner Existenz nicht weiter genutzt, vor allem nicht, als eine neue Art der Kooperation für das im Austritt befindliche Vereinigte Königreich gesucht wurde.

IV. Europarat in die EPG

Noch weiter geht die Idee, die allerdings für 2050 wohl vorstellbar wäre, den Europarat in die EPG zu inkorporieren oder umgekehrt bzw. das eine oder andere Gremium entsprechend umzuwandeln. Der 1949 gegründete Europarat, dem die EU später sowohl die Flagge als auch die Hymne der Ode an die Freude „weggenommen“ hat, hat gegenwärtig 46 Mitgliedstaaten. Seit dem Ausschluss bzw. Austritt von Russland 2022 (Weissrussland war ohnehin niemals Mitglied) sind die Mitgliedstaaten praktisch mit denen der EPG identisch. Der einzige Unterschied liegt in der Anerkennung des Kosovo, die manche Staaten vornehmen und andere nicht.

Der Europarat könnte in einem Szenario 2050 in einer modernen EPG aufgehen, die Wirtschaft und Gesellschaft verzahnt, und die den wichtigsten Inhalt des Europarats übernehmen würde, die Europäische Menschenrechtscharta und den Menschenrechtsgerichtshof in Strassburg. Charta und Gerichtshof haben sich bestens bewährt und haben sich neben der Grundrechte-Charta der EU und dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg immer ihre eigenständige Bedeutung erhalten. Dass ein Gremium wie die EPG mit einem grundrechtlichen Fundament ausgestattet wird, ist sicherlich kein Nachteil, und auch nicht, dass die EU-Grundrechte daneben weiter existieren.

I. Schluss

In dem Beitrag wurden Ideen vorgestellt, wie die EU und ihr Umfeld im Jahre 2050 aussehen könnten. Die Realität wird immer anders sein als die Vorstellungswelt. Trotzdem sind Gedankenexperimente erlaubt. Vielleicht existiert 2050 auch schon ein digitaler Zwilling der EU auf einem anderen Planeten, der in einer Parallel-Welt perfekte Lösungen für alle Probleme bereithalten wird. Lassen Sie uns offen sein!

The Indo-Pacific taking centre-stage for the EU's security policy

Michael Reiterer*

Content

A. Introduction	11
B. The Indo-Pacific takes centre stage	13
C. Trade policy becoming part of foreign policy	16
D. Value vs. interest driven policies?	18
E. 'Cooperative' instead of 'strategic' autonomy leading to strategic responsibility	19
F. European Union – finally becoming a global player?	110
G. It's technology, stupid!	112
H. Fair financial contributions for essential public goods in times of budgetary constraints	113
I. Conclusions	114

A. Introduction

Since the **2016 Global Strategy**¹ the EU is on a journey to become a more active and particularly more recognised global player, recognising that security has become indivisible and that this needs a comprehensive engagement, in Asia and the Indo-Pacific region respectively. Russia's war of aggression and the need to repel this attack on European ground puts the EU's commitment as

* Dr. Michael Reiterer, Distinguished Professor, Centre for Security, Diplomacy and Strategy at Brussels School of Governance (VUB), teaches at various European and Asian universities (guest professorships at Ritsumeikan/Kyoto and Asia Pacific/Beppu University, University of Kobe, Keio University/Tokyo) publishes on i.a. EU foreign policy, Indo-Pacific, cyber diplomacy; former Ambassador of the European Union to the Republic of Korea; Switzerland and the Principality of Liechtenstein; Deputy Head of Mission (Minister) at the EU-Delegation to Japan.

¹ A Global Strategy for the European Union's Foreign And Security Policy (2016); at <https://www.eeas.europa.eu/eeas/global-strategy-european-unions-foreign-andsecurity-policy_en>.

well as capacity to deliver at a test. A test not to fail otherwise the reputational damage will be great, all the talk about 'strategic autonomy' futile and the dependence on the US to deepen.

Thereby the EU needs to overcome an erroneous perception that it is a newcomer to Asia and that it has neglected the region because of a too narrow European perspective.

Building on the Global Strategy, the EU recognised that security between Europe and Asia is intertwined as evidenced by the project of '**Enhancing security cooperation in and with Asia**'², well before the accentuation of the Sino-US conflict and Russia's war of aggression against the Ukraine. In a series of EU policy papers, the **Connectivity Strategy** was next, followed by the mentioned **Indo-Pacific Strategy** and its operational arm, the **Global Gateway**. The Indo-Pacific's primordial security dimension was confirmed by **the Strategic Compass**³, the EU's first fully fledged security strategy. This geo-political strategy was complemented by the Commission geo-economic proposal of another 'first' in June 2023, the **Economic Security Strategy**⁴. These documents add up to a comprehensive policy framework for policy making applicable to the Indo-Pacific, which now needs just the crucial element, its implementation.

Historically, although often forgotten, the creation of ASEM, the Asia Europe Meeting in 1996 with ASEAN, was an early step in recognition of 'ASEAN centrality' – already at a time before this term has become popular. It was also a conscious measure to add the missing link Europe-Asia in the triangle Europe-America-Asia formed by the Transatlantic cooperation plus NATO and APEC, the Asia Pacific Economic Cooperation, respectively.

This shows that there is a noticeable intensification of relations in pursuit of the 2016 EU Global Strategy, on the bilateral and regional level. Bilaterally, the relationship with **China** came to a turning point in 2019 when the important economic partner was characterised by the tryptic "partner, competitor, sys-

² Council of the European Union (2018). Enhanced EU Security Cooperation in and with Asia - Council conclusions. 28 May 2018; at [st09265-re01-en18.pdf \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/press-communications/infobox/press_corner.do?cid=1234567890) Based on this policy paper is the ESIWA project jointly run by GIZ (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit) and Expertise France; at <<https://www.giz.de/en/worldwide/87412.html>>.

³ The European Union (2022). A Strategic Compass for Security and Defence. At <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/strategic_compass_en3_web.pdf>.

⁴ Joint Communication (2023). European Economic Security Strategy. 20 June 2023; at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023JC0020>>.

temic rival⁵. Germany, with longstanding commercial interests primarily but not only because of the automotive industry, has finally endorsed this policy with its own first comprehensive strategy on China⁶, trying to balance de-risking with managing risk without being blue-eyed.

The relationship with **Japan** was elevated to the strategic level with the simultaneous conclusion of the Strategic and Economic Strategic Partnerships. This followed on the comprehensive strategic partnership with the **Republic of Korea**. South Korea is still the only country with which the EU has concluded a political, a crisis management (security) and free trade agreement. In 2023 the European Union (EU) and the Republic of Korea memorialize 60 years of diplomatic relations. They also decided to start negotiations on a digital trade agreement, closing a lacuna in the FTA. Korea has already acceded to the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA) of Chile, New Zealand, and Singapore. The EU also plans to negotiate a digital trade agreement with Singapore which offers the possibility to connect the various countries in a network diplomacy.

In 2022 the EU and **ASEAN** had held the first summit⁷ to celebrate 45 years of the dialogue partnership and up-graded their relationship to a strategic one – the eleventh for the EU and the fifth in Asia, in addition to China, Japan, South Korea, India.

B. The Indo-Pacific takes centre stage

In order to underline the importance attached to the Indo-Pacific, the EU convened the first **EU Indo-Pacific Ministerial Forum** in Paris on 22 February 2022 to foster cooperation as outlined in the **EU's Indo-Pacific Strategy**⁸ and

⁵ EU-China – A strategic outlook, 12 March 2019; at <<https://commission.europa.eu/system/files/2019-03/communication-eu-china-a-strategic-outlook.pdf>>.

⁶ Federal Foreign Office (2023). Germany adopts its first comprehensive Strategy on China, 13 July 2023; at <<https://www.auswaertiges-amt.de/en/aussenpolitik/regionaleschwerpunkte/asien/strategy-on-china/2608618>>.

⁷ Joint Leaders' Statement, 14 December 2022; at <<https://www.consilium.europa.eu/media/60846/eu-asean-leaders-statement.pdf>>.

⁸ EEAS (2021). EU Strategy for Cooperation in the Indo-Pacific. 16 September 2021; at <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/jointcommunication_2021_24_1_en.pdf>.

the **Global Gateway**⁹ Strategy. Enhanced cooperation in security and defence, connectivity and digital transition and partnerships and global challenges like climate change, fisheries and joint research and innovation were covered¹⁰.

The participants in the **second EU Indo-Pacific Ministerial Forum in Stockholm**, 13 May 2023¹¹, recognised that their prosperity and security are interconnected, vowed to continue their growing engagement on a broad range of traditional and non-traditional security and defence-related issues, such as maritime security, cybersecurity, counterterrorism, crisis management, hybrid threats and transnational crime. European participants made known that they had “stepped up security-related activities through the EU funded project ‘Enhancing Security Cooperation in and with Asia’” (ESIWA)¹², which covers four thematic areas: counterterrorism, cybersecurity, maritime security and crisis management. Concerning fake news, i.e., Foreign Information Manipulation and Interference (FIMI), the EU seeks bilateral and regional cooperation with several partners.

Against the background of the Sino-US competition as well as the war in the Ukraine, participants in the 2023 Forum agreed on the “need to improve trusted connectivity between Indo-Pacific countries ... aiming to reinforce the resilience of global and regional supply networks, and to better protect against future disruption and create new economic opportunities with value-adding investments, including through the EU Global Gateway initiative.”

The Global Gateway serves as an update to the original Connectivity Strategy¹³. Crucially, it adds financial means to empower the EU take up the

⁹ European Commission/High Representative (2021). The Global Gateway. 1 December 2021; at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021JC0030>>. See also European Commission (2021). 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade. 9 March 2021; at <https://commission.europa.eu/system/files/2023-01/cellar_12e835e2-81af-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0001.02_DOC_1.pdf>.

¹⁰ EEAS (2022). Ministerial Forum for Cooperation in the Indo-Pacific. 22 February 2022; at <https://www.eeas.europa.eu/eeas/ministerial-forum-cooperation-indo-pacific_en>.

¹¹ EEAS (2023). EU Indo-Pacific Ministerial Forum: Co-chairs' press release, 13 May 2023; at <https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-indo-pacific-ministerial-forum-co-chairs'-press-release_en>.

¹² EEAS (2019). Enhancing Security Cooperation in and with Asia. Factsheet; at <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/factsheet_eu_asia_security_july_2019.pdf>.

¹³ European Commission/High Representative (2018). Connecting Europe and Asia - Building blocks for an EU Strategy. 19 September 2018; at <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/joint_communication_-_connecting_europe_and_asia_-_building_blocks_for_an_eu_strategy_2018-09-19.pdf>.

systemic challenge posed by China¹⁴. It is “new in two ways: It is an attempt to internalize the logic of strategic competition when making decisions about connectivity; and it is an attempt to increase EU visibility through better branding.”¹⁵

At the 2023 Vilnius Summit, NATO confirmed the importance of Indo-Pacific “given that developments in that region can directly affect Euro-Atlantic security. We welcome the contribution of our partners in the Asia-Pacific region – Australia, Japan, New Zealand, and the Republic of Korea – to security in the Euro-Atlantic, including their commitment to supporting Ukraine. We will further strengthen our dialogue and cooperation to tackle our shared security challenges, including on cyber defence, technology and hybrid, underpinned by our shared commitment to upholding international law and the rules-based international order.”¹⁶ The situation in China provides the context: “The People’s Republic of China’s (PRC) stated ambitions and coercive policies challenge our interests, security and values. We remain open to constructive engagement with the PRC, including to build reciprocal transparency, with a view to safeguarding the Alliance’s security interests.”¹⁷ While this outreach does not amount to NATO increasing membership or extending its direct area of operations, it reflects the indivisibility of security and opens the door for closer cooperation with Japan, Korea, Australia and New Zealand, a move criticised by China. With “no other ... partner closer to NATO”¹⁸, a new partnership program with Japan was concluded ahead of the summit, with or without a NATO representation in Tokyo, blocked by France.

¹⁴ Michael Reiterer (2023). From Connectivity to Global Gateway, from Asia to the Indo-Pacific – building an Inclusive Liberal International Order in Shiong Kim, Michael Reiterer (eds.) Connecting Europe and Asia: Security, Economy and Mobility. HUFs University Press, 2023; pp. 11-22.

¹⁵ Jacob Mardell (2021). Global Gateway – the European Union’s new connectivity strategy. MERICS – Comment, 12 October 2021; at <<https://merics.org/en/comment/global-gateway-european-unions-new-connectivity-strategy#:~:text=The new connectivity strategy is new in two ways: It,EU visibility through better branding>>.

¹⁶ NATO (2023). Vilnius Summit Communiqué. 11 July 2023; at <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_217320.htm>.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Reuters (2023). Japan and NATO agree on new partnership programme at NATO Vilnius summit. 12 July 2023; at <<https://www.reuters.com/world/japan-nato-agree-new-partnership-programme-nato-vilnius-summit-2023-07-12/>>.

C. Trade policy becoming part of foreign policy

The mentioned policy papers reflect the EU's willingness to become a global player also in areas which geographically appear far away. To this end it will draw on its long-standing trade and economic relationships but add a robust political and security dimension which includes hard security elements. Recognising the return of geopolitics the former policy of treating trade policy apart is no longer a viable approach in times of geoeconomics.

The economic dimension is the fundament of EU power and influence and needs operationalisation. This is crucial in the unfolding trade and technological tensions and conflicts, the need to re-organise energy supply as well as production and value chains to achieve greater resilience. All these measures are necessary to meet the challenges of the emerging technologies and the weaponisation of the hitherto independent policies. This carries weight as the EU is the major trade and investment partner for practically all countries in the Indo-Pacific.

These facts are not always appreciated as the EU is often taken for granted as a partner, who is not resorting to pressuring partners into agreements or updates of existing ones. The rapid revision of the US-Korea FTA in 2018 is a pertinent example of diplomacy by pressure. To correct this perception and to pursue EU-interests more vigorously and effectively, the European Commission updated in 2021 its trade policy through the "Trade Policy Review – An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy", based on a wide survey of interested parties. At the heart of the Strategy is "a tougher, more assertive approach towards the implementation and enforcement of its trade agreements, fighting unfair trade and addressing sustainability concerns. The EU is stepping up its efforts to ensure that its agreements deliver the negotiated benefits for its workers, farmers and citizens."¹⁹ This approach which will be reinforced by the mentioned Economic Security Strategy facilitates actions by the EU to counter Chinese statecraft measures.

Interdependence matters, in terms of economics and politics. This message was driven home by the COVID-19 pandemic which interrupted production chains and raised awareness for the need to secure essential products in times of crisis.

¹⁹ European Commission (2021) "Commission sets course for an open, sustainable and assertive EU trade policy", Press Release 18 February 2021; at <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_644>.

Thus, the EU will have to leverage its strength, also considering the Sino-US power competition, the Sino-Russian cooperation to build a new international order²⁰, in defining its own policies, based on a serious analysis of its own economic and security interests. This endeavour is often referred to in an often-misleading manner²¹ as searching for or establishing “strategic autonomy”.

Concluding additional political and economic/trade agreements serves this purpose. The restart of trade negotiations with India, the intensification of the talks with Australia (ongoing since 2018) and striving for progress with Indonesia and Malaysia are part of this policy. Thailand, although not back to full democracy will profit from the geopolitical situation and talks are expected to resume soon. Similarly with the Philippines, simmering since 2015. An EU-ASEAN agreement providing a regional overarching framework is envisaged and part of the recently concluded strategic partnership.

However, the absence of the EU from the large regional trade agreements, the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) and the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), risks to put the EU in a disadvantageous position in standard setting, an essential feature of these regional agreements²². China uses its participation in RCEP to this end and intends to join CPTPP too. The UK in its post-Brexit drive to secure market access is the first European country to join²³. The EU pursued a bilateral approach and has concluded trade agreements with Japan, South Korea, Vietnam, Singapore and New Zealand²⁴. The above-mentioned start of

²⁰ Joint Statement of the Russian Federation and the People's Republic of China on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development. 4 February 2022; at <<http://en.kremlin.ru/supplement/5770>>.

²¹ The misleading characterisation was reconfirmed in the aftermath of the visit of President Macron to China in April 2023.

²² Michael Reiterer (2022). Regional trade agreements in the IndoPacific: does the EU risk losing sight of their importance?. CSDS Policy Brief 1/2022, 28 January 2022; at <https://brussels-school.be/sites/default/files/CSDS_Policy_brief_2201.pdf>.

²³ U.K. formally joins CPTPP to little fanfare and low expectations; Nikkei Asia, 16 July 2023; at <<https://asia.nikkei.com/Economy/Trade/U.K.-formally-joins-CPTPP-to-little-fanfare-and-low-expectations>>; See also: Britain's post-Brexit trade alliance is a triumph ... for Japan. Politico, 13 July 2023; at <<https://www.politico.eu/article/japan-triumph-uk-joins-cptpp-trade-post-brexit-kemi-badenoch-new-zealand/>>.

²⁴ This website offers an overview of free trade agreements concluded or under negotiation. European Commission. Negotiations and agreements; at <https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements_en> (accessed 27 February 2023).

negotiations of a digital trade agreement with South Korea and Singapore is a necessary catchup activity I have advocated for South Korea²⁵.

It needs to be stressed that participation in economic agreements is no longer an economic or trade matter only, but an important geoeconomic measure and policy tool to pursue national interests including security.

A positive example is the **Comprehensive Air Transport Agreement**, concluded between the EU and ASEAN. While negotiations on an interregional trade agreement between the EU and ASEAN were ridden with difficulties in the past, this is the first of its kind in international relations, laying proof that inter-regional agreements are possible to reach, also in highly technical matters like aviation. As an open skies' agreement, it "replaces more than 140 bilateral air services agreements, thereby providing a single set of rules and reducing red tape. EU Members States without any bilateral agreements with ASEAN States are now also covered by a modern legal framework. All EU airlines will be able to operate direct flights from any airport in the EU to all airports in ASEAN States, and vice versa for ASEAN airlines. This will help EU and ASEAN airlines to compete with competitors targeting the lucrative EUASEAN market."²⁶

D. Value vs. interest driven policies?

The ideological underpinning of this Sino-US competition is formed by the **dichotomy** between **democracy** and **autocracy/dictatorship** which gives rise to concerns about a new cold war – a concern which has been partly overtaken by the nightmare of a hot war in the Ukraine.

While this challenge persists, it creates an additional challenge: the **costs of a value driven policy**, if not fully aligned with national interests, puts the very policy at risk.

Democracies must explain and justify policies and may be forced to adjust or change because of democratic political processes. Thus, the element of pursuing (hopefully well-defined) national interests has become more acute.

²⁵ EU Requests Korea-EU FTA Modernization. Business Korea, 8 April 2019; at <<http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=30655>>.

²⁶ European Commission (2022). "Aviation: Landmark EU-ASEAN agreement to connect 1.1 billion people", Press Release, 17 October 2022; at <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6126>.

The cost-benefit relationship in pursuing them needs to be better explained to citizens. Otherwise, the calls ‘this is not our struggle’, ‘this is not our war’ will not only become louder but will determine politics and therefore policies.

Short-term costs and long-term gains are always difficult to explain and to shoulder. Without leadership, nationalistic and retro-oriented policies will prevail with an aggressive potential. “Make country X great again” – at the costs of others – has the potential of becoming a wider spread policy leading to segmentation in the international system.

E. ‘Cooperative’ instead of ‘strategic’ autonomy leading to strategic responsibility

While clearly allies of the US, the EU, Japan and South Korea share the interest to keep lines of communication with China open and continue a mutually beneficial relationship in applying the tryptic characterisation of China as ‘partner, competitor, systemic rival’. The EU should engage China bilaterally. Enlarging to trilateral meetings in including the U.S., Japan, and South Korea respectively and eventually enlarged to quadrilateral with India. This could contribute to building a commonly shared basis of mutual interests, in terms of economy, environment, climate change. These interactions could also serve to rebuilding trust among participants which has diminished over the last years.

To this end, efforts to strengthen military capabilities and secure supply and production lines and open trade and technology ecosystems, to enhance resilience, not isolationism or protectionism, are necessary. These are elements to build a “**cooperative autonomy**”, a more appropriate term than ‘strategic autonomy’, which gave rise to misunderstandings in the sense of isolationism or decoupling of Europe from the US or NATO. This should lead to a “**strategic responsibility**” which carries the message that this does not come cost-free but means providing the means necessary to achieve the envisaged goals. The essence of such a policy of cooperation to achieve autonomy should also be of interest to Japan and South Korea.

A stronger partner who is capable to shoulder more responsibility is a more valuable partner; a partner is not a subordinate receiving instructions, but a contributor to developing a common policy which of course implies finding common ground as interests do not merge even among allies. Reaching out to like-minded partners where possible, cooperating with rivals where necessary is a viable maxim.

This maxim also indicates the limits of what used to be called the ‘liberal international order’. This should not ring the death bell for ‘order’, but the

cooperative element is certainly weakened as the rise of re-shoring, protectionism, isolationism, and nationalism indicate. However, ultimately, globalised as the economy has grown over decades which cannot be reversed in the short-term and the very nature of problems which cannot be solved nationally, like climate change, will ensure that an interest-based, albeit reduced cooperation will continue.

F. European Union – finally becoming a global player?

The EU's reputation and endeavour to become a global actor has always suffered from the paradox, that despite East Asia turning into an economic powerhouse and the EU being the largest economy and leading or major investor, strength and influence were primarily measured in Asia in military terms. While this was partly due to the continuation of the Cold War in East Asia after it had subsided in Europe, it got new traction through the comprehensive resurgence of China and its more assertive policies, especially militarily.

The EU's response is therefore to engage more beyond economics, a policy and diplomacy it is learning. Focusing on non-traditional security issues emerging from the Korean Peninsula – pursuing cyber criminals on Chinese and North Korean territory, fighting, and joining means to contain Chinese disinformation, engaging in cyber²⁷ as well as in maritime security, adding autonomous sanctions on the DPRK and providing capacity building for others to implement such sanctions more efficiently, are examples illustrating this approach.

Planning to be prepared for a “**Taiwan contingency**”²⁸ is part of this evolution towards a security provider. The difficulty of finding common ground was recently highlighted by President Macron's opinion that such a conflict would not be Europe's call while HRVP Borrell advocated European navies patrolling the straits to “signify Europe's commitment to freedom of navigation in this absolutely crucial area”²⁹.

²⁷ See Gertjan Boulet, Michael Reiterer, Ramon Pacheco Pardo eds. (2022). *Cybersecurity Policy in the EU and South Korea from Consultation to Action*. Palgrave.

²⁸ Henry Boyd, Franz-Stefan Gady, Oskar Glaese, Meia Nouwens, Benjamin Schreer (2022). *Taiwan, Cross-strait Stability and European Security: Implications and Response Options*. IISS, March 2022; at <<https://www.iiss.org/globalassets/media-library---content--migration/files/research-papers/2022/03/taiwan-cross-strait-stability.pdf>>.

²⁹ Politico (2023). *Send warships to Taiwan Strait, Borrell urges EU governments*. 23 April 2023; at <<https://www.politico.eu/article/china-joseb-taiwan-borrell-eu-warships-to-patrol-strait/>>.

As in the past, it was a crisis, the war in the Ukraine which provided the EU with the opportunity to show that it is able and willing to move beyond the traditional approach: in addition to severe sanctions on Russia, the EU directly funded arms, military equipment, including lethal weaponry destined for the Ukraine, a country in war as a defender against Russian aggression, for the first time in its history. In making use of its **Peace Facility**³⁰ to this end, the message was also sent that you must defend peace also when it has been broken. Spending € 3 billion, split between lethal equipment and platforms (€ 2.82 billion) and non-lethal support (€ 0.18 billion), is a significant contribution.

The Indo-Pacific Strategy added **military elements**, such as the coordinated deployment of single European frigates to the region and extending CARICOM II to Southeast Asia. While the challenge is on to implement these and other measures and to maintain the European engagement despite the war in the Ukraine, these policies potentially render the EU more relevant in and to the region but also globally.

As part of the competition for a new and adapted international system, **rule and standard setting** e.g., governance, in strategic fields is of primordial importance. This requires participation in regional and global endeavours. In the Indo-Pacific regional trade agreements, like the mentioned RCEP and CPTPP, are particularly important. The Shanghai Cooperation Organisation, an important tool for China and Russia to build a new international order according to their priorities and interests, gets involved in various forms of governance building including in the important field of cyber space.

Reviving and enlarging **BRICS**³¹ including talk about a BRICS gold-backed currency based on a basket of participating countries to weaken the dominance of the US-Dollar is part of this endeavour. While the de-dollarisation is politically within the logic of BRICS countries, this is a rather

³⁰ European Peace Facility: Ukraine and beyond. European Parliament Research Service, 18 November 2022; at <<https://epthinktank.eu/2022/11/18/european-peace-facility-ukraine-and-beyond/>>.

³¹ Japan Times (2023). BRICS considering expansion as emerging economies rally to join group. 25 May 2023; at <<https://www.japantimes.co.jp/news/2023/05/25/world/politics-diplomacy-world/brics-expansion-emerging-economies-join/>>.

ambitious project³²; it plays in the hands of those in the Global South who complain of being disadvantaged by the Western Liberal International Order in general and those targeted by US-sanctions.

Global and regional respect for **WTO** rules is important. “Frameworks” like the Indo-Pacific Economic Framework, below the level of a formal FTA, risk to provide a platform for unilateral standard setting, with no or conditional market access, no MFN and without a dispute settlement procedure. This deprives weaker states of the protection of rules and regulations, the rule of law. This is also part of endeavours to create a new order instead of building on and improving the existing one.

G. It’s technology, stupid!

Absolutely crucial and linked to the standard setting is to maintain an edge in new technologies which underscores the importance of science diplomacy, making use of the EU research funding schemes, such as Horizon Europe 2020. Providing risk capital, fostering primary research and cooperation with the private sector and incentives to invest in research are crucial for the EU not to lose sight. The need to overcome the European scepticism concerning science is an important task to accomplish in an all-in approach.

The Australian Strategic Policy Institute (ASPI) has recently launched the Critical Technology Tracker³³, an important first in international politics, which starts with a stern warning: “Western democracies are losing the global technological competition, including the race for scientific and research breakthroughs, and the ability to retain global talent—crucial ingredients that underpin the development and control of the world’s most important technologies, including those that don’t yet exist.”

³² BRICS foreign ministers only advocated the use of local currencies by BRICS member: “Ministers underscored the importance of encouraging the use of local currencies in international trade and financial transactions between BRICS as well as their trading partners.” Joint Statement of the BRICS Ministers of Foreign Affairs and International Relations, Cape Town, South Africa, 1 June 2023; at <https://mid.ru/en/foreign_policy/news/1873948/#:~:text=The%20Ministers%20expressed%20their%20full,of%20the%20XV%20BRICS%20Summit>.

³³ [ASPI’s Critical Technology Tracker | Australian Strategic Policy Institute | ASPI](https://ad-aspi.s3.ap-southeast-2.amazonaws.com/2023-03/ASPIs%20Critical%20Technology%20Tracker_0.pdf?VersionId=ndm5v4DRMfplvu.x69Bi_VUdMVLp07jw) Full report: Jamie Gaida, Jennifer Wong-Leung, Stephan Robin and Danielle Cave (2023) ASPI’s Critical Technology Tracker The global race for future power. Policy Brief Report No. 69/2023, February 2023; at <https://ad-aspi.s3.ap-southeast-2.amazonaws.com/2023-03/ASPIs%20Critical%20Technology%20Tracker_0.pdf?VersionId=ndm5v4DRMfplvu.x69Bi_VUdMVLp07jw>.

Out of 44 critical technologies examined China leads in 37 technologies, with the U.S. leading in the other 7 technologies, and coming second in most of the technologies that China leads in. “For some technologies, all of the world’s top 10 leading research institutions are based in China and are collectively generating nine times more high-impact research papers than the second ranked country (most often the US). Notably, the Chinese Academy of Sciences ranks highly (and often first or second) across many of the 44 technologies included in the Critical Technology Tracker.”

According to ASPI, “the data demonstrates that the US and other democracies are being left behind in the global race for ascendancy in critical technologies.”³⁴ The report recommends democratic nations pursue a strategic critical technology step-up through 24 policy recommendations.

Switzerland is doing in well in some areas covered by this Tracker: hypersonic detection and tracking; advanced robotics; quantum computing, communication and sensors.

H. Fair financial contributions for essential public goods in times of budgetary constraints

It is necessary to continue focussing and promoting the resolve to transforming economies in order not to lose another crucial fight, the one against **climate change**. This necessary fight suffers a second challenge within a short time: first, the **COVID-19 pandemic** got all the attention and money to develop vaccines and to invest in economies to overcome the economic costs of the pandemic and to avoid a recession.

Secondly, the **energy crisis** due to the weaponisation of energy as part of the illegal aggression against the Ukraine by Russia, slows down the transition to renewable energies as CO2 intensive energy will not be easy to phase out as planned under the Paris Agreement. Emitting methane in large quantity because of the destruction of pipelines and additional CO2 because of burning not sellable gas aggravate the problem and could be considered as crimes in destroying public goods.

³⁴ David J. Bier (2023). Abandoning the US, More Scientists Go to China. Cato Institute, Blog Home, 11 April 2023; at [Abandoning the US, More Scientists Go to China | Cato at Liberty Blog](#).

Furthermore, **military spending** for actual warfare and the intensification of an arms race already under way will siphon away capital needed to fight climate change to meet the commitments made in the Paris Agreement process.

Rebuilding after the various crises will further add to the financial constraints. International reconstruction, Marshall Plans, cannot be limited to the Ukraine only. The devastating earthquakes in Syria and Turkey, the failed state Lebanon, the South Sudan and Somalia, Angola, Columbia, Venezuela, Pacific Island states to name just a few examples all need attention and support³⁵ e.g., inclusion of the Global South in the (Western) relief efforts.

A strategic approach is necessary to meet the challenges of Chinese competition and statecraft but also as a precautionary measure for future pandemics which will occur, which should not be blended out again (Spanish and Hongkong influenza, cholera, bubonic plague, smallpox Ebola, SARS ...)³⁶.

I. Conclusions

The EU and its partners in the Indo-Pacific/Asia share similar interests in the Sino-US conflict and struggle, namely, to find solutions to match their economic interests with their security interests. Alliance structures impact on economics (geoeconomics), implementing values can conflict with economic interests and may require compromises either way. Cooperation could enlarge the collective leverage in maintaining a rules-based order, although parts of the rules require rethinking and rewriting to prevent un-order where 'might is right' reigns supreme. A strong cooperative element strengthens multilateralism to avoid unilateral directorates which are exclusive by nature and largely to the detriment of the EU (East Asia Summit, Quad, AUKUS ...)

The EU is also uniquely positioned as a member in both, the G7 and G20; in Asia only Japan shares this position. This puts a special responsibility on these two strategic partners which could jointly consult with other partners in the Indo-Pacific to make their views heard as part of the necessity to include the Global South into the international governance system. To this end it is necessary to avoid a Eurocentric or Global West dominated view which prioritises problems and conflicts in the 'West' over those in the Global South.

³⁵ CARE (2023) Breaking the Silence: The 10 most under-reported humanitarian crises of 2022. 12 January 2023; at <<https://reliefweb.int/report/angola/breaking-silence-10-most-under-reported-humanitarian-crises-2022>>.

³⁶ Jarus Owen (2023). The worst epidemics and pandemics in history. Live Science, at <<https://www.livescience.com/worst-epidemics-and-pandemics-in-history.html>>.

The Indo-Pacific **security hotspots in Asia** – South and East China Sea, Taiwan Straits, Korean Peninsula – are of direct mutual importance because the EU and its partners depend on open and secure production and supply lines as well as shipping lanes to keep their economies afloat.

All these issues have a global impact, are linked to the rule of law and therefore of common concern. Niccolò Machiavelli's policy imperative, '*divide et impera*', whether pursued by external or internal actors, should not have a chance to succeed in weakening the EU.

As a result, the EU is on a new track after COVID and because of the Russian aggression: It has become more hard power oriented as spelt out in the Strategic Compass and demonstrated by financing for the first time ever weapons for a party in a war, the Ukraine.

A paradigm shift towards more realism without throwing idealism overboard is in the making, which needs conceptual work as started with the Strategic Compass and close cooperation in the Transatlantic and Transpacific theatres with the US and interested partners. This needs to be done in a cooperative manner where the EU pursues its own interests in a collaborative strategic autonomy which in turn must be reciprocated by partners to be viable.

Supporting or initiating diplomatic efforts by third parties to find a mutually acceptable solution to end the war in the Ukraine would create respect for an EU-diplomacy although as an indirect partner to the conflict this will not work. Candidates could be India and China, and those who are already involved like Turkey. It could also be a chance for the Global South collectively or by individual country(ies) to show leadership. However, an initiative by the Organisation of African Unity was rejected rather brutally by President Putin. Although the UN failed in the Security Council because of the involvement of the permanent member of the Council to preserve peace, it could engage in mandating the Secretary General. Last but not least, a personality, like the 8th Secretary General of the UN, Ban Ki-moon, who also co-chairs the Elders, or the Pope supported by the experienced diplomats of the Vatican, could try to bridge the big gap.

Managing the relationship with China is another test case for the EU:

If China were to switch from its 'pro-Russian neutrality' in the war with the Ukraine to pro-Russia in delivering weapons to a "limitless friend in need", this would escalate the situation further to a dangerous level. Pre-emptive diplomacy is required to avoid such an escalation. While the EU is in a difficult position to act as a mediator for a cease-fire or peace because of its military

support for the Ukraine, it could work with China to this end. This could strengthen the bilateral relations between the EU and China and contribute to avoiding the sanction case described below.

If Europe joins the US in sanctioning China, either in response to the delivery of weapons, use of force against Taiwan or to exclude China from knowledge required in the new emerging technologies, the European way of engagement where possible would come to an end. This would unify China and Russia even more. While in the first two cases joining sanctions would be rather inevitable, the EU would have to consider its strategic position carefully pursuing its own interests. Trans-Atlantic coordination is required to reach a common position.

These developments signal a transition from idealism to realism: A values based foreign policy becomes more and more difficult in times of geopolitics and geoeconomics when the great power competition favours binary solutions. An old order vanishing and a new one only nascent with unclear contours creates a highly volatile situation. In this process basic rules of the road are common denominator for all to avoid wars, war-like situations and 'might is right policies' whether in the Global South, North, East or West.

The Indo-Pacific has become the battle ground or better the arena for competition in terms of technology, resources, markets, influence and the minds of half of the world's population.

In implementing its policy framework, the EU can overcome lingering doubts in Asia and the Indo-Pacific whether it is an actor in its own right which is able and willing to sustain two crises at the same time. This includes devoting attention, time and means to the burning problems of the **Global South**. The Global South is not a coherent group but is unified by frustration because of lack of influence, neglect and empty promises. Applying the policies outlined in the Indo-Pacific Strategy and the Global Gateway effectively to them would strengthen the EU's standing, contribute to trust building and sharpen the EU's profile as an independent player following its own compass.

After eight stunning years, the third summit of EU leaders and leaders from the Community of Latin American and Caribbean States (CELAC)³⁷ in July 2023 in Brussels was part of this outreach. The later got a boost in reaching the

³⁷ Council of the European Union (2023). Infographic – EU-CELAC relations: facts and figures; at <<https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/eu-celac-relations/>> (accessed 16 July 2023).

agreement at the sidelines of the CELAC summit in Brussels to finally sign the post-Cotonou Agreement³⁸, which covers Caribbean countries in the Indo-Pacific, was a positive sign.

For CELAC countries the war in the Ukraine was not the top priority at the summit, President Zelensky was not invited either. They brought their concerns and requests to the table: slavery and the trans-Atlantic slave trade were recognised as “a crime against humanity”³⁹; the economic, commercial and financial embargo imposed against Cuba should be ended and the opposition to the extra-territorial effect of laws and regulations was registered. While the war in the Ukraine met with “deep concern”, Russia was not mentioned and “a just and sustainable peace” is needed as the war is “exacerbating existing fragilities in the global economy, constraining growth, increasing inflation, disrupting supply chains, heightening energy and food insecurity and elevating financial stability risks”. International financial institutions and multilateral institutions need reforms to allow “access – under favourable and transparent conditions – to the financial resources necessary to promote their (developing countries) economic stability and reduce external indebtedness, to improve the debt sustainability and build more equitable, prosperous, and just societies that contribute to sustainable development”, climate vulnerability is recognised to avoid that countries have to “to choose between fighting poverty and protecting the planet”⁴⁰.

This very different work programme in substance and tone, offers the EU the opportunity to sharpen its own profile and live up to its intention to become a global player in its own right.

There are, however, important caveats: IF the 135 Gateway projects in the pipeline worth € 45 billion are implemented, IF the free trade agreement MERCOSUR is finally concluded by the end of 2023 and IF the EU-CELAC Roadmap 2023 to 2025⁴¹ is processed, IF climate change concerns are not

³⁸ Spanish Presidency of the Council of the European Union (2023). The Spanish presidency promotes the signing of the Post-Cotonou Agreement. Press Release 18 July 2023; at <<https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/en/news/spanish-presidency-promotes-signing-post-cotonou-agreement/>>.

³⁹ The call for talks on economic reparations for colonization and enslavement was present but kept out of the final Declaration. See: Why Latin America still won't condemn Putin's war in Ukraine, Politico, 18 July 2023; at <<https://www.politico.eu/article/colonial-past-invades-eus-latin-american-summit/>>.

⁴⁰ Declaration of the EU-CELAC Summit 2023, Brussels, 18 July 2023; at <<https://www.consilium.europa.eu/media/65920/st12000-en23.pdf>>.

⁴¹ EU-CELAC ROADMAP 2023 to 2025, Brussels, 18 July 2023; at <<https://www.consilium.europa.eu/media/65921/eu-celac-roadmap2023-25.pdf>>.

flawed by paternalism, IF the quest for rare metals and minerals does not lead to extractivism but partnerships to avoid resemblance of neo-colonialism, IF many of the “recognitions” in the Declaration turn into actions.

Lesson to be learned: the countries of the Global South part of the Indo-Pacific also expect that their concerns are taking centre stage and not be treated as add-ons!

Thus, to become a global player, the EU needs first as a regional actor to become sufficiently strong to act as an independent guarantor of peace in Europe below the level of an article 5 case (collective defence) of NATO while not neglecting its interests in the Indo-Pacific. Being absent equals losing influence – a no-go for the EU pursuing a comprehensive security.

Finally, without unity of purpose and action there will be no global player called EU, in addition to and in competition with the US and China. After all, foreign policy starts at home.



EUZ

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

Dirk Trüten

Die Schweiz im europäischen und internationalen zivilprozessualen Rechtsraum – Stand und Perspektiven

AUSGABE:

08 | 2023



Die Schweiz im europäischen und internationalen zivilprozessualen Rechtsraum – Stand und Perspektiven

Dirk Trüten*

Inhalt

A.	Problemstellung	J 2
B.	Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene	J 3
C.	Rechtsentwicklung auf internationaler Ebene	J 4
D.	Regelungskonzept des HGÜ	J 7
I.	Ziele	J 7
II.	Sachlicher Anwendungsbereich	J 7
III.	Räumlicher Anwendungsbereich	J 9
IV.	Internationale Zuständigkeit	J 9
1.	Grundsätze	J 9
2.	Ausnahmen	J 10
V.	Anerkennung und Vollstreckung	J 11
1.	Grundsätze	J 11
2.	Ausnahmen	J 11
VI.	Formvorschriften	J 13
VII.	Materiellrechtliche Wirksamkeit	J 13
VIII.	Status per 1. September 2023	J 13
E.	Verhältnis des HGÜ zum LugÜ	J 15
I.	Litispendenz	J 15
II.	Abgrenzung	J 16
1.	Regelung des HGÜ	J 16
2.	Regelung des LugÜ	J 17
III.	Auslegung	J 17
F.	Verhältnis des HGÜ zum IPRG	J 19

* PD Dr. iur. Dirk Trüten, LL.M., ist Privatdozent für Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Luzern.

G.	Regelungskonzept des HAVÜ	J 20
I.	Verhältnis zum HGÜ	J 20
II.	Sachlicher Anwendungsbereich	J 21
III.	Räumlicher Anwendungsbereich	J 21
IV.	Kernbestimmungen	J 21
V.	Status per 1. September 2023	J 22
H.	Perspektiven aus Sicht der Schweiz	J 23
I.	Beitritt zum HGÜ	J 23
II.	Revision des LugÜ	J 23
III.	Revision des IPRG	J 24
IV.	Beitritt zu weiteren Instrumenten der Haager Konferenz	J 24

A. Problemstellung

Für die Weltwirtschaft sind verlässliche Rahmenbedingungen im Hinblick auf die internationale gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen von grundlegender Bedeutung. Da Entscheidungen ausländischer Gerichte aufgrund des völkerrechtlichen Souveränitätsprinzips nicht per se im Inland anerkannt werden müssen, besteht in Ermangelung international vereinheitlichter Regeln die Gefahr von Parallelprozessen, was für die Beteiligten hohe Kosten verursachen und zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen kann. Obwohl diese Problematik seit mehr als einem Jahrhundert breit diskutiert wird, blieben die Bemühungen um ein weltweites Übereinkommen lange erfolglos. Erst mit dem Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen (HGÜ)¹ gelang insoweit ein Durchbruch. Während die Schweiz bislang im Wesentlichen auf das bewährte – aber nur im Verhältnis zur EU, Norwegen und Island geltende – Lugano-Übereinkommen (LugÜ)² setzte, steht inzwischen auch der Beitritt zu dem global konzipierten HGÜ vor der Tür. So hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 24.5.2023 die – überwiegend positiven – Ergebnisse der Vernehmlassung zum entsprechenden Bundesbeschluss zur Kenntnis genommen und die dazugehörige Botschaft verabschiedet.³ Sollte das Projekt den Gesetzgebungsprozess reibungslos durchlaufen, ist frühestens am 1.1.2025 mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens für die Schweiz zu rechnen.

¹ <<https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>.

² Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.12.

³ <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/1460/de>>.

Der vorliegende Beitrag skizziert die Rechtsentwicklung auf europäischer und internationaler Ebene (vgl. unten [B.](#), [C.](#)) und erläutert die Regelungsansätze des HGÜ (vgl. unten [D.](#)) sowie des ergänzenden Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens von 2019 (HAVÜ, vgl. unten [G.](#)).⁴ Darüber hinaus werden das Verhältnis des HGÜ zum LugÜ und zum schweizerischen IPRG⁵ erörtert (vgl. unten [E.](#) und [F.](#)) und mögliche Perspektiven für die Weiterentwicklung des schweizerischen Internationalen Zivilprozessrechts aufgezeigt (vgl. unten [H.](#)). Die vielschichtige Problematik des Verhältnisses all dieser Rechtsakte zu den Instrumenten der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit muss an dieser Stelle ausgeklammert bleiben.⁶

B. Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene

In der Europäischen Union ist in den letzten Jahrzehnten ein System entstanden, das die angesprochenen Risiken von Parallelprozessen in den Mitgliedsstaaten minimiert.⁷ Mit dem LugÜ ist die Schweiz seit nunmehr 35 Jahren – zumindest teilweise – in diesen zivilprozessualen Rechtsraum integriert. Als *convention double* regelt das LugÜ sowohl die internationale Zuständigkeit als auch die Anerkennung von Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen der Vertragsstaaten in Zivil- und Handelssachen. Obwohl sich das LugÜ insgesamt bewährt hat, kann der Blick dennoch nicht vor der Tatsache verschlossen werden, dass sich das EU-interne Zivilprozessrecht in den letzten Jahren stark weiterentwickelte,⁸ während das LugÜ auf dem Stand von 2007 verharret. Die ursprüngliche Parallelität von LugÜ und EuGVÜ⁹ ist spätestens seit der Brüs-

⁴ <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/judgments>>

⁵ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, SR 291.

⁶ Vgl. dazu etwa Ortolani, The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements and the New York Convention: hostile takeover, or harmony in diversity, *Tijdschrift voor Arbitrage* 2022, 26 ff.; Teitz, The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration, *American Journal of Comparative Law* 2005, 543 ff.; Newing/Webster, Could the Hague Convention Bring Greater Certainty for Cross-Border Disputes Post-Brexit? And What Would This Mean for International Arbitration, *Dispute Resolution International* 2016, 105 ff.

⁷ Vgl. dazu ausführlich Trüten, *Die Entwicklung des internationalen Privatrechts in der Europäischen Union*, Bern 2015, 274 ff.

⁸ Trüten, a.a.O., 237 ff.

⁹ Übereinkommen von Brüssel von 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 299 vom 31.12.1972.

sel Ia-VO¹⁰ von 2012 verloren gegangen. Der entstandene Graben wird noch vertieft durch eine Vielzahl zusätzlicher unionaler Instrumente, die das LugÜ/Brüssel Ia-System aufseiten der EU in einigen Punkten zusätzlich modifizieren.¹¹ Nicht nur qualitativ, auch quantitativ hat sich das Gewicht inzwischen zugunsten der EU verschoben. Waren zu Beginn 10 EG-Mitgliedstaaten und 8 EFTA-Staaten Vertragsparteien des LugÜ, sind es heute 27 EU-Mitgliedstaaten und nur noch drei EFTA-Staaten. Einen Beitritt des Vereinigten Königreichs zum LugÜ hat die EU im Jahr 2021 vorerst ausgeschlossen.¹² Insgesamt muss also ein gradueller Bedeutungsverlust dieses Übereinkommens festgestellt werden. Dennoch wird das LugÜ auch in Zukunft ein unverzichtbarer Eckpfeiler des schweizerischen Internationalen Zivilprozessrechts bleiben.

C. Rechtsentwicklung auf internationaler Ebene

Vor dem Hintergrund des relativen Bedeutungsverlusts des LugÜ und des Brexits wird die internationale Zusammenarbeit im Rahmen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht immer wichtiger. Die Schweiz ist seit der Eröffnungssitzung vom September 1893 aktives Mitgliedglied dieser Organisation, der zahlreiche wichtige Übereinkünfte zum IPR einschliesslich des Internationalen Zivilverfahrensrechts zu verdanken sind¹³.

¹⁰ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 351 vom 20.12.2012, 1.

¹¹ Vgl. etwa Verordnung (EU) 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. Nr. L 341 vom 24.12.2015; Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. Nr. L 399 vom 30.12.2006; Verordnung (EG) Nr. 805/2004 vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl. Nr. L 143 vom 30.4.2004, 15. Vgl. dazu u.a. Pfeiffer, Einheitliche unmittelbare und unbedingte Urteilsgeltung in Europa, in: Mansel/Pfeiffer/Kronke/Kohler/Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, 675; Stadler, Das Europäische Zivilprozessrecht – wie viel Beschleunigung verträgt Europa?, IPRax 2004, 2; Oberhammer, Der Europäische Vollstreckungstitel: Rechtspolitische Ziele und Methoden, JBl. 2006, 477; Heringer, Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen; Mankowski, Wie viel Bedeutung verliert die EuGVVO durch den Europäischen Vollstreckungstitel?, in: Baetge/von Hein/von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung; Festschrift für Jan Kropholler, 829.

¹² Assessment on the application of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to accede to the 2007 Lugano Convention, COM/2021/222 final vom 4.5.2021.

¹³ <<https://www.hcch.net/de/states/hcch-members>>.

Die Notwendigkeit der Schaffung verlässlicher Rahmenbedingungen im Hinblick auf die internationale gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen wurde in Den Haag bereits früh erkannt. Seit über einem Jahrhundert arbeitet die Haager Konferenz an der Verbesserung des Regelungsumfelds in diesem Bereich. Die ersten Ansätze zur Schaffung eines entsprechenden Übereinkommens reichen bis in 1920er Jahre zurück.¹⁴ Nach dem Zweiten Weltkrieg führten diese Bemühungen zu zwei Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen, die allerdings nie in Kraft traten.¹⁵ 1966 verabschiedete die Konferenz ein Übereinkommen über die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, das 1971 unterzeichnet wurde, aber ebenfalls nicht in Kraft trat.¹⁶

Erst 1992 erschien die Zeit reif für einen neuen Versuch zur Schaffung eines umfassenden Übereinkommens zur gerichtlichen Zuständigkeit sowie zur gegenseitigen Urteilsanerkennung und -vollstreckung (*convention double*). Nach fast einem Jahrzehnt intensiver Verhandlungen musste man jedoch feststellen, dass insbesondere die Positionen der USA und der EU in wesentlichen Punkten unvereinbar geblieben waren. So war den Vereinigten Staaten v.a. an der Anerkennung und Vollstreckung sämtlicher Entscheidungen ihrer Gerichte (einschliesslich ihrer exorbitanten Strafschadenersatzurteile) und an der Nichtdiskriminierung ihrer in den USA ansässigen Unternehmen und Personen in Bezug auf die direkten Zuständigkeitsgründe in Europa gelegen. Die Europäer hingegen waren in erster Linie an einer Verringerung der Reichweite der Zuständigkeitsgründe von US-Gerichten gegenüber in Europa ansässigen Unternehmen und Personen interessiert.¹⁷

Als zukunftsfruchtiger erwies sich daher die Idee, besonders drängende – und daher eher konsensfähige – Einzelfragen aus dem Gesamtpaket auszugliedern und separat zu regeln. Nach der gescheiterten Harmonisierung der objektiven Zuständigkeitsregeln konzentrierte sich die Haager Konferenz auf die besonders praxisrelevante Regelung der Wirkungen ausschliesslicher Gerichtsstandsvereinbarungen und sowie der Anerkennung und Vollstreckung der an einem solchen Forum ergangenen gerichtlichen Entscheidungen. Dank der

¹⁴ Van Loon, Towards a Global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters, Collection of Papers of the Faculty of Law, Niš 2019, 15 ff.

¹⁵ <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=34>> sowie <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=77>>.

¹⁶ <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78>>.

¹⁷ Von Mehren, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?, Law and Contemporary Problems 1994, 271 ff.

umfangreichen Vorarbeiten konnte dieses Ziel mit dem HGÜ im Jahr 2005 innerhalb verhältnismässig kurzer Zeit erreicht werden (vgl. zum Grundkonzept des Übereinkommens unten [D.](#)).

Die Haager Konferenz gab sich jedoch mit dem Erreichten nicht zufrieden und griff in der Folge das Projekt eines umfassenden Übereinkommens wieder auf. Nachdem sich ein erster Vorschlag von 2016 als tragfähige Basis erwiesen hatte, konnte das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen (HAVÜ) am 2.7.2019 unterzeichnet werden.¹⁸ Da die wichtigsten Verhandlungspartner in der Frage der gerichtlichen Zuständigkeit nach wie vor divergierten, einigte man sich auf ein reines Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen (*convention simple*, vgl. dazu näher unten [G.](#)).

Seit der Verabschiedung des HAVÜ arbeitet die Haager Konferenz mit Hochdruck weiter an einem Konzept für das noch fehlende Teil des Puzzles, einer Übereinkunft über die internationale Zuständigkeit. 2021 beauftragte der Rat für Allgemeine Angelegenheiten die Arbeitsgruppe „Zuständigkeit“ damit, insoweit „in umfassender und ganzheitlicher Weise“ vorzugehen und sich zunächst auf die Entwicklung verbindlicher Regeln für konkurrierende Verfahren (parallele Verfahren und im Zusammenhang stehende Klagen oder Ansprüche) zu konzentrieren. Unter diesem Mandat trat die Arbeitsgruppe seitdem mehrfach zusammen, um mit der Ausarbeitung entsprechender Entwürfe zu beginnen, Entscheidungen über den Anwendungsbereich und die Art eines etwaigen neuen Instruments zu treffen und dessen Kernstruktur auszuformulieren.¹⁹

Zwar harrt das Jahrhundertprojekt einer weltweiten *convention double* weiterhin der Vollendung; jedoch konnten mit den Schwesterübereinkommen HGÜ und HAVÜ wichtige Etappenziele erreicht werden. Nach der Verabschiedung dieser wichtigen Instrumente ist in den nächsten Jahren auch mit einem Übereinkommen über die Internationale Zuständigkeit zu rechnen. Nach über einem Jahrhundert könnte damit ein Kernanliegen des Internationalen Zivilprozessrechts verwirklicht werden und ein global ausgerichtetes „Haager System“ neben die bestehenden zivilprozessualen Instrumente der regionalen Wirtschaftsintegration treten.

¹⁸ <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/judgments>>.

¹⁹ <<https://www.hcch.net/de/projects/legislative-projects/jurisdiction-project>>.

D. Regelungskonzept des HGÜ

I. Ziele

Primäres Ziel des HGÜ ist die Förderung des internationalen Handels und internationaler Investitionen durch eine verstärkte gerichtliche Zusammenarbeit (Präambel). Insofern verspricht das Übereinkommen primär ein Mehr an Rechtssicherheit für Parteien internationaler Handelsverträge.²⁰ Dies ist angesichts der wachsenden weltwirtschaftlichen Herausforderungen nachhaltig zu begrüßen. Rechtssicherheit bedeutet in diesem Zusammenhang v.a. ein grösstmöglicher Schutz des Parteiwillens vor staatlicher Intervention. Damit will das Übereinkommen einem Grundsatz weltweit zum Durchbruch verhelfen, der auf nationaler und europäischer Ebene längst zu einer Selbstverständlichkeit geworden ist (vgl. insbesondere Art. 5 IPRG und Art. 25 Brüssel Ia-VO).²¹

Darüber hinaus sollen nicht zuletzt die Vereinigten Staaten in das internationale System der Urteilsanerkennung eingebunden werden, da US-amerikanische Kläger bei der Anerkennung ihrer Urteile in der Regel auf grössere Schwierigkeiten treffen als ihre europäischen Handelspartner in den Vereinigten Staaten. Auf europäischer Seite bestand das Interesse, die weitreichenden US-amerikanischen Gerichtsstände wie den allgemeinen *doing business*-Gerichtsstand und die *transient jurisdiction* einzudämmen²². Das HGÜ soll also auch dazu dienen, US-amerikanische Urteile zu exportieren und dadurch eine Gleichheit in der gegenseitigen transatlantischen Anerkennung von Urteilen herstellen.²³

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Zwar erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich des Übereinkommens grundsätzlich auf alle Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 HGÜ). Dieser umfassende Ansatz wird jedoch durch weitreichende Ausnahmegestimmungen merklich relativiert. So fallen die für das internationale Wirtschaftsleben so bedeutsamen Bereiche wie Arbeits-, Verbraucher- und Beförderungsverträge,

²⁰ Zum Ganzen: Thiele, *The Hague Convention on Choice-of-Court Agreements: Was It Worth the Effort?*, in: Gottschalk, Michaels, Hein (Hrsg.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge 2007, 63 ff.

²¹ Zum LugÜ vgl. unten [E.I.](#)

²² Eichel, *Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen*, RIW 2009, 289 (290).

²³ Wagner, *Das Haager Übereinkommen vom 30. 6. 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen*, *RabelsZ* 2009, 100 ff.

ausservertragliche Ansprüche wegen Sachschäden aus Delikt, Insolvenzverfahren, das Kartellrecht, dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen sowie bestimmte gesellschaftsrechtliche und immaterialgüterrechtliche Fragen nicht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens. Es ist darüber hinaus weder auf familien-, unterhalts- und erbrechtliche Fragen noch auf die Schiedsgerichtsbarkeit anzuwenden (Art. 2 HGÜ).

Weiterhin haben die Vertragsstaaten die Möglichkeit, zusätzliche Rechtsgebiete im Wege einer einseitigen Erklärung vom Anwendungsbereich des Übereinkommens auszuschliessen (Art. 21 HGÜ). Ausserdem kann ein Staat erklären, dass seine Gerichte es ablehnen können, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, für die eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung gilt, wenn abgesehen vom Ort des vereinbarten Gerichts keine Verbindung zwischen diesem Staat und den Parteien oder dem Rechtsstreit besteht (Art. 19 HGÜ).

Schliesslich ist der Anwendungsbereich des HGÜ ausdrücklich auf *ausschliessliche* Gerichtsstandsvereinbarungen beschränkt (Art. 1 Abs. 1 HGÜ), da andernfalls zusätzliche Vorschriften zur Regelung von Parallelverfahren notwendig gewesen wären. Nach der Legaldefinition des Übereinkommens handelt es sich dabei um Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Parteien, (...) in denen „die Gerichte eines Vertragsstaats oder ein oder mehrere bestimmte Gerichte eines Vertragsstaats unter Ausschluss der Zuständigkeit aller anderen Gerichte zu dem Zweck benannt werden, über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit zu entscheiden“ (Art. 3 lit. a HGÜ). Liegt also etwa eine reine Prorogation vor, bei der die Parteien neben den ordentlichen oder besonderen Zuständigkeiten weitere, zusätzlich anrufbare Gerichtsstände begründen,²⁴ bleiben die bisherigen Rechtsquellen – also für die Schweiz insbesondere das IPRG und das LugÜ – massgeblich. Gleiches gilt für reine Derogationsabreden, mit denen bestimmte Zuständigkeiten ausgeschlossen werden, ohne dass ein eigenständiger Gerichtsstand begründet wird oder für einseitig exklusive Prorogationen.²⁵ Solche Gestaltungen müssen sich jedoch eindeutig aus dem Vertragstext ergeben, da das Übereinkommen im Interesse einer möglichst weiten Anwendbarkeit im Zweifel von der Ausschliesslichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung ausgeht (Art. 3 lit. b HGÜ).

²⁴ ZK IPRG-Müller-Chen Art. 5 N 23.

²⁵ BSK LugÜ-Berger Art. 23 N 63.

III. Räumlicher Anwendungsbereich

In räumlicher Hinsicht ist das HGÜ nur auf internationale Sachverhalte anwendbar. Dabei geht das Übereinkommen grundsätzlich von der Internationalität des Sachverhalts aus, es sei denn, die Parteien haben ihren Aufenthalt im selben Vertragsstaat und die Beziehung der Parteien sowie alle anderen für den Rechtsstreit massgeblichen Elemente weisen nur zu diesem Staat eine Verbindung auf, wobei der Ort des vereinbarten Gerichts unbeachtlich ist (Art. 1 Abs. 2 HGÜ). Damit wird erreicht, dass grundsätzlich von der Anwendbarkeit des HGÜ auszugehen ist.²⁶

IV. Internationale Zuständigkeit

1. Grundsätze

Der Schutz des Parteiwillens wird durch ein Regelungskonzept gewährleistet, das auf bewährten Grundsätzen des (kontinentaleuropäisch geprägten) internationalen Zivilverfahrensrechts beruht. Kern des Regelungskonzepts ist der Gedanke, dass sich grundsätzlich nur das in der Gerichtsstandsvereinbarung bezeichnete Gericht eines Vertragsstaates mit der Streitentscheidung befassen soll (Art. 5 Abs. 1 HGÜ). Ein aufgrund einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung zuständiges Gericht „darf die Ausübung seiner Zuständigkeit nicht mit der Begründung verweigern, dass ein Gericht eines anderen Staates über den Rechtsstreit entscheiden sollte“ (Art. 5 Abs. 2 HGÜ). Umgekehrt muss das Gericht eines anderen Vertragsstaats, der nicht der Staat des vereinbarten Gerichts ist, Verfahren, für die eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung gilt, grundsätzlich aussetzen oder die Klage als unzulässig abweisen (Art. 6 HGÜ).

Im Hinblick auf das Ziel der Schaffung von mehr Rechtssicherheit für Parteien internationaler Handelsverträge kommen diesen Kernbestimmungen des Übereinkommens die wohl grösste Bedeutung zu, denn sie bewirken, dass das gewählte Gericht ein Verfahren nicht wegen *forum non conveniens* oder *lis pendens* aussetzen oder abweisen darf, und dass ein nicht benanntes Gericht ein Verfahren nicht einleiten darf, selbst wenn die *lex fori* etwas anderes vorsieht. Somit können US-amerikanische (und andere) Gerichte ihre Zuständigkeit nicht mehr mit der im Voraus oftmals unberechenbaren Begründung ablehnen, ein ausländisches Gericht sei für die Beurteilung der Rechtssache

²⁶ Eichel, AGB-Gerichtsstandsklauseln im deutsch-amerikanischen Handelsverkehr, Jena 2007, 239.

besser geeignet. In Übereinstimmung mit dem entsprechenden EU-Recht²⁷ schliessen diese Bestimmungen auch die aus dem anglo-amerikanischen Recht bekannten Unterlassungsverfügungen weitgehend aus, mit denen einer Partei – in der Regel dem Kläger – strafbewehrt untersagt wird, ein weiteres Verfahren in einem anderen Staat einzuleiten oder fortzusetzen (*anti-suit injunctions*).

2. Ausnahmen

Da eine bedingungslose Herrschaft des Parteiwillens weder sachlich geboten noch international konsensfähig erscheint, lässt das HGÜ in Bezug auf verschiedene Fragestellungen Spielraum für eine Ermessensprüfung nach den Grundsätzen der *lex fori*. So kann das vereinbarte Gericht seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Vereinbarung nach diesem Recht ungültig ist (Art. 5 Abs. 1 HGÜ). Ausserdem lässt die ausschliessliche Zuständigkeit des bezeichneten Gerichts Vorschriften der *lex fori* unberührt, die die sachliche Zuständigkeit oder die Zuständigkeit aufgrund des Streitwerts sowie die innerstaatliche Zuständigkeitsverteilung betreffen (Art. 5 Abs. 3 HGÜ). Eine solche Ausnahmebestimmung kennen weder das schweizerische IPRG noch die europäischen Bestimmungen über Gerichtsstandsvereinbarungen. Im Ergebnis steht es damit insbesondere den US-amerikanischen Bundesgerichten weiterhin offen, einen Rechtsstreit durch sog. *federal transfers* an ein anderes Bundesgericht zu überweisen.²⁸ Beschliesst das Gericht auf Antrag des Beklagten einen *transfer* zu einem anderen US-Bundesgericht, kann der Kläger vor den Gerichten eines anderen Vertragsstaates ein Parallelverfahren einleiten – vorausgesetzt, der andere Vertragsstaat erkennt die Derogation nicht an.²⁹

Besondere Ausnahmen bestehen auch im Hinblick auf die Verpflichtung des nicht vereinbarten Gerichts, das Verfahren auszusetzen oder die Klage abzuweisen. Diese sind dem schweizerischen und europäischen Zuständigkeitsrecht teilweise unbekannt und betreffen zunächst den Fall, dass die Vereinbarung nach dem Recht des Staates des vereinbarten Gerichts ungültig ist (Art. 6 lit. a HGÜ). Darüber hinaus ist das derogierte Gericht nicht zur Aussetzung oder Abweisung der Klage verpflichtet, wenn einer Partei nach dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts die Fähigkeit fehlte die Vereinbarung zu

²⁷ Kopelev, *Anti-suit injunctions und ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen Zivilprozessrecht*, Frankfurt Law Review 2023, 19 ff.

²⁸ Antomo, *Aufwind für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen – Inkrafttreten des Haager Übereinkommens*, NJW 2015, 2919 (2921).

²⁹ Reuter/Wegen, *Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30.6.2005 – Entstehung, Charakteristika, Erfolgchancen*, ZVgIRWiss 2017, 382 (411).

schliessen (Art. 6 lit. b HGÜ), die Anwendung der Vereinbarung zu einer offensichtlichen Ungerechtigkeit führen oder dem Ordre public des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich widersprechen würde (Art. 6 lit. c HGÜ), es aus aussergewöhnlichen Gründen nicht zumutbar ist, die Vereinbarung umzusetzen (Art. 6 lit. d HGÜ) oder das vereinbarte Gericht entschieden hat, kein Verfahren in der Sache durchzuführen (Art. 6 lit. e HGÜ). Bei diesen Ausnahmetatbeständen birgt vor allem die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „offensichtliche Ungerechtigkeit“ (Art. 6 lit. c HGÜ) oder „aussergewöhnliche Gründe“ (Art. 6 lit. d HGÜ) Unsicherheiten (vgl. dazu näher unten [E.III.](#)).

V. Anerkennung und Vollstreckung

1. Grundsätze

Die Mechanismen des HGÜ zum Schutz von ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarungen wären wenig wert, wenn die vom prorogierten Gericht ergangene Entscheidung in einem anderen Vertragsstaat ausgehebelt werden könnte. Daher müssen die Gerichte in den Vertragsstaaten ein Urteil aus diesem multilateralen Netzwerk grundsätzlich anerkennen und vollstrecken, ohne die Begründetheit zu prüfen (Art. 8 ff. HGÜ). Dabei stellt vor allem das Verbot der *révision au fond* sicher, dass die von dem vereinbarten Gericht gefällte Entscheidung tatsächliche Wirkung entfaltet und das ersuchte Gericht nicht als Berufungsinstanz fungiert (Art. 8 Abs. 2 Satz 1 HGÜ). Das ersuchte Gericht ist an die tatsächlichen Feststellungen gebunden, auf die das Ursprungsgericht seine Zuständigkeit gestützt hat, es sei denn, die Entscheidung ist im Versäumnisverfahren ergangen (Art. 8 Abs. 2 Satz 2 HGÜ). Weitere Einschränkungen gelten insoweit, als eine Entscheidung nur anerkannt wird, wenn sie im Ursprungsstaat wirksam ist; sie darf nur vollstreckt werden, wenn sie auch im Ursprungsstaat vollstreckbar ist (Art. 8 Abs. 3 HGÜ).

Soweit das HGÜ nichts anderes bestimmt, ist für das Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung sowie für die eigentliche Zwangsvollstreckung das Recht des Vollstreckungsstaats massgeblich (Art. 14 Satz 1 HGÜ). Gerichtliche Vergleiche, die von einem in einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung benannten Gericht eines Vertragsstaats gebilligt oder die vor einem solchen Gericht im Laufe eines Verfahrens geschlossen worden sind, werden nach Art. 12 HGÜ in derselben Weise vollstreckt.

2. Ausnahmen

Im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung enthält das HGÜ die aus dem schweizerischen IPRG und den entsprechenden Rechtsakten der EU bekann-

ten Verweigerungsgründe (nicht rechtzeitige Zustellung des verfahrenseleitenden Schriftstücks, Art. 9 lit. c HGÜ; Verstoss gegen den Ordre public des Forums, Art. 9 lit. e HGÜ; Unvereinbarkeit mit einer anderen Entscheidung, Art. 9 lit. f und g HGÜ). Allerdings geht das HGÜ als weltweit konzipiertes Übereinkommen über den europäischen Standard hinaus, indem es den Gerichten des Anerkennungsstaates weitere Verweigerungsgründe zugesteht. So kann die die Anerkennung und Vollstreckung auch versagt werden, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht des Staates des vereinbarten Gerichts ungültig war (Art. 9 lit. a HGÜ), einer Partei nach dem Recht des ersuchten Staates die Fähigkeit fehlte, die Vereinbarung zu schliessen (Art. 9 lit. b HGÜ) oder die Entscheidung durch Prozessbetrug erlangt wurde (Art. 9 lit. d HGÜ).

Zwar kennt das HGÜ eine grössere Zahl an Ausnahmebestimmungen als das schweizerische und das europäische Recht. Insgesamt dient aber die Begrenzung der Anerkennungs- und Vollstreckungshindernisse auf die o.g. Fälle der Rechtssicherheit, denn sie garantiert, dass Entscheidungen vom ersuchten Vertragsstaat in den allermeisten Fällen anerkannt und vollstreckt werden.³⁰ Allerdings birgt diese Regelung die Gefahr, Urteile aus Diktaturen und rechtsstaatlich defizitären Staaten anzuerkennen, was immerhin durch die Ordre public-Ausnahme abgeschwächt werden kann.

Im Übrigen kann die Anerkennung oder Vollstreckung einer Entscheidung auch versagt werden, „sofern und soweit mit ihr Schadenersatz, einschliesslich exemplarischen Schadenersatzes oder Strafschadenersatzes, zugesprochen wird, der eine Partei nicht für einen tatsächlich erlittenen Schaden oder Nachteil entschädigt“ (Art. 11 Abs. 1 HGÜ). Im Hinblick auf Urteile, die einer Partei *punitive damages* zusprechen, trägt das Übereinkommen insoweit zu mehr Rechtssicherheit bei, als die Parteien damit rechnen können, dass eine solche Entscheidung nicht insgesamt im Rahmen der Ordre public-Klausel abgelehnt werden kann. Nach dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 HGÜ kann der Kläger darauf vertrauen, dass die Entscheidung zumindest so weit anerkannt wird, wie der zugesprochene Schadenersatz einen tatsächlich erlittenen Nachteil ausgleicht. Das Übereinkommen schränkt die Bedeutung dieser Regelung jedoch insoweit ein, als es ausservertragliche Ansprüche aus unerlaubter Handlung wegen Sachschäden von seinem Anwendungsbereich ausschliesst (Art. 2 Abs. 2 lit. k HGÜ). Gegenüber der bisherigen Praxis bedeutet Art. 11 HGÜ damit nur einen begrenzten Fortschritt.

³⁰ Rühl, Das Haager Übereinkommen über die Vereinbarung gerichtlicher Zuständigkeiten: Rückschritt oder Fortschritt?, IPRax 2005, 410 (415).

VI. Formvorschriften

Eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung muss schriftlich oder „durch jedes andere Kommunikationsmittel geschlossen oder dokumentiert sein, das es ermöglicht, auf die Information später wieder zuzugreifen“ (Art. 3 lit. c HGÜ). Im Zuge des Beitritts der Schweiz zum HGÜ soll die korrespondierende Vorschrift des Art. 5 IPRG modernisiert und an die Formulierung des HGÜ angepasst werden (vgl. dazu näher unten [E](#)).

VII. Materielle rechtliche Wirksamkeit

Wie auch das schweizerische und das europäische Recht behandelt das HGÜ eine Gerichtsstandsvereinbarung als unabhängige („autonome“) Vereinbarung, auch wenn sie Teil des Hauptvertrages ist. Anders als das IPRG hält das Übereinkommen dies auch explizit fest, ebenso wie die daraus folgende Konsequenz, dass die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nicht allein mit der Begründung in Frage gestellt werden kann, dass der Hauptvertrag nicht gültig ist (Art. 3 lit. d HGÜ).³¹ Weitere materielle rechtliche Anforderungen enthält das HGÜ nicht. Stattdessen verweist es insofern auf die *lex fori* unter Berücksichtigung ihres internationalen Privatrechts (Gesamtverweisung, Art. 5 Abs. 1, Art. 6 lit. a und Art. 9 lit. a HGÜ). Dies kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, da der Renvoi nicht überall in derselben Weise behandelt wird.³²

VIII. Status per 1. September 2023

Das HGÜ trat am 1.10.2015 zunächst für die EU (ohne Dänemark) und Mexiko in Kraft. Als weitere Vertragsstaaten folgten Singapur (1.10.2016), Montenegro (1.8.2018), Dänemark (1.9.2018) und die Ukraine (1.8.2023). Für den damals möglich erscheinende Fall eines „No-deal-Brexit“ trat auch das Vereinigte Königreich mit Wirkung zum 1.1.2021 bei.³³ Im Hinblick auf den vorgesehenen Beitritt der Schweiz ist letzteres zurzeit besonders relevant, stellt doch das HGÜ nach dem Wegfall des LugÜ die einzige internationale Verpflichtung des Vereinigten Königreichs im Bereich des allgemeinen Zivilprozessrechts dar.³⁴ Solange der Beitritt der Schweiz nicht erfolgt ist, sind daher aus schweizerischer Sicht gegenwärtig auch *anti-suit injunctions* durch englische Gerichte wieder zu-

³¹ So auch Art. 25 Ziff. 5 Brüssel Ia-VO.

³² Antomo, a.a.O., 292f.

³³ <www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>.

³⁴ Wagner, Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Brexit, IPRax 2021, 2 ff.; Dickinson, Realignment of the Planets – Brexit and European Private International Law, IPRax 2021, 213 ff.

lässig, was im HGÜ-Raum weitgehend untersagt ist.³⁵ Durch einen Beitritt der Schweiz zum HGÜ könnte die derzeitige Blockade des Beitritts des Vereinigten Königreichs zum LugÜ also wenigstens teilweise entschärft werden.

Darüber hinaus haben mit China, Israel, Nordmazedonien und den USA weitere Staaten das HGÜ unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert.³⁶ Da die Einbindung der USA in das internationale System der Urteilsanerkennung ein Hauptziel des HGÜ darstellte und seine Regelungen erst vor diesem Hintergrund ihr volles Potenzial entfalten würden, käme der Ratifikation durch diesen Staat wohl erhebliche Sogwirkung zu.³⁷ Da in den USA die Anerkennung ausländischer Entscheidungen Sache der Bundesstaaten ist, bestehen dort aktuell drei verschiedene Systeme der Anerkennung ausländischer Entscheidungen. Die dadurch bestehenden Probleme für einen Beitritt des Vereinigten Staaten zum HGÜ sind jedoch noch nicht gelöst. Allerdings wächst auch durch den Beitritt weiterer wirtschaftlich relevanter Staaten wie der Schweiz der Druck auf die USA, diese Probleme anzugehen und das Übereinkommen zu ratifizieren.

Ein Beitritt Chinas als weiterer „Global Player“ wäre ebenfalls grundsätzlich zu begrüßen, da er den hinter dem HGÜ stehenden Gedanken des Multilateralismus, der Rechtsvereinheitlichung und internationalen Zusammenarbeit mehr Geltung verschaffen würde. Die 2017 erfolgte Unterzeichnung ist daher ein Fortschritt für die Praxis internationaler Vertragsgestaltung. Grosse Vorbehalte sind allerdings insoweit angebracht, als China hinsichtlich der Unabhängigkeit der Justiz und der allgemein geltenden Standards im Bereich der Rechtsstaatlichkeit mit den übrigen Vertragsstaaten nicht vergleichbar ist. Insbesondere sind die für die Anerkennungs- und Vollstreckungsprüfung zuständigen Gerichte nicht unabhängig, sondern unterstehen einer allgemeinen politischen Lenkung. Es ist nicht absehbar, ob die chinesischen Gerichte die Normen des HGÜ auch effektiv und frei von politischer Einflussnahme umsetzen oder anwenden werden. Darüber hinaus bestehen weitere Unsicherheiten im Hinblick auf eine kohärente Implementierung des Abkommens in das chinesische Rechtssystem.³⁸

³⁵ Landbrecht, Anti-Suit Injunctions and the Hague Choice of Court Convention, ZZPInt 2019, 159 (167).

³⁶ <www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>.

³⁷ Die zeitliche Verzögerung in den USA soll lediglich Uneinigkeiten bei der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten und nicht grundsätzlichen Bedenken geschuldet sein; Antomo, NJW 2015, 2919.

³⁸ Putz, Erleichterungen für Gerichtsstandsvereinbarungen mit chinesischen Handelspartnern – Beitritt Chinas zum Haager Gerichtsstandsübereinkommen (HGÜ), IWRZ 2018, 166 ff..

E. Verhältnis des HGÜ zum LugÜ

I. Litispendenz

Im Bereich der Rechtshängigkeit geht Art. 27 Abs. 1 LugÜ vom Prinzip der zeitlichen Priorität aus. Dies gilt auch bei Vorliegen einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung, da Art. 23 LugÜ keinen Vorrang vor den Litispendenzregeln des LugÜ erheischt.³⁹ Diese Regelung ermöglicht es einer Partei, ein anderes vertragsstaatliches Gericht entgegen der Gerichtsstandsvereinbarung anzurufen und so das Verfahren vor dem gewählten Gericht, das mit hin als zweites Gericht befasst wurde, zu hintertreiben. Auf diese Weise kann eine Partei vor einem derogierten Gericht ihres Heimatstaates klagen, um sich die Vorteile eines prozessualen Heimspiels zu sichern. Eine ebenfalls verbreitete Prozesstaktik besteht in der Erhebung einer negativen Feststellungsklage („Torpedoklage“) vor einem besonders langsamen Gericht. Sie blockiert die gegenläufige Leistungsklage der anderen Partei sehr effektiv, wenn diese erst später erhoben wird. Der abredewidrig Klagende baut mit seinem Verhalten seine Verhandlungsposition massiv aus, wobei es ihm weniger um Anspruchsdurchsetzung als vielmehr um Blockade und die Erzwingung eines – im Zweifel ineffizienten – Vergleichs geht.⁴⁰ Letztlich führt die Regelung des LugÜ also zu Rechtsunsicherheit, da sich die Parteien nicht vollkommen auf die von ihnen abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung verlassen können.

Demgegenüber schliesst Art. 6 HGÜ Parallelverfahren grundsätzlich dadurch aus, dass – vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 6 lit. a-e HGÜ– die Gerichte in den anderen Vertragsstaaten das allfällige dortige Verfahren grundsätzlich auszusetzen bzw. die Klage abzuweisen haben (vgl. dazu bereits oben [D.IV.](#)). Mit diesem Konzept vertritt das Übereinkommen die Gegenposition zum LugÜ. Im Widerstreit zwischen dem Schutz vertraglicher Abreden und dem Grundsatz, dass jedes Gericht selbst ausschliesslich über seine Zuständigkeit entscheidet, räumt das HGÜ ersterem den Vorrang ein. Anders als unter dem LugÜ ist der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit hier also nicht mehr zulässig.⁴¹ Unter dem Aspekt des Schutzes von Gerichtsstandsvereinbarungen bedeutet die Litispendenzregelung den wohl bedeutendsten Vorteil des HGÜ gegenüber dem LugÜ.

³⁹ BSK LugÜ-Berger Art. 23 N 58.

⁴⁰ Mankowski, Ist eine vertragliche Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen möglich?, IPRax 2009, 23 (24).

⁴¹ Wagner, Das Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen, RabelsZ 2009, 119.

II. Abgrenzung

1. Regelung des HGÜ

Angesichts der konzeptionellen Unterschiede im Bereich der Litispendenzregeln kommt der Abgrenzung beider Instrumente durchaus praktische Bedeutung zu.⁴² Allerdings ist die Regelung des Übereinkommens schwer verständlich und kann daher Anlass zu Unklarheiten geben. Nach Art. 26 Abs. 2 HGÜ lässt das Übereinkommen „die Anwendung eines anderen Vertrags durch einen Vertragsstaat dieses Übereinkommens unberührt, sofern keine der Parteien ihren Aufenthalt in einem Vertragsstaat dieses Übereinkommens hat, der nicht Vertragspartei des anderen Vertrags ist“. In Bezug auf das LugÜ bedeutet dies, dass das HGÜ dem LugÜ grundsätzlich den Vorrang einräumt, wenn beide Parteien ihren Aufenthalt in einem LugÜ-Vertragsstaat haben. Gleiches gilt für den Fall, dass nur eine der Parteien ihren Aufenthalt in einem LugÜ-Staat hat, während sich die andere Partei in einem HGÜ-Drittstaat aufhält. Bei Unvereinbarkeit des HGÜ mit den sich aus dem LugÜ ergebenden Pflichten gegenüber anderen LugÜ-Staaten gibt Artikel 26 Absatz 3 HGÜ dem LugÜ als früherem Übereinkommen den Vorrang.⁴³

In Bezug auf die Anerkennung und Vollstreckung werden mögliche Konflikte zwischen den beiden Übereinkommen dadurch abgemildert, dass das HGÜ die Anwendung anderer Instrumente nicht berührt, wenn sie eine gleichwertige Anerkennung ermöglichen (Art. 26 Abs. 4 HGÜ). Das anerkennungsfreundliche LugÜ lässt sich also in den meisten Fällen auf die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen eines durch das LugÜ gebundenen Staates anwenden.⁴⁴

Insgesamt soll das HGÜ im Verhältnis zu anderen Verträgen (und damit auch zum LugÜ) so ausgelegt werden, dass es mit anderen für die Vertragsstaaten geltenden Verträgen vereinbar ist (Art. 26 Abs. 1 HGÜ). Dies kann bspw. als Hinweis darauf verstanden werden, dass der im HGÜ verwendete Begriff des Aufenthalts einer Partei möglichst in Harmonie mit dem im IPRG oder im LugÜ verwendeten Begriff des Wohnsitzes interpretiert werden soll.

⁴² Kreuzer/wagner/reder, in: Dausies/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts/Europäisches Internationales Zivilverfahrensrecht, München 2022 N 178.

⁴³ Botschaft (vgl. Fn. 3), 8.

⁴⁴ Botschaft (vgl. Fn. 3), 8.

2. Regelung des LugÜ

Spiegelbildlich zu Art. 26 HGÜ lässt das LugÜ internationale Übereinkünfte unberührt, denen die Vertragsparteien angehören und die für besondere Rechtsgebiete die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung oder die Vollstreckung von Entscheidungen regeln (Art. 67 Abs. 1 LugÜ). Diese Spezialübereinkommen sind gegenüber dem LugÜ vorrangig anzuwenden, soweit sie selber einen solchen Vorrang beanspruchen,⁴⁵ was im Hinblick auf Art. 26 Abs. 2 HGÜ zu bejahen wäre.

Die Zusammenschau der einschlägigen Bestimmungen des HGÜ und des LugÜ zeigt, dass positive Zuständigkeitskonflikte nicht ganz auszuschliessen sind. Dies betrifft v.a. den Fall, dass eine Partei ihren Aufenthalt in einem Staat hat, der beiden Übereinkommen angehört (z.B. inskünftig Schweiz), während sich die andere Partei in einem ausschliesslichen HGÜ-Staat aufhält (z.B. Singapur). Im Übrigen ist zu beachten, dass das HGÜ lediglich die Wahl eines vertragsstaatlichen Gerichts verlangt (Art. 5 Abs. 1 HGÜ), während das LugÜ zusätzlich den Wohnsitz einer Partei im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates fordert (Art. 23 Abs. 1 LugÜ).

III. Auslegung

Je einheitlicher ein internationales Übereinkommen in den Vertragsstaaten ausgelegt wird, desto grösser ist der Gewinn an Rechtssicherheit. Wegen seiner Einbindung in das supranationale ziviljustizielle System der EU mit dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) als zentraler Auslegungsinstanz verfügt das LugÜ insoweit über einen Vorteil, zu dem das rein völkerrechtlich konzipierte HGÜ keine Entsprechung aufweisen kann. Zentrales Element des LugÜ ist insoweit die in Art. 1 Protokoll 2 zum LugÜ enthaltene Verpflichtung der Gerichte, den in massgeblichen Entscheidungen der Gerichte anderer Vertragsstaaten oder des EuGH entwickelten Grundsätzen gebührend Rechnung zu tragen. Das schweizerische Bundesgericht legt diese Verpflichtung in ständiger Rechtsprechung dahingehend aus, dass der Jurisdiktion des EuGH grundsätzlich zu folgen ist, und zwar unabhängig davon, ob die europäische Rechtsprechung vor oder nach Inkrafttreten des LugÜ zum EuGVÜ oder zu den mit dem LugÜ inhaltlich übereinstimmenden Normen der Brüssel I-VO ergangen ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die europäische Rechtsprechung eindeutig an Zielen der EU orientiert ist, welche die Schweiz nicht mitträgt.⁴⁶

⁴⁵ BSK LugÜ-Oetiker/Weibel Art. 67 N 1.

⁴⁶ BGE 135 III 185 E. 3.2; 131 III 227 E. 3.1.

In Ermangelung eines „internationalen Zivilgerichtshofs“ sind die Bestimmungen des HGÜ allein durch die nationalen Gerichte der Vertragsstaaten auszulegen, was im Einzelfall zu unterschiedlichen Interpretationen führen kann. Grundsätzlich ist diese Gefahr jedoch nicht als sehr hoch zu veranschlagen, da v.a. die jahrzehntelangen Vorarbeiten der Haager Konferenz allgemein zu einem klareren Verständnis der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts beigetragen haben. Grössere Unsicherheiten bergen möglicherweise die im HGÜ verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe wie „offensichtliche Ungerechtigkeit“ (Art. 6 lit. c HGÜ) oder „aussergewöhnliche Gründe“ (Art. 6 lit. d HGÜ), die dem internationalen Zivilprozessrecht grundsätzlich fremd sind. Die Schöpfer des HGÜ waren sich dieser Problematik durchaus bewusst, weshalb bei der Auslegung des Übereinkommens seinem internationalen Charakter und der Notwendigkeit, seine einheitliche Anwendung zu fördern, Rechnung getragen werden soll (Art. 23 HGÜ).

Angesichts der bislang gering gebliebenen Anzahl an publizierten Entscheidungen zum HGÜ ist es sicherlich zu früh für ein fundiertes Urteil. Allerdings lässt das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus dem ziviljustiziellen System der EU und dessen gleichzeitiger Beitritt zum HGÜ einen Anstieg entsprechender Urteile erwarten. Insofern lässt ein irisches Urteil vom 15.6.2023 aufhorchen, in dem es um die Auslegung des oben erwähnten Begriffs „offensichtliche Ungerechtigkeit“ (Art. 6 lit. c HGÜ) geht. Das Gericht stellte insoweit fest, dass die Schwelle, die eine Partei erfüllen muss, um diese Ausnahme zu beanspruchen, hoch und schwer zu erreichen sei. Darüber hinaus bekräftigte es, dass die irischen Gerichte darauf bedacht sein, die Parteien an ihre Vereinbarungen zu binden und eine in solchen Vereinbarungen getroffene Gerichtsstandsvereinbarung nicht leichtfertig missachten würden.⁴⁷ Damit kann bereits auf eine erste Konkretisierung der als kritisch beurteilten unbestimmten Rechtsbegriffe der HGÜ zurückgegriffen werden. Auch wenn – anders als unter dem LugÜ – keine Verpflichtung zur Beachtung gerichtlicher Entscheide anderer Vertragsstaaten besteht, können Urteile wie dieses durch ihre innere Überzeugungskraft zu einem einheitlichen Verständnis des Übereinkommens beitragen. Dazu wäre es allerdings wichtig, inskünftig alle Entscheidungen zum HGÜ möglichst auf einer zentralen Plattform zugänglich zu machen.

⁴⁷ Compagnie de Bauxite et D'Alumine de Dian-Dian SA v GTLK Europe DAC [2023] IEHC 324.

F. Verhältnis des HGÜ zum IPRG

Mit Inkrafttreten des HGÜ für die Schweiz wird das IPRG im Bereich der Gerichtsstandsvereinbarung nur noch jene Fälle regeln, in denen ein Gericht eines Staates gewählt wird, der weder durch das HGÜ noch durch das LugÜ gebunden ist (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Gleiches gilt für Sachverhalte, die vom sachlichen Anwendungsbereich des HGÜ ausgeschlossen ist. In diesen Fällen ist Art. 5 Abs. 1 IPRG zu beachten. Danach können die Parteien für einen bestehenden oder für einen zukünftigen Rechtsstreit über vermögensrechtliche Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Die Vereinbarung kann schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht, erfolgen. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so ist das vereinbarte Gericht ausschliesslich zuständig. Obwohl die Bestimmung keine grundsätzlichen Widersprüche zum HGÜ aufweist, schlägt die Botschaft zur Genehmigung des HGÜ einige Änderungen vor, um den Wortlaut zu modernisieren und die innerstaatliche Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zu klären. Dabei sollen insbesondere die Verweise auf veraltete Technologien wie Telegramm, Telex und Telefax gestrichen werden.⁴⁸

Im Unterschied zum LugÜ reicht es nach dem jetzigen Art. 5 IPRG nicht aus, nur die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte zu vereinbaren. Es muss vielmehr auch die örtliche Zuständigkeit eines schweizerischen Gerichts ausdrücklich festgelegt werden. Dieser Frage widmet sich der vorgeschlagene Abs. 1^{bis} IPRG. Haben die Parteien lediglich vereinbart, dass der Gerichtsstand in der Schweiz liegt, so soll sich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte inskünftig nach den Bestimmungen des IPRG richten. Fehlt eine solche Bestimmung, ist das zuerst angerufene Gericht zuständig. Diese Änderung dient der Rechtssicherheit und verdient daher Zustimmung.

Ausserdem soll Art. 5 Abs. 3 IPRG aufgehoben werden. Diese Bestimmung erlaubt es einem Gericht, seine Zuständigkeit abzulehnen, wenn eine Partei keinen Wohnsitz, Aufenthalt oder Niederlassung im Kanton des vereinbarten Gerichts hat oder wenn auf den Streitgegenstand ausländisches Recht anzuwenden ist. Dies beeinträchtigt die Rechtssicherheit und wurde von den Gerichten praktisch nie angewendet.⁴⁹ Die vorgesehene Streichung dieser sachlich verfehlten und dem Geist des HGÜ widerstrebenden Regelung ist daher ebenfalls zu begrüssen.

⁴⁸ Botschaft (vgl. Fn. 3), 32.

⁴⁹ ZK IPRG-Müller-Chen Art. 5 N 128.

Zu bedauern ist nur, dass der Gesetzgeber nicht auch weitere Unstimmigkeiten zwischen den relevanten Rechtsquellen angesprochen hat. So stellt Art. 5 IPRG strengere Anforderungen an eine formwirksame Gerichtsstandsvereinbarung als das HGÜ oder das LugÜ. Im Gegensatz zu letzteren verlangt das IPRG „doppelte Schriftlichkeit“. Beide Parteien müssen mit ihrer handschriftlichen Originalunterschrift einer in Text abgefassten Gerichtsstandsvereinbarung zustimmen.⁵⁰ Die Abgabe in einem gemeinsamen Dokument ist dagegen nicht erforderlich.⁵¹ Weiterhin ist unter dem derzeitigen Art. 5 IPRG umstritten, nach welchem Recht sich das wirksame Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt.⁵² Insoweit hätte sich auch die Brüssel Ia-VO als Orientierungshilfe angeboten. Danach ist die materielle Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Recht des vereinbarten Mitgliedsstaates (*lex fori prorogati*) zu beurteilen (Art. 25 Abs. 1 S. 1. Brüssel Ia-VO).

G. Regelungskonzept des HAVÜ

I. Verhältnis zum HGÜ

Schliesslich darf bei einem Beitritt der Schweiz zum HGÜ auch die weitere Entwicklung des Internationalen Zivilprozessrechts im Rahmen des HAVÜ von 2019 nicht ausser Acht gelassen werden, sind doch beide Übereinkommen letztlich nur Teile eines übergreifenden Ansatzes. Inhaltlich baut das HAVÜ auf dem HGÜ auf.⁵³ Ausweislich der Präambel des HAVÜ sollen sich beide Übereinkommen ergänzen und zusammen eine einheitliche Regelung bilden. Dementsprechend nimmt das HAVÜ ausschliessliche Gerichtsstandsübereinkommen von seinem sachlichen Geltungsbereich aus (Art. 5 Ziff. 1 lit. m HAVÜ) und verweist insoweit auf das HGÜ. Dieses Konzept soll die Staaten motivieren, beide Übereinkommen quasi als „Paketlösung“ zu ratifizieren.

⁵⁰ BSK IPRG-Grolimund/Bachofner Art. 5 N 24.

⁵¹ BGE 119 II 394.

⁵² BSK IPRG-Grolimund/Bachofner Art. 5 N 39; ZK IPRG-Müller-Chen Art. 5 N 14 ff.

⁵³ Zum Ganzen: Jacobs, Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen vom 2. Juli 2019 - Eine systematische und rechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 2021; Stein, Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen 2019 - was lange währt, wird endlich gut?, IPRax 2020, 197 ff.; Teitz, Another Hague Judgments Convention? Bucking the Past to Provide for the Future, Duke Journal of Comparative & International Law 2019, 491, (493); Pocar, Brief Remarks on the Relationship between the Hague Judgments and Choice of Court Conventions, in: Pfeiffer/Brodec/Briza/Zavadišová (Hrsg.), Liber Amicorum Monika Pauknerová, Praha 2019, 345 ff.

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Das HAVÜ ist auf die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen anzuwenden (Art. 1 Abs. 1 HAVÜ). Trotz des grundsätzlichen Gleichlaufs mit der HGÜ weist das HAVÜ einige Besonderheiten hinsichtlich seines sachlichen Anwendungsbereichs auf. So werden einige vom HGÜ ausgenommene Materien wie das Deliktsrecht oder dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen vom HAVÜ erfasst. In den Bereichen des Wettbewerbsrechts oder der Meeresverschmutzung ist der Umfang des Ausschlusses eingeschränkt worden. Auf der anderen Seite sind einige Auschlussstatbestände, etwa im Urheberrecht, im Vergleich zum HGÜ ausgeweitet oder auch ganz neu geschaffen worden, letzteres etwa im Bereich der Persönlichkeitsrechte (Art. 2 HAVÜ).

III. Räumlicher Anwendungsbereich

Das HAVÜ steht allen Staaten zum Beitritt offen (Art. 24 Abs. 3 HAVÜ). Anders als das HGÜ enthält es jedoch einen Opt-out-Mechanismus hinsichtlich des Zustandekommens vertraglicher Beziehungen zwischen zwei Vertragsstaaten (Art. 29 HAVÜ). Hiernach entstehen Vertragsbeziehungen zwischen zwei Vertragsstaaten nur, wenn keiner der beiden beim Beitritt eine anderslautende Erklärung notifiziert hat. Hintergrund dieser Regelung war die – durchaus begründete – Befürchtung einiger Staaten, zur gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung im Verhältnis zu Staaten verpflichtet zu werden, bei denen grundlegende Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit ihres Justizsystems bestehen.⁵⁴

IV. Kernbestimmungen

Das HAVÜ basiert auf dem Prinzip, dass eine Entscheidung eines Gerichts des Ursprungsstaats in einem anderen Vertragsstaat grundsätzlich anerkannt und vollstreckt wird. Die Anerkennung oder Vollstreckung kann nur aus den im HAVÜ genannten Gründen versagt werden (Art. 4 Abs. 1 HAVÜ). Eine *révision au fond* darf nicht stattfinden, soweit dies nicht durch das Übereinkommen selbst, vornehmlich bei der Prüfung des Vorliegens eines Versagungsgrundes, geboten ist (Art. 4 Abs. 2 HAVÜ). Voraussetzung für die Anerkennung und Vollstreckung ist, dass die Entscheidung im Ursprungsstaat wirksam bzw. vollstreckbar ist (Art. 4 Abs. 3 HAVÜ).

⁵⁴ Stein, Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen 2019 – was lange währt, wird endlich gut?; IPRax 2020, 197.

Wie auch das IPRG enthält das HAVÜ eine umfangreiche Liste von Anerkennungszuständigkeiten, die sich grob in drei Gruppen einteilen lassen: So muss eine ausreichende Verknüpfung (1) zwischen dem Urteilsstaat und dem Beklagten (etwa am gewöhnlichen Aufenthaltsort als allgemeinem Gerichtsstand) oder (2) zwischen dem Urteilsstaat und dem Verfahrensgegenstand bestehen (etwa über den Erfüllungsort bei vertraglichen Verpflichtungen) oder (3) eine explizite oder implizite (etwa durch rügelose Einlassung begründete) Zustimmung des Beklagten zur Zuständigkeit des Ursprungsgerichts vorliegen (Art. 5 HAVÜ).⁵⁵ Im Anwendungsbereich des LugÜ verhindern demgegenüber die einheitlichen und abschliessenden Zuständigkeitsregeln, dass sich nationale Gerichte der Vertragsstaaten für zuständig erklären, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund vorliegt. Daher kann das LugÜ auf eine entsprechende Liste von Anerkennungszuständigkeiten verzichten.

Die Versagungsgründe des HAVÜ folgen im Wesentlichen den aus dem IPRG, dem LugÜ und der Brüssel Ia-VO bekannten Grundsätzen (Art. 7 HAVÜ). Eine Besonderheit besteht hier insoweit, als die Beurteilung einer Vorfrage nicht anerkannt oder vollstreckt wird, wenn sie eine Angelegenheit betrifft, auf die das Übereinkommen nicht anzuwenden ist (Art. 8 Abs. 1 HAVÜ). Angesichts der zahlreichen Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens könnte dieser Bestimmung durchaus praktische Bedeutung zukommen, etwa wenn der Schuldner vertraglicher Ansprüche geltend macht, der Gläubiger habe eine marktbeherrschende Stellung missbraucht oder bei einer Forderung aus Lizenzvertrag einwendet, das Patent sei nichtig.⁵⁶ Die Anerkennung oder Vollstreckung einer Entscheidung kann ausserdem versagt werden, soweit mit ihr Schadenersatz, einschliesslich exemplarischen Schadenersatzes oder Strafschadenersatzes, zugesprochen wird, der eine Partei nicht für einen tatsächlich erlittenen Schaden oder Nachteil entschädigt (Art. 10 HAVÜ).

V. Status per 1. September 2023

Das HAVÜ trat am 1.9.2023 zunächst für die EU (ohne Dänemark) und die Ukraine in Kraft. Als weiterer Vertragsstaat wird Uruguay per 1.10.2024 folgen. Unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert haben das Übereinkommen Costa Rica, Israel, Montenegro, Nordmazedonien, die Russische Föderation und die USA. Vor allem der Beitritt der Vereinigten Staaten wäre wichtig, damit das Potenzial des HAVÜ zur Entfaltung kommt. Daher bleiben die USA aufgerufen, die rechtlichen Hindernisse zu beseitigen, die immer noch dem Beitritt zum HGÜ im Wege stehen (vgl. oben [D.VIII](#)). In Zeiten steigender Multipolarisie-

⁵⁵ Stein, IPRax 2020, a.a.O.

⁵⁶ Stein, IPRax 2020, a.a.O.

rung und dem Aufstieg neuer Wirtschaftsnationen in Asien, Südamerika oder Afrika sollte das Augenmerk jedoch nicht ausschliesslich auf die USA gelegt werden. Das Vereinigte Königreich hat das Übereinkommen (noch) nicht unterzeichnet. Für diesen Staat bietet das HAVÜ – neben dem HGÜ – eine weitere Möglichkeit zur Stärkung seiner nach dem Brexit geschwächten Position im grenzüberschreitenden Handel.

H. Perspektiven aus Sicht der Schweiz

I. Beitritt zum HGÜ

Mit dem geplanten Beitritt zum HGÜ bekennt sich die Schweiz nicht nur zu dem sich herausbildenden multilateralen System des Internationalen Zivilprozessrechts, sondern stärkt auch den heimischen Wirtschaftsstandort. Ein Beitritt zum HGÜ würde das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz nicht grundlegend modifizieren, aber doch in einigen Punkten ergänzen und modernisieren. Insgesamt stellt das HGÜ – trotz einiger Schwächen und Risiken – einen wichtigen Fortschritt im Hinblick auf den effektiven Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen dar. Das Abkommen bedeutet einen Gewinn an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit im internationalen Wirtschaftsverkehr, da ein über den europäischen Rechtsraum hinausreichender staatsvertraglicher Rahmen im Bereich des Internationalen Zivilprozessrechts bislang weitgehend fehlt. Besonders im Verhältnis zum Vereinigten Königreich könnte das HGÜ die durch den Brexit entstandene Lücke wenigstens teilweise füllen.

II. Revision des LugÜ

Das HGÜ soll bestehende Instrumente des Internationalen Zivilprozessrechts nicht ersetzen. Die Schweiz ist daher gut beraten, auch weiterhin auf das bewährte LugÜ zu setzen und dessen Fortentwicklung – wo nötig – zu unterstützen, auch wenn die Relevanz dieses Übereinkommens international derzeit abzunehmen scheint. Dies muss jedoch nicht so bleiben, denn langfristig kann das LugÜ durchaus eine Perspektive im Rahmen einer engeren Kooperation weiterer Drittstaaten mit der EU eröffnen. Dazu muss es jedoch regelmässig aktualisiert und mit den korrespondierenden Rechtsakten auf europäischer und internationaler Ebene kompatibel gehalten werden.

Insoweit fällt der Blick v.a. auf die wenig zufriedenstellende Regelung der Litispendenz im LugÜ. Diese sollte inskünftig dem HGÜ folgen und dem Schutz von Gerichtsstandsvereinbarungen den Vorrang einräumen vor der Freiheit der Gerichte, über ihre Zuständigkeit selbst zu bestimmen. Eine Harmonisie-

zung mit dem HGÜ hätte darüber hinaus den Vorteil, dass sich damit *uno actu* eine entscheidende Inkohärenz zwischen dem LugÜ und der Brüssel Ia-VO beseitigen liesse, denn angesichts der berechtigten Kritik an der Rechtshängigkeitsregel orientierte sich bereits der europäische Reformgesetzgeber von 2012 am HGÜ.⁵⁷ Ziel der damaligen Revision war es, Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich weltweit nach einheitlichen Massstäben zu schützen.⁵⁸ Im Verhältnis zu den LugÜ-Staaten ist dieses Ziel nach wie vor nicht erreicht. Mit dem Beitritt der Schweiz zum HGÜ gewinnt folglich die bereits verschiedentlich geforderte Revision der Litipendenzregeln des LugÜ an Dringlichkeit,⁵⁹ da das Nebeneinander zweier sich widersprechender Regelungen jeder sachlichen Begründung entbehrt und allenfalls Anreize zu arbiträrem Verhalten setzt. Auch würden damit die o.g. Zuständigkeitskonflikte zwischen dem LugÜ und dem HGÜ entschärft, da dann beide Instrumente in der Sache zu ähnlichen Ergebnissen führen würden.

III. Revision des IPRG

Die beabsichtigte „sanfte“ Revision von Art. 5 IPRG ist sachlich zu begrüßen, da sie zu mehr Rechtssicherheit beiträgt und auf diese Weise dem Grundanliegen des HGÜ Rechnung trägt. Vor allem im Hinblick auf die formalen Anforderungen an die Gerichtsstandsvereinbarung bleibt das IPRG aber nach wie vor sowohl hinter dem HGÜ als auch hinter dem europäischen Recht zurück. Dies sollte im Rahmen künftiger Rechtsentwicklung mitberücksichtigt werden.

IV. Beitritt zu weiteren Instrumenten der Haager Konferenz

Im Hinblick auf den Beitritt der Schweiz zum HGÜ darf schliesslich nicht ausser Acht gelassen werden, dass dieses Übereinkommen quasi als „Eintrittskarte“ zu dem nach 100-jährigen Vorarbeiten langsam im Entstehen begriffenen „Haager Systems“ einer weltweiten gerichtlichen Zuständigkeits-, Anerkennungs- und Vollstreckungsordnung in Zivil- und Handelssachen dient. Die Schweiz mit ihrer offenen Wirtschaftsordnung kann von dieser Entwicklung nur profitieren. Daher sollte die Schweiz auch einen Beitritt zum HAVÜ von 2019 in Betracht ziehen, da sich beide Übereinkommen ergänzen und zusammen eine einheitliche „Paketlösung“ bilden. Darüber hinaus ist die Schweiz aufgerufen, sich im Rahmen der Haager Konferenz für eine baldige Verab-

⁵⁷ Trüten, Die Entwicklung des internationalen Privatrechts in der Europäischen Union, Bern 2015, 274 ff.

⁵⁸ Trüten, 277.

⁵⁹ Vgl. dazu etwa Keller, Rechtshängigkeit nach Lugano-Übereinkommen und schweizerischem IPRG, St. Gallen 2014, 299 ff.

scheidung des noch fehlenden Zuständigkeitsabkommens einsetzen und – ein akzeptables Ergebnis vorausgesetzt – auch einen Beitritt zu diesem Übereinkommen sorgfältig prüfen. Ob das langsam in Umrissen erkennbare „Haager System“ die hochgesteckten Erwartungen erfüllt, wird sich erst in einigen Jahren beurteilen lassen. Das dafür notwendige Potenzial ist jedenfalls vorhanden.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
09 | 2023

LEITARTIKEL:

Valentin Jentsch
Der Europäische Rechtsrahmen
zur Nachhaltigkeitsbericht-
erstattung von Unternehmen –
Ein Streifzug durch die CSRD
und die ESRS

Der Europäische Rechtsrahmen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen

Ein Streifzug durch die CSRD und die ESRS

Valentin Jentsch*

Inhalt

A.	Hintergrund und Aufgabenstellung	K 2
B.	Anwendungsbereich der Richtlinie	K 6
I.	Persönlicher Anwendungsbereich	K 6
II.	Sachlicher Anwendungsbereich	K 8
III.	Zeitlicher Anwendungsbereich	K 8
IV.	Räumlicher Anwendungsbereich	K 9
V.	Exkurs: Drittstaatenregelung	K 10
C.	Berichterstattung über Nachhaltigkeitsaspekte	K 10
I.	Gegenstand der Berichterstattung: doppelte Wesentlichkeit	K 11
II.	Inhalt und Umfang der Berichterstattung	K 12
III.	Bezugsobjekt der Berichterstattung	K 13
1.	Eigene Geschäftstätigkeit	K 13
2.	Wertschöpfungskette	K 14
IV.	Ort der Berichterstattung: (konsolidierter) Lagebericht	K 15
V.	Form der Berichterstattung: einheitliches elektronisches Berichtsformat	K 16
D.	Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung	K 16
I.	Europäische Standards	K 16
1.	Bereichsübergreifende Standards	K 17
2.	Themenbezogene Standards	K 19
a)	Umweltfaktoren	K 19
b)	Sozial- und Menschenrechtsfaktoren	K 20
c)	Governance-Faktoren	K 22
3.	Sektorspezifische Standards	K 22
II.	Standards für kleine und mittlere Unternehmen	K 22
III.	Standards für Drittlandunternehmen	K 23

* Prof. Dr. iur. Valentin Jentsch, LL.M. (Stanford), Rechtsanwalt. Tenure Track Assistant Professor of Corporate Law an der Universität St. Gallen, Research Affiliate am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen in München.

E.	Ausnahmen und Erleichterungen	K 23
I.	Ausnahmen	K 24
II.	Erleichterungen	K 24
F.	Befreiung: Konzernprivileg	K 25
G.	Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten	K 27
I.	Zulassungsverfahren und Registrierung	K 27
II.	Organisationsvorschriften	K 28
1.	Bestellung und Abberufung	K 28
2.	Arbeitsorganisation	K 29
3.	Organisationsstruktur	K 30
4.	Prüfungsausschuss	K 30
III.	Unvereinbarkeiten und Unregelmässigkeiten	K 31
IV.	Prüfungsstandards und Bestätigungsvermerk	K 32
1.	Standards für die Bestätigung der Berichterstattung	K 32
2.	Bestätigung der konsolidierten Berichterstattung	K 33
3.	Prüfungsvermerk zur Berichterstattung	K 33
V.	Untersuchungen und Sanktionen	K 34
VI.	Aufsicht und Anerkennungsverfahren	K 35
H.	Fazit und Ausblick	K 35

A. Hintergrund und Aufgabenstellung

Der Europäische Rechtsrahmen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen hat sich in den vergangenen 10–12 Jahren unter der Kommissionspräsidentschaft von José Manuel Barroso (Portugal) und Jean-Claude Juncker (Luxembourg) kontinuierlich herausgebildet und wurde von Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen (Deutschland) massgeblich weitentwickelt. Bereits in ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2011 hatte die Europäische Kommission festgestellt, dass die Transparenz der Sozial- und Umweltberichterstattung der Unternehmen aller Branchen in sämtlichen Mitgliedstaaten auf ein vergleichbares Niveau angehoben werden muss, und einen entsprechenden Gesetzgebungsvorschlag in Aussicht gestellt.¹ Der Regulierungsbedarf in diesem

¹ Mitteilung der Kommission vom 13. April 2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Binnenmarktakte: Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen – „Gemeinsam für neues Wachstum“*, COM (2011) 206 final, S. 16 ff. (Hebel: Soziales Unternehmertum).

Bereich wurde in einer weiteren Mitteilung aus demselben Jahr bekräftigt.² Zudem hatte das Europäische Parlament in mehreren Entschliessungen aus dem Jahr 2013 anerkannt, dass der Offenlegung von Informationen zur Nachhaltigkeit – wie etwa soziale und umweltbezogene Faktoren – durch Unternehmen eine grosse Bedeutung zukommt.³

Folge dieser Entwicklungen war die Verabschiedung der *Non-Financial Reporting Directive* (NFRD), womit bestimmte Unternehmen in der Europäischen Union in Form einer „nichtfinanziellen Erklärung“ im Lagebericht zur Veröffentlichung von Informationen zur Nachhaltigkeit ihrer Geschäftstätigkeit verpflichtet wurden.⁴ Der Richtlinienentwurf wurde am 16. April 2013 veröffentlicht, der finale Richtlinientext am 15. November 2014. Der Rechtsakt war in allen Mitgliedstaaten innerhalb von 18 Monaten in nationales Recht umzusetzen.⁵ Im Wesentlichen wurde damit die Bilanz-Richtlinie (2013/34/EU) erweitert, indem zwei neue Artikel über die nichtfinanzielle Erklärung (Art. 19a) und die konsolidierte nichtfinanzielle Erklärung (Art. 29a) eingefügt wurden. Die Europäische Kommission hatte zudem am 5. Juli 2017 – statt, wie eigentlich vorgesehen, bis zum 6. Dezember 2016 – unverbindliche Leitlinien zur Methode der Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen (einschliesslich allgemeiner und sektorspezifischer nichtfinanzieller Leistungs-

² Mitteilung der Kommission vom 25. Oktober 2011 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung von Unternehmen (CSR)*, COM (2011) 681 final, S. 14 f. (Verbesserung der Offenlegung von sozialen und ökologischen Informationen durch Unternehmen).

³ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 6. Februar 2013, *Soziale Verantwortung der Unternehmen: Rechenschaftspflichtiges, transparentes und verantwortungsvolles Geschäftsgebaren und nachhaltiges Wachstum*, ABl. C 24 vom 22. Januar 2016, S. 28 ff.; Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 6. Februar 2013, *Soziale Verantwortung der Unternehmen: Förderung der Interessen der Gesellschaft und ein Weg zu einem nachhaltigen und integrativen Wiederaufschwung*, ABl. C 24 vom 22. Januar 2016, S. 33 ff.

⁴ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte grosse Unternehmen und Gruppen, ABl. L 330 vom 15. November 2014, S. 1 ff.

⁵ Deutschland: Gesetz vom 11. April 2017 zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), BGBl. 2017, Teil I, Nr. 20. Österreich: Bundesgesetz vom 17. Januar 2017, mit dem zur Verbesserung der Nachhaltigkeits- und Diversitätsberichterstattung das Unternehmensgesetzbuch, das Aktiengesetz und das GmbH-Gesetz geändert werden (Nachhaltigkeits- und Diversitätsverbesserungsgesetz), BGBl. 2017, Teil I, Nr. 20.

diktoren) verfasst und veröffentlicht.⁶ In einer weiteren Mitteilung aus dem Jahr 2019 hatte die Kommission ausserdem die Vorteile hervorgehoben, die eine Berichterstattung über klimabezogene Informationen für Unternehmen mit sich bringen kann.⁷

Ein zusätzlicher Regulierungsschub folgte aus dem Aktionsplan der Europäischen Kommission über die „Finanzierung nachhaltigen Wachstums“ aus dem Jahr 2018.⁸ Dieser Aktionsplan zielte im Kern auf die Etablierung eines „nachhaltigen Finanzwesens“ ab, bezog sich aber auch auf die Rechnungslegung von Unternehmen. Im Jahr 2019 wurde dieser Ansatz von der Kommission in den europäischen „Grünen Deal“ (*Green Deal*) überführt. Unter dem Gesichtspunkt, dass der Privatsektor bei der Finanzierung der grünen Wende eine Schlüsselrolle spielen soll, hatte die Kommission schon früh eine neue Strategie für ein nachhaltiges Finanzwesen und eine Überprüfung der Richtlinie über die Angabe nichtfinanzieller Informationen (NFRD) angekündigt.⁹ Wolfgang Schön hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, dass sämtliche aktuellen Rechtsakte der Europäischen Union auf dem Gebiet der kapitalmarktbezogenen Berichterstattung darauf ausgerichtet sind, „dem Ziel der Lenkung von Finanzströmen zugunsten der Bewältigung des Klimawandels und anderer Umweltgefahren zu dienen“.¹⁰ Vor diesem Hintergrund sind auch die hier interessierenden Harmonisierungsinstrumente einzuordnen.

Der Startschuss zur *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) erfolgte am 21. April 2021 mit der Veröffentlichung des Richtlinienentwurfs, womit die Bilanz-Richtlinie (2013/34/EU), die Transparenz-Richtlinie (2004/109/EG), die Abschlussprüfungs-Richtlinie (2006/43/EG) und die Abschluss-

⁶ Mitteilung der Kommission, *Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen (Methode zur Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen)*, ABl. C 215 vom 5. Juli 2017, S. 1 ff. Siehe auch Art. 2 NFRD.

⁷ Mitteilung der Kommission, *Leitlinien für die Berichterstattung über nichtfinanzielle Informationen: Nachtrag zur klimabezogenen Berichterstattung*, ABl. C 209 vom 20. Juni 2019, S. 1 ff.

⁸ Mitteilung der Kommission vom 8. März 2018 an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums*, COM (2018) 97 final, S. 12 f. (Offenlegung und Rechnungslegung).

⁹ Mitteilung der Kommission vom 11. Dezember 2019 an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Der europäische Grüne Deal*, COM (2019) 640 final, S. 20 f.

¹⁰ Wolfgang Schön, „Nachhaltigkeit“ in der Unternehmensberichterstattung, *ZfPW* 2022, 207, S. 212 f.

prüfungs-Verordnung (EU/537/2014) geändert werden sollten.¹¹ Am 22. Juni 2022 haben das Europäische Parlament und der Rat eine politische Einigung über die Richtlinie erzielt und am 16. Dezember 2022 wurde die Richtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.¹² Die Mitgliedstaaten müssen die Richtlinie innerhalb von 18 Monaten, also bis zum 6. Juli 2024, in nationales Recht umsetzen. Ausserdem hat die *European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG) im Sommer 2022 die ersten Entwürfe der europäischen Standards zur Nachhaltigkeitsberichterstattung veröffentlicht und am 23. November 2022 aktualisierte Entwürfe publiziert, in denen die vorgesehenen Offenlegungspflichten und Datenpunkte gegenüber den ersten Entwürfen erheblich reduziert wurden.¹³ Die Europäische Kommission hat die *European Sustainability Reporting Standards* (ESRS) am 31. Juli 2023 angenommen, diese sollen im vierten Quartal 2023 in Form einer delegierten Verordnung veröffentlicht werden.¹⁴

Die Aufgabenstellung dieses Leitartikels besteht darin, die aktuellen Entwicklungen aus Europa im Bereich der Nachhaltigkeitsberichterstattung nachzuzeichnen, indem der Regelungsinhalt der CSRD und der ESRS überblicksartig dargestellt wird und ausgewählte damit verbundene Rechtsfragen problembezogen diskutiert werden. Im Leitartikel werden in konzeptioneller Hinsicht der Anwendungsbereich der Richtlinie, Ausnahmen und Erleichterungen und das Konzernprivileg thematisiert. Zudem werden in inhaltlicher Hinsicht die Berichterstattung über Nachhaltigkeitsaspekte, Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung und die Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten im Leitartikel behandelt. Ein Fazit mit Ausblick rundet den Leitartikel ab.

¹¹ Vorschlag vom 21. April 2021 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2013/34/EU, 2004/109/EG und 2006/43/EG und der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, COM (2021) 189 final.

¹² Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl. L 322 vom 16. Dezember 2022, S. 15 ff.

¹³ European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), *First Set of draft ESRS*, vgl. <<https://www.efrag.org/lab6>>.

¹⁴ Europäische Kommission, *Implementing and delegated acts - CSRD*, vgl. <https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/financial-services-legislation/implementing-and-delegated-acts/corporate-sustainability-reporting-directive_en>.

B. Anwendungsbereich der Richtlinie

Unter der NFRD zur Aufnahme einer (konsolidierten) nichtfinanziellen Erklärung im (konsolidierten) Lagebericht verpflichtet waren grosse Unternehmen (Mutterunternehmen einer grossen Gruppe), die Unternehmen von öffentlichem Interesse sind und am Bilanzstichtag das Kriterium erfüllen, im Durchschnitt des Geschäftsjahrs (auf konsolidierter Basis) mehr als 500 Mitarbeitende zu beschäftigen.¹⁵ Mit der CSRD wurde die nichtfinanzielle Berichterstattungspflicht in mehrfacher Hinsicht – persönlich, sachlich, zeitlich und räumlich – erheblich ausgeweitet.

I. Persönlicher Anwendungsbereich

Vom persönlichen Anwendungsbereich der CSRD erfasst werden grosse Unternehmen und grosse Gruppen sowie kleine und mittlere Unternehmen – vorbehaltlich Kleinstunternehmen – mit Gesellschaftsstatut und Handelszulassung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union.¹⁶ Kleinstunternehmen sind vom persönlichen Anwendungsbereich ausgenommen.¹⁷ Der persönliche Anwendungsbereich bestimmt sich dabei teils rechtsformabhängig (Kapitalgesellschaften) und teils rechtsformunabhängig (Versicherungsunternehmen und Kreditinstitute).¹⁸ Ausserdem fallen auch Drittlandunternehmen in den Anwendungsbereich der CSRD.¹⁹

¹⁵ Art. 19a Abs. 1 und Art. 29a Abs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. NFRD.

¹⁶ Art. 19a Abs. 1 und Art. 29a Abs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD i.V.m. Art. 2 Nr. 1 Bst. a RL 2013/34/EU. Siehe hierzu etwa Georg Lanfermann/Josef Baumüller, Die Endfassung der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD): Darstellung und Würdigung der neuen Anforderungen an die Nachhaltigkeitsberichterstattung europäischer Unternehmen, DB 2022, 2745, S. 2746 f.; Josef Baumüller, Die Endfassung der Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD): Neue Berichtspflichten in der EU und ihre Folgen für schweizerische Unternehmen, EF 2022, 562, S. 562 f.; Sean Needham/Lina Warnke/Stefan Müller, Grünes Licht für die *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD): Ein Überblick über die finalisierten Regelungen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung, IRZ 2023, 41, S. 42 f.; Georg Lanfermann/Josef Baumüller, Der Anwendungsbereich der *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD): Detailregelungen und Zweifelsfragen, IRZ 2023, 89, S. 90 f.

¹⁷ Siehe hinten [E.I \(Ausnahmen\)](#).

¹⁸ Art. 1 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Anhang I und Bst. b i.V.m. Anhang II RL 2013/34/EU (Kapitalgesellschaften); Art. 1 Abs. 3 Bst. a (Versicherungsunternehmen) und Bst. b (Kreditinstitute) RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

¹⁹ Art. 40a Abs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD i.V.m. Art. 2 Nr. 1 Bst. a RL 2013/34/EU. Siehe auch ErwGr. 20 CSRD. Siehe hinten [B.IV \(räumlicher Anwendungsbereich\)](#) und [B.V \(Drittstaatenregelung\)](#).

Für die erwähnten Kategorien von Unternehmen und Gruppen finden sich technische Legaldefinitionen in der Bilanz-Richtlinie (2013/34/EU), die weitgehend selbsterklärend und eigentlich unproblematisch sind. Als „grosse Unternehmen“ und „grosse Gruppen“ gelten Unternehmen oder Gruppen, die aus Mutter- und Tochterunternehmen bestehen, welche in eine Konsolidierung einzubeziehen sind, die (auf konsolidierter Basis) am Bilanzstichtag (des Mutterunternehmens) von drei Grössenmerkmalen – EUR 20 Mio. (Bilanzsumme), EUR 40 Mio. (Nettoumsatzerlöse), 250 (durchschnittliche Beschäftigtenzahl während Geschäftsjahr) – mindestens zwei überschreiten.²⁰ Unternehmen, die am Bilanzstichtag mindestens zwei dieser drei Grössenmerkmale nicht überschreiten und dabei weder als kleine Unternehmen noch als Kleinstunternehmen qualifizieren, gelten als „mittlere Unternehmen“.²¹ Unternehmen, die am Bilanzstichtag mindestens zwei von drei Grössenmerkmalen – EUR 4 Mio. bis maximal EUR 6 Mio. (Bilanzsumme), EUR 8 Mio. bis maximal EUR 12 Mio. (Nettoumsatzerlöse), 50 (durchschnittliche Beschäftigtenzahl während Geschäftsjahr) – nicht überschreiten, sind „kleine Unternehmen“.²² „Kleinstunternehmen“ fallen ebenfalls unter den bilanzrechtlichen Begriff der kleinen Unternehmen, wobei am Bilanzstichtag mindestens zwei von drei Grössenmerkmalen – EUR 350 000 (Bilanzsumme), EUR 700 000 (Nettoumsatzerlöse), 10 (durchschnittliche Beschäftigtenzahl während Geschäftsjahr) – nicht überschritten werden dürfen.²³

Nicht mehr allein gestützt auf den Wortlaut der Bilanz-Richtlinie (2013/34/EU) erklären lässt sich insbesondere die Rechtsfrage, ob sich das Erfordernis einer Handelszulassung nur auf kleine und mittlere Unternehmen oder auch auf grosse Unternehmen bezieht.²⁴ Aus den Erwägungsgründen der CSRD lässt sich allerdings ablesen, dass grosse Unternehmen berichterstattungspflichtig sind, unabhängig davon, ob deren Wertpapiere auf einem geregelten Markt in der Europäischen Union zugelassen sind oder nicht.²⁵ Damit beschränkt sich dieses Erfordernis auf kleine und mittlere Unternehmen.

Zusätzlicher Interpretationsbedarf zeigt sich im Hinblick auf die Rechtsform der berichterstattungspflichtigen Unternehmen. Diesbezüglich gilt es festzu-

²⁰ Art. 3 Abs. 4 (grosse Unternehmen) und Abs. 7 (grosse Gruppen) RL 2013/34/EU.

²¹ Art. 3 Abs. 3 RL 2013/34/EU.

²² Art. 3 Abs. 2 RL 2013/34/EU.

²³ Art. 3 Abs. 1 RL 2013/34/EU.

²⁴ Vgl. Art. 19a Abs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe auch Art. 1 Abs. 3 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

²⁵ Weiterführend ErwGr. 18 CSRD, wonach entsprechend der Anforderung dieser Änderungsrichtlinie auch grosse Unternehmen ohne Handelszulassung Informationen zu Nachhaltigkeitsaspekten offenlegen sollen.

halten, dass grundsätzlich nur Kapitalgesellschaften unter den persönlichen Anwendungsbereich der im Rahmen der Bilanz-Richtlinie (2013/34/EU) vorgeschriebenen Koordinierungsmassnahmen fallen.²⁶ In Deutschland sind dies etwa die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Österreich die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Überdies fallen in Deutschland und in Österreich auch die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft unter diese Koordinierungsmassnahmen, sofern deren Gesellschafter nur beschränkt haftbar sein sollten. Für Versicherungsunternehmen und Kreditinstitute gelten die vorgeschriebenen Koordinierungsmassnahmen aber ausnahmsweise unabhängig von der jeweiligen Rechtsform.²⁷

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der CSRD beinhaltet im Kern eine (konsolidierte) Nachhaltigkeitsberichterstattung, die im (konsolidierten) Lagebericht zu verorten ist.²⁸ Der Gegenstand, Inhalt und Umfang, das Bezugsobjekt, der Ort und die Form der Berichterstattung werden andernorts vertieft.²⁹

III. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind in der Pflicht, die CSRD bis zum 6. Juli 2024 in nationales Recht umzusetzen.³⁰ In zeitlicher Hinsicht ist der Anwendungsbereich der CSRD gestaffelt.³¹

Eine erste Gruppe von Normadressaten bilden Unternehmen von öffentlichem Interesse mit mehr als 500 Mitarbeitenden. Im bilanzrechtlichen Sinn grosse Unternehmen und Mutterunternehmen grosser Gruppen, die als Unternehmen von öffentlichem Interesse gelten und am Bilanzstichtag (auf konsolidierter Basis) die durchschnittliche Zahl von 500 Beschäftigten während des Geschäftsjahrs überschreiten, müssen die Vorschriften bereits auf die am oder nach dem 1. Januar 2024 beginnenden Geschäftsjahre anwenden.³² Dabei

²⁶ Art. 1 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Anhang I und Bst. b i.V.m. Anhang II RL 2013/34/EU (Kapitalgesellschaften).

²⁷ Art. 1 Abs. 3 Bst. a (Versicherungsunternehmen) und Bst. b (Kreditinstitute) RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

²⁸ Art. 19a Abs. 1 und Art. 29a Abs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

²⁹ Siehe hinten [C.I \(Gegenstand\)](#), [C.II \(Inhalt und Umfang\)](#), [C.III \(Bezugsobjekt\)](#), [C.IV \(Ort\)](#) und [C.V \(Form\)](#).

³⁰ Art. 5 Abs. 1 CSRD.

³¹ Art. 5 Abs. 2 CSRD. Siehe hierzu etwa Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 2748 f.

³² Art. 5 Abs. 2 Bst. a CSRD.

handelt es sich um börsenkotierte Kapitalgesellschaften, Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen sowie allenfalls weitere von den Mitgliedstaaten als Unternehmen von öffentlichem Interesse bestimmte grosse Unternehmen und grosse Gruppen.³³ Dieser Kreis an Normadressaten entspricht den schon unter der NFRD berichterstattungspflichtigen Unternehmen.

Eine zweite Gruppen von Normadressaten sind alle anderen grossen Unternehmen und Mutterunternehmen grosser Gruppen, die unter der NFRD noch nicht berichterstattungspflichtig waren, also Unternehmen mit Handelszulassung und einem Personalbestand zwischen 250 und 500 Mitarbeitenden sowie Unternehmen ohne Handelszulassung mit mehr als 500 Mitarbeitenden. Diese Unternehmen müssen die Vorschriften erst auf die am oder nach dem 1. Januar 2025 beginnenden Geschäftsjahre anwenden.³⁴

Eine dritte Gruppe von Normadressaten umfassen kleine und mittlere Unternehmen mit Handelszulassung, kleine und nicht komplexe Kreditinstitute und firmeneigene Versicherungsunternehmen. Diese Unternehmen und Institute müssen die Vorschriften grundsätzlich erst auf die am oder nach dem 1. Januar 2026 beginnenden Geschäftsjahre anwenden.³⁵ Ausnahmeweise können diese Unternehmen und Institute einen Aufschub der Nachhaltigkeitsberichterstattung bis auf die am oder nach dem 1. Januar 2028 beginnenden Geschäftsjahre beanspruchen.³⁶

IV. Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich beinhaltet vorwiegend Unternehmen mit Gesellschaftsstatut in der Europäischen Union, erstreckt sich aber auch auf Drittlandunternehmen und andere Unternehmen in Drittländern. Insofern entfaltet die CSRD extraterritoriale Wirkung.

Unmittelbar bezieht sich die CSRD auf Unternehmen mit Gesellschaftsstatut in der Europäischen Union und auf Drittlandunternehmen. Als Drittlandunternehmen gelten einerseits grosse Tochterunternehmen sowie kleine und mittlere Tochterunternehmen – vorbehaltlich Kleinstunternehmen – mit Gesellschaftsstatut und Handelszulassung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, sofern das Drittlandunternehmen auf konsolidierter Ebene oder auf Gruppenebene in den beiden letzten aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren Nettoumsatzerlöse von mehr als EUR 150 Mio. in der Europäischen Union

³³ Art. 2 Nr. 1 RL 2013/34/EU.

³⁴ Art. 5 Abs. 2 Bst. b CSRD.

³⁵ Art. 5 Abs. 2 Bst. c CSRD.

³⁶ Art. 19a Abs. 7 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe hinten [E.I \(Ausnahmen\)](#).

erzielt hat.³⁷ Andererseits gelten als Drittlandunternehmen auch Zweigniederlassungen, die im vorangegangenen Geschäftsjahr Nettoumsatzerlöse von mehr als EUR 40 Mio. erzielt haben.³⁸

Mittelbar bezieht sich die CSRD auch auf Unternehmen in Drittländern, die entweder Abnehmer oder Zulieferer von berichterstattungspflichtigen Unternehmen sind.³⁹

V. Exkurs: Drittstaatenregelung

Das Subjekt der Berichterstattung sind im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats der Europäischen Union niedergelassene Tochterunternehmen, deren oberste Mutterunternehmen dem Recht eines Drittlands unterstehen.⁴⁰ Unter bestimmten Voraussetzungen gelten auch Zweigniederlassungen als Berichtsubjekte.⁴¹ Diese Nachhaltigkeitsberichte sind in reduzierter Form zu erstellen.⁴²

Die von den Tochterunternehmen oder Zweigniederlassungen übermittelten Nachhaltigkeitsberichte sind im Einklang mit den angenommenen Standards zu erstellen.⁴³ Die Verantwortlichkeit für die Erstellung, Offenlegung und Zugänglichmachung der Nachhaltigkeitsberichte betreffend Drittlandunternehmen wird in der CSRD näher geregelt.⁴⁴ Ebenfalls näher geregelt wird die Offenlegung der Nachhaltigkeitsberichte betreffend Drittlandunternehmen.⁴⁵

C. Berichterstattung über Nachhaltigkeitsaspekte

Mit der CSRD wird eine erweiterte und vereinheitlichte Berichterstattungspflicht begründet. Die in den Anwendungsbereich der CSRD fallenden Unternehmen müssen künftig umfassender und nach einheitlicheren Massstäben über Nachhaltigkeitsaspekte berichten.⁴⁶ Durch eine vermehrte Quan-

³⁷ Art. 40a Abs. 1 UAbs. 1 und UAbs. 2 sowie UAbs. 5 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

³⁸ Art. 40a Abs. 1 UAbs. 3 und UAbs. 4 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

³⁹ So schon Valentin Jentsch, Nachhaltigkeitsberichterstattung: Empirie, Ökonomie, Recht, ZSR 2023 I, 511, S. 530 f. Siehe auch Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 94 f.

⁴⁰ Vgl. dazu etwa Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 2747 f.; Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 93 f.; Jentsch (FN 39), S. 530.

⁴¹ Siehe vorne [B.IV \(räumlicher Anwendungsbereich\)](#). Präzisierend Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 93 f., die zwei Konstellationen – „an einem geregelten Markt in der EU notieren“, „substanziellen Ausmass Wirtschaftsaktivitäten in der EU entfaltet“ – unterscheiden.

⁴² Art. 40a Abs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁴³ Art. 40a Abs. 2 i.V.m. Art. 40b RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁴⁴ Art. 40c RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁴⁵ Art. 40a Abs. 3 und Abs. 4 i.V.m. Art. 40d RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁴⁶ Vgl. dazu etwa Baumüller (FN 16), S. 564.

tifizierung der Berichtsinhalte durch nachhaltigkeitsbezogene Kennzahlen soll zudem die Messbarkeit und Vergleichbarkeit der Angaben verbessert werden. In diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung sind Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung.⁴⁷

I. Gegenstand der Berichterstattung: doppelte Wesentlichkeit

Gegenstand der Nachhaltigkeitsberichterstattung bilden zahlreiche Aspekte aus den Bereichen Umwelt, Soziales (einschliesslich Menschenrechte) und Governance. Ob ein bestimmter Nachhaltigkeitsaspekt berichterstattungspflichtig ist oder nicht, beurteilt sich nach dem Konzept der doppelten Wesentlichkeit.⁴⁸ Nach der Formulierung im Richtlinienentwurf umfasst dieses Konzept einerseits Angaben, die für das Verständnis der Auswirkungen der Tätigkeiten des Unternehmens oder der Gruppe auf Nachhaltigkeitsaspekte erforderlich sind (*impact materiality*), und andererseits Angaben, die für das Verständnis der Auswirkungen von Nachhaltigkeitsaspekten auf den Geschäftsverlauf, das Geschäftsergebnis und die Lage des Unternehmens oder der Gruppe erforderlich sind (*financial materiality*).⁴⁹ In den Erwägungsgründen wird dabei klargestellt, dass Unternehmen jeden Wesentlichkeitsaspekt eigenständig zu betrachten haben und sowohl Informationen, die nach beiden Aspekten wesentlich sind, als auch Informationen, die nur nach einem Aspekt wesentlich sind, offenlegen sollten.⁵⁰ Der Ausdruck „Nachhaltigkeitsaspekte“ bezeichnet dabei Umwelt- (*environmental*), Sozial- und Menschenrechtsfaktoren (*social*) sowie Governance-Faktoren (*governance*), einschliesslich der „Nachhaltigkeitsfaktoren“ gemäss Offenlegungs-Verordnung (VO [EU] 2019/2088), also Umwelt-, Sozial- und Arbeitnehmerbelange, die Achtung der Menschenrechte und die Bekämpfung von Korruption und Bestechung.⁵¹ Entscheidend ist somit die Rechtsfrage, ab wann eine nachhaltigkeitsbezogene Information als wesentlich einzustufen und demnach im Lagebericht offenzulegen ist.

⁴⁷ Siehe hinten [D. \(Standards\)](#).

⁴⁸ Im Überblick Jentsch (FN 39), S. 531 f. Im Einzelnen Jens Freiberg/Carmen Auer, *Impact, Financial und Double Materiality – die neuen Wesentlichkeitskonzepte für die (Finanz-) Berichterstattung*, BB 2022, 1194; Mark Uschkurat/Konstantin Säuberlich/Stefanie Jordan, *Wesentlichkeitsüberlegungen in der Umsetzung der Berichterstattungspflichten der EU-Taxonomie*, BB 2023, 1002; Thomas Wunder, *Wesentlichkeitsanalyse nach CSRD: Sowohl den Impact auf die Umwelt als auch die Geschäftsentwicklung bewerten*, zfo 2023, 113.

⁴⁹ Art. 19a Abs. 1 und Art. 29a Abs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁵⁰ ErwGr. 29 CSRD, mit der Klarstellung, „dass Unternehmen jeden Wesentlichkeitsaspekt eigenständig betrachten und sowohl Informationen, die nach beiden Aspekten wesentlich sind, als auch Informationen offenlegen sollten, die nur nach einem Aspekt wesentlich sind“.

⁵¹ Art. 2 Nr. 17 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD i.V.m. Art. 2 Nr. 24 VO (EU) 2019/2088.

In verfahrensmässiger Hinsicht gilt es überdies zu beachten, dass die Unternehmensleitung insbesondere auch die Arbeitnehmervertreter miteinbeziehen muss.⁵² Diese Einbindung umfasst namentlich eine Unterrichtung und gemeinsame Erörterung der einschlägigen Informationen und Mittel zur Einholung und Überprüfung von Nachhaltigkeitsinformationen. Die Stellungnahme der Arbeitnehmervertreter ist dabei gegebenenfalls den zuständigen Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorganen mitzuteilen.

II. Inhalt und Umfang der Berichterstattung

Der Inhalt und der Umfang der Nachhaltigkeitsberichterstattung werden in der CSRD detailliert geregelt, auf Stufe Einzelunternehmen wie auch unter konsolidierter Betrachtungsweise.⁵³ Die Unternehmen und Gruppen müssen über das Verfahren der Ermittlung der in den (konsolidierten) Lagebericht aufgenommenen Informationen Rechenschaft ablegen.⁵⁴ Die nachfolgend dargestellten Nachhaltigkeitsinformationen umfassen gegebenenfalls Informationen über kurz-, mittel- und langfristige Zeiträume.⁵⁵

Die Nachhaltigkeitsinformationen umfassen eine kurze Beschreibung des Geschäftsmodells und der Strategie des Unternehmens oder der Gruppe. Diese Beschreibung beinhaltet namentlich Angaben zur Widerstandsfähigkeit des Geschäftsmodells und der Strategie gegenüber nachhaltigkeitsbezogenen Risiken sowie Chancen des Unternehmens oder der Gruppe im Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsaspekten. Darüber hinaus beinhaltet diese Beschreibung Angaben zur Art und Weise, wie das Unternehmen oder die Gruppe beabsichtigt, sicherzustellen, dass Geschäftsmodell und Strategie mit dem Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft und der Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5°C und dem Ziel der Verwirklichung der Klimaneutralität bis 2050 vereinbar sind; wie das Unternehmen oder die Gruppe den Belangen der Interessenträger und den Auswirkungen der Tätigkeit auf Nachhaltigkeitsaspekte in Geschäftsmodell und Strategie Rechnung tragen; und wie die Strategie des Unternehmens oder der Gruppe im Hinblick auf Nachhaltigkeitsaspekte umgesetzt wird.

Ebenfalls offenzulegen ist eine Beschreibung der zeitgebundenen Nachhaltigkeitsziele, die sich das Unternehmen oder die Gruppe gesetzt hat. Zudem ist eine Beschreibung der Unternehmenspolitik hinsichtlich Nachhaltigkeit of-

⁵² Art. 19a Abs. 5 und Art. 29a Abs. 6 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁵³ Vgl. dazu etwa Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 2749 f.; Needham/Warnke/Müller (FN 16), S. 43 f.

⁵⁴ Art. 19a Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 und Art. 29a Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁵⁵ Art. 19a Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 und Art. 29a Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

fenzulegen. Ausserdem offenlegungspflichtig ist die Beschreibung der wichtigsten Risiken, denen das Unternehmen im Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsaspekten ausgesetzt ist.

Weiter bedarf es einer Beschreibung der Rolle der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane im Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsaspekten. Überdies sind Angaben zu machen über das Vorhandensein von Anreizsystemen für die Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane, die mit Nachhaltigkeitsaspekten verknüpft sind.

Eine Beschreibung des Due-Diligence-Prozesses im Hinblick auf Nachhaltigkeitsaspekte, die damit verknüpften, negativen Auswirkungen sowie die Massnahmen des Unternehmens oder der Gruppe zur Verhinderung, Minderung, Behebung oder Beendigung dieser negativen Auswirkungen muss auch offengelegt werden.

In den (konsolidierten) Lagebericht aufzunehmen sind schliesslich die Indikatoren, welche für die soeben erläuterten Offenlegungen relevant sind.

Bei der konsolidierten Nachhaltigkeitsberichterstattung gilt es besonders zu berücksichtigen, dass innerhalb der Gruppe unter Umständen erhebliche Unterschiede im Risikoprofil der einzelnen Tochtergesellschaften bestehen können, so dass das Mutterunternehmen gegebenenfalls ein hinreichendes Verständnis der Risiken für das Tochterunternehmen und die Auswirkungen des Tochterunternehmens vermitteln muss.⁵⁶ Die Unternehmen geben zudem an, welche in die Konsolidierung einbezogenen Tochterunternehmen von der jährlichen oder konsolidierten Nachhaltigkeitsberichterstattung befreit sind.⁵⁷

III. Bezugsobjekt der Berichterstattung

Das Bezugsobjekt der Nachhaltigkeitsberichterstattung ist einerseits die eigene Geschäftstätigkeit des Unternehmens oder der Gruppe und andererseits die gesamte Wertschöpfungskette.

1. Eigene Geschäftstätigkeit

Die soeben spezifizierten Informationen umfassen Angaben zur eigenen Geschäftstätigkeit des Unternehmens oder der Gruppe.⁵⁸ Gegebenenfalls umfassen die erforderlichen Angaben auch Verweise auf andere im (konsolidierten) Lagebericht aufgenommene Angaben und zusätzliche Erläuterungen diesbe-

⁵⁶ Art. 29a Abs. 4 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁵⁷ Art. 29a Abs. 4 UAbs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁵⁸ Art. 19a Abs. 3 UAbs. 1 und Art. 29a Abs. 3 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

züglich sowie auf die im Jahresabschluss des Unternehmens oder im konsolidierten Abschluss der Gruppe ausgewiesenen Beträge.⁵⁹ Die CSRD sieht in diesem Zusammenhang eine (inhaltsbezogene) Ausnahme und eine Befreiungsmöglichkeit vor.

Ausnahmsweise weglassen kann das Unternehmen oder die Gruppe Informationen über künftige Entwicklungen oder Belange, über die Verhandlungen geführt werden.⁶⁰ Diese – inhaltsbezogene – Ausnahme kommt allerdings nur dann zum Zug, sofern sie vom betreffenden Mitgliedstaat ausdrücklich vorgeesehen wurde. Zudem sind zwei materiell-rechtliche Voraussetzungen zu beachten, eine positive und eine negative. Einerseits wird vorausgesetzt, dass die Angabe nach ordnungsgemäss begründeter Einschätzung der Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane der Geschäftslage des Unternehmens oder der Gruppe ernsthaft schaden würde. Andererseits darf die Nichtaufnahme der Angabe ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes und ausgewogenes Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses und der Lage des Unternehmens oder der Gruppe sowie der Auswirkungen seiner oder ihrer Tätigkeit nicht verhindern.

Tochterunternehmen werden von den Berichterstattungspflichten befreit, sofern sie in den – vorschriftsgemäss (Art. 29 und Art. 29a Bilanz-Richtlinie) erstellten – konsolidierten Lagebericht eines Mutterunternehmens einbezogen werden.⁶¹ Dasselbe gilt für Tochterunternehmen von Drittlandunternehmen, sofern sie in den – vorschriftsgemäss (Art. 29b Bilanz-Richtlinie) erstellten oder zumindest gleichwertigen – konsolidierten Lagebericht eines Mutterunternehmens mit Niederlassung in einem Drittland einbezogen werden.⁶²

2. Wertschöpfungskette

Die spezifizierten Informationen umfassen darüber hinaus Angaben zur Wertschöpfungskette des Unternehmens oder der Gruppe.⁶³ Der Begriff „Wertschöpfungskette“ beinhaltet namentlich Angaben über Produkte und Dienstleistungen, Geschäftsbeziehungen und die Lieferkette des Unternehmens oder der Gruppe. Eine Wertschöpfungskette ist somit breiter und umfassen-

⁵⁹ Art. 19a Abs. 3 UAbs. 3 und Art. 29a Abs. 3 UAbs. 3 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁶⁰ Art. 19a Abs. 3 UAbs. 4 und Art. 29a Abs. 3 UAbs. 4 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe auch hinten [E.1 \(Ausnahmen\)](#).

⁶¹ Art. 19a Abs. 9 UAbs. 1 S. 1 und Art. 29a Abs. 8 UAbs. 1 S. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe auch hinten [F. \(Konzernprivileg\)](#).

⁶² Art. 19a Abs. 9 UAbs. 1 S. 2 und Art. 29a Abs. 8 UAbs. 1 S. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe auch hinten [F. \(Konzernprivileg\)](#).

⁶³ Art. 19a Abs. 3 UAbs. 1 und Art. 29a Abs. 3 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

der zu verstehen als die Lieferkette, die sich lediglich auf Rechtsverhältnisse mit Zulieferern bezieht, indem sich diese namentlich auch auf Abnehmer erstreckt. Es bildet zweifellos eine gewisse Herausforderung für Unternehmen und Gruppen, Informationen über Nachhaltigkeitsaspekte von Wirtschaftsteilnehmern abzufragen und weiterzugeben, die mit dem Unternehmen oder mit der Gruppe nur über vertragliche Beziehungen verbunden sind.

In diesem Bereich sieht die CSRD gewisse Erleichterungen vor, die während den ersten 3 Jahren nach Inkrafttreten der Massnahmen beansprucht werden können, falls nicht alle erforderlichen Informationen über die Wertschöpfungskette eines Unternehmens oder einer Gruppe verfügbar sind.⁶⁴ In diesem Fall muss das (Mutter-) Unternehmen jedoch erläutern, welche Anstrengungen unternommen wurden, um die erforderlichen Informationen zu erhalten; begründen, warum nicht alle erforderlichen Informationen eingeholt werden konnten; und seine Pläne erläutern, um künftig die erforderlichen Informationen einzuholen. Es gilt also der Grundsatz „*comply or explain*“.

IV. Ort der Berichterstattung: (konsolidierter) Lagebericht

Der Ort der Nachhaltigkeitsberichterstattung von berichterstattungspflichtigen Unternehmen ist zwingend der Lagebericht.⁶⁵ Die erforderlichen Angaben müssen im Lagebericht mittels eines dafür vorgesehenen Abschnitts „klar erkennbar“ (*clearly identifiable; clairement identifiable*) sein.⁶⁶ Es gelten somit relativ hohe Anforderungen an den Ort der Berichterstattung.

Mutterunternehmen einer grossen Gruppe haben im konsolidierten Lagebericht entsprechende Angaben zu machen. Die erforderlichen Angaben müssen im konsolidierten Lagebericht mittels eines dafür vorgesehenen Abschnitts „erkennbar“ sein; der deutschsprachige Richtlinientext enthält keine Qualifikation („klar“).⁶⁷ Dabei dürfte es sich allerdings um ein gesetzgeberisches Versehen handeln, zumal der englische (*clearly identifiable*) und der französische (*clairement identifiable*) Richtlinientext eine entsprechende Qualifikation vor-

⁶⁴ Art. 19a Abs. 3 UAbs. 2 und Art. 29a Abs. 3 UAbs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe auch hinten [E.II \(Erleichterungen\)](#).

⁶⁵ Vgl. dazu etwa Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 2753; Needham/Warneke/Müller (FN 16), S. 42.

⁶⁶ Art. 19a Abs. 1 UAbs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁶⁷ Art. 29a Abs. 1 UAbs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

sehen. Da in der Europäischen Union nach wie vor sämtliche Amtssprachen dieselbe Rechtsverbindlichkeit beanspruchen, lassen sich Probleme wie diese rein praktisch kaum vermeiden.⁶⁸

V. Form der Berichterstattung: einheitliches elektronisches Berichtsformat

Die Form der Nachhaltigkeitsberichterstattung wird insofern standardisiert, indem ein einheitliches elektronisches Berichtsformat vorgeschrieben wird.⁶⁹ Die (Mutter-) Unternehmen stellen ihren (konsolidierten) Lagebericht demnach in einem einheitlichen elektronischen Berichtsformat – XHTML – auf und zeichnen ihre Nachhaltigkeitsberichterstattung in einem bestimmten elektronischen Berichtsformat – XBRL – aus.⁷⁰

D. Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung

Die Berichterstattung der (Mutter-) Unternehmen über Nachhaltigkeitsaspekte erfolgt nach bestimmten Standards für die (konsolidierte) Nachhaltigkeitsberichterstattung.⁷¹ Neben den bereichsübergreifenden und themenbezogenen Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung, welche auf den technischen Empfehlungen der EFRAG vom 22. November 2022 basieren und am 31. Juli 2023 von der Europäischen Kommission als delegierter Rechtsakt veröffentlicht wurden, werden demnächst sektorspezifische Standards sowie Standards für kleine und mittlere Unternehmen und für Drittlandunternehmen erwartet, worüber bisweilen noch wenig bekannt ist.

I. Europäische Standards

Am 31. Juli 2023 hat die Europäische Kommission die bereichsübergreifenden (*cross-cutting*) und themenbezogenen (*topical*) Standards für die Nachhaltig-

⁶⁸ Weiterführend Bernhard Kresse, Mehrsprachigkeit im Recht der Europäischen Union, ZRP 2014, 11.

⁶⁹ Art. 29d RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁷⁰ Art. 29d Abs. 1 und Abs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD i.V.m. DVO (EU) 2018/815.

⁷¹ Art. 19a Abs. 4 i.V.m. Art. 29b und Art. 29a Abs. 5 i.V.m. Art. 29b RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe hierzu etwa Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 2751 ff.; Needham/Warnke/Müller (FN 16), S. 44 f.; Jens Ekkenga, Externe Nachhaltigkeitsberichterstattung nach der neuen CSRD, ZHR 187 (2023), 228, S. 241 ff.; Peter Hommelhoff/Sina Allgeier/Mariusz Jelonek, Ausstrahlung der CSRD-Berichtsvorgaben auf die Unternehmensorganisation zur Verantwortung der europäischen Gesetzgebungsinstitutionen, NZG 2023, 911, S. 915 f.

keitsberichterstattung veröffentlicht.⁷² In diesen Standards, so die Vorgabe der CSRD, wird namentlich festgelegt, welche Informationen im Nachhaltigkeitsbericht offenzulegen sind und welcher Struktur dieser Bericht zu folgen hat.⁷³ Die CSRD schreibt zudem präzisierend vor, dass die offenlegungspflichtigen Nachhaltigkeitsinformationen zumindest diejenigen Informationen umfassen müssen, welche die Finanzmarktteilnehmer benötigen, um den Verpflichtungen der Offenlegungs-Verordnung (VO [EU] 2019/2088) nachzukommen.⁷⁴ Darüber hinaus ist die Europäische Kommission in der Pflicht, bis zum 30. Juni 2024 einerseits ergänzende Informationen und andererseits sektorspezifische Informationen festzulegen, über die Unternehmen berichterstattungspflichtig sind.⁷⁵ Die sektorspezifischen (*sector-specific*) Standards folgen also zu einem späteren Zeitpunkt. Beim Erlass all dieser delegierter Rechtsakte berücksichtigt die Europäische Kommission in grösstmöglichem Umfang die internationalen Entwicklungen und bestehende europarechtliche Regelungen.⁷⁶ Die Berichterstattungsanforderungen, die mit all diesen Standards verbunden sind, treten frühestens 4 Monate nach deren Erlass in Kraft.⁷⁷ Die CSRD schreibt ferner Überprüfungs- (mindestens alle 4 Jahre) und Konsultationsverfahren (mindestens einmal jährlich) vor.⁷⁸

1. Bereichsübergreifende Standards

Im Allgemeinen zielen die Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung vor allem darauf ab, die Qualität der Informationen sicherzustellen, über die berichtet wird.⁷⁹ Die Informationen, die Gegenstand der Nachhaltigkeitsberichterstattung sind, müssen, so die CSRD, „verständlich“, „relevant“,

⁷² Vgl. dazu etwa Martin Nettesheim, CSRD und Nachhaltigkeitsberichtsstandards: Bewertung und Kritik der EFRAG-Entwürfe, ZFA 2023, 166; Sean Needham/Stefan Müller/Lina Warnke, EU-Standards zur Nachhaltigkeitsberichterstattung: Veröffentlichung eines überarbeiteten Entwurfs – Erleichterungen für den Mittelstand, BC 2023, 331; Lina Warnker/Stefan Müller/Sean Needham, Stellungnahme des BVBC-Arbeitskreises „Nachhaltigkeitsberichterstattung (CSR)“ zum delegierten Rechtsakt des ESRS-Entwurfs, BC 2023, 374; Lilia Pasch/Martin Stawinoga, Die finalen Entwürfe der Nachhaltigkeitsberichterstattungsstandards (E-ESRS) der EFRAG: Eine Analyse der Berücksichtigung der im Konsultationsverfahren geäusserten Kritikpunkte, IRZ 2023, 123.

⁷³ Art. 29b Abs. 1 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁷⁴ Art. 29b Abs. 1 UAbs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁷⁵ Art. 29b Abs. 1 UAbs. 3 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe auch Art. 29b Abs. 1 UAbs. 5 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁷⁶ Art. 29b Abs. 5 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁷⁷ Art. 29b Abs. 1 UAbs. 4 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁷⁸ Art. 29b Abs. 1 UAbs. 6 (Überprüfung) und UAbs. 7 (Konsultation) RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁷⁹ Art. 29b Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

„überprüfbar“ und „vergleichbar“ sein sowie „in wahrheitsgetreuer Weise“ dargestellt werden. Zudem müssen die Standards einen unverhältnismässigen Verwaltungsaufwand für Unternehmen vermeiden.⁸⁰ Dementsprechend soll die Arbeit globaler Standardsetzungsinitiativen für die Nachhaltigkeitsberichterstattung in grösstmöglichem Umfang berücksichtigt werden. In den Standards werden dabei zukunfts- und vergangenheitsbezogene sowie qualitative und quantitative Informationen spezifiziert, über die ein Unternehmen berichterstellen muss.⁸¹ Die Standards berücksichtigen ferner, dass es berichterstattungspflichtigen Unternehmen unter Umständen nicht immer problemlos möglich ist, Informationen bei Akteuren entlang der gesamten Wertschöpfungskette einzuholen.⁸² Vor diesem Hintergrund sollen die Standards Angaben zu Wertschöpfungsketten vorgeben, die den Kapazitäten und Merkmalen von Unternehmen in Wertschöpfungsketten sowie den Umfang und der Komplexität deren Tätigkeiten angemessen sind und entsprechen. Dieser Vorbehalt gilt vor allem für die Einholung von Informationen bei kleinen und mittleren Unternehmen in der Wertschöpfungskette. Dabei ist es unerheblich, ob ein Due-Diligence-Prozess durchgeführt wurde oder nicht.⁸³ Aktuell gibt es zwei bereichsübergreifende Standards, die für alle Industriesektoren gleichermaßen gelten und somit „sector-agnostic“ sind.

ESRS 1 (*General requirements*) gibt einen Überblick über die Architektur der Europäischen Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung und legt insbesondere die allgemeinen Anforderungen an die Vorbereitung und Darstellung von Nachhaltigkeitsinformationen fest. Besondere Aufmerksamkeit wird dabei dem Konzept der doppelten Wesentlichkeit geschenkt, das die Grundlage im Bereich der Offenlegung von Nachhaltigkeitsinformationen bildet. Weitere Vorgaben finden sich zur Wertschöpfungskette und über die Zeithorizonte der Berichterstattung. Neben der Vorbereitung und Darstellung von Nachhaltigkeitsinformationen werden auch die Struktur des Nachhaltigkeitsberichts und Verbindungen mit anderen Teilen der Berichterstattung und vergleichbaren Informationen vertieft behandelt.

ESRS 2 (*General disclosures*) legt die Offenlegungsanforderungen fest, die für alle Unternehmen unabhängig von ihrem Tätigkeitsbereich (*sector-agnostic*) und für alle Nachhaltigkeitsthemen (*cross-cutting*) gelten. Demnach muss jedes Unternehmen die Grundlage für die Erstellung des Nachhaltigkeitsberichts offenlegen. Die einzelnen Berichtsbereiche, die allen Offenlegungs-

⁸⁰ Art. 29b Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁸¹ Art. 29b Abs. 3 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁸² Art. 29b Abs. 4 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁸³ Art. 29b Abs. 4 UAbs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

pflichten zugrunde liegen, umfassen die Bereiche „Governance“, „Strategy“, „Impact, risk and opportunity management“ und „Metrics and targets“. Mit diesen Berichtsbereichen setzt sich der Standard näher auseinander.

2. Themenbezogene Standards

Im Besonderen werden durch die Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung in dreifacher Hinsicht bestimmte Informationen präzisiert, die Unternehmen offenlegen müssen. Dabei handelt es sich um Umweltfaktoren (*environmental*), Sozial- und Menschenrechtsfaktoren (*social*) und Governance-Faktoren (*governance*). Diese themenbezogenen Standards gelten für alle Industriesektoren gleichermaßen und sind damit „sector-agnostic“. Diese besonderen Anforderungen gelten zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen der bereichsübergreifenden Standards.

a) Umweltfaktoren

Erstens präzisieren die Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung diejenigen Informationen, die Unternehmen über Umweltfaktoren offenlegen müssen.⁸⁴ Diese Umweltfaktoren umfassen gemäss CSRD den Klimaschutz, die Anpassung an den Klimawandel, Wasser- und Meeresressourcen, die Ressourcennutzung und Kreislaufwirtschaft, die Verschmutzung sowie Biodiversität und Ökosysteme.

ESRS E1 (*Climate change*) beinhaltet hauptsächlich Offenlegungspflichten im Hinblick auf die Abmilderung des Klimawandels und die Anpassung an den Klimawandel, umfasst aber auch energiebezogene Themen, die für den Klimawandel relevant sind. Die Abmilderung des Klimawandels bezieht sich auf die Bemühungen des Unternehmens, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur im Einklang mit dem Pariser Abkommen auf 1.5°C über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen. Die Anpassung an den Klimawandel bezieht sich auf den Prozess der Anpassung des Unternehmens an den tatsächlichen und erwarteten Klimawandel. Energie deckt alle Arten von Energieerzeugung und -verbrauch ab.

ESRS E2 (*Pollution*) beheimatet Offenlegungspflichten im Zusammenhang mit der Verschmutzung von Luft, Wasser und Boden sowie (besonders) besorgniserregenden Stoffen. Die Verschmutzung von Luft, Wasser und Boden bezieht sich auf die Emissionen des Unternehmens in die Luft, das Wasser und den Boden sowie auf die Vermeidung, Kontrolle und Verringerung dieser Emissio-

⁸⁴ Art. 29b Abs. 2 UAbs. 2 Bst. a RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

nen. Der Standard umfasst zudem die Herstellung, die Verwendung und/oder den Vertrieb und die Vermarktung besorgniserregender Stoffe durch das Unternehmen, einschliesslich besonders besorgniserregender Stoffe.

ESRS E3 (*Water and marine resources*) hat Offenlegungspflichten bezüglich Wasser und Meeresressourcen zum Gegenstand. Nach diesem Standard wird unter Wasser sowohl Oberflächenwasser als auch Grundwasser verstanden. Die Offenlegung bezieht sich dabei auf den Wasserverbrauch im Hinblick auf die Aktivitäten, Produkte und Dienstleistungen des Unternehmens sowie Wasserentnahmen und Wassereinleitungen. In Bezug auf Meeresressourcen umfasst der Standard die Gewinnung und Nutzung dieser Ressourcen sowie die damit verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten.

ESRS E4 (*Biodiversity and ecosystems*) legt Offenlegungspflichten im Hinblick auf die Beziehung des Unternehmens zu Land-, Süsswasser- und Meereslebensräumen, Ökosystemen und Populationen verwandter Tier- und Pflanzenarten fest, einschliesslich der Vielfalt innerhalb der Arten, zwischen den Arten und der Ökosysteme sowie ihrer Wechselwirkungen mit indigenen Völkern und anderen betroffenen Gemeinschaften. Die Begriffe der biologischen Vielfalt und der biologischen Diversität beziehen sich dabei auf die Variabilität unter lebenden Organismen jeglicher Herkunft.

ESRS E5 (*Resource use and circular economy*) schreibt Offenlegungspflichten bei der Ressourcennutzung und Kreislaufwirtschaft sowie bei Ressourcenzuflüssen, Ressourcenabflüssen und Abfällen vor. Unter Kreislaufwirtschaft versteht man ein Wirtschaftssystem, in dem der Wert von Produkten, Materialien und anderen Ressourcen in der Wirtschaft so lange wie möglich erhalten bleibt, indem ihre effiziente Nutzung in Produktion und Verbrauch verbessert wird, wodurch die Umweltauswirkungen ihrer Nutzung verringert werden sowie Abfälle und die Freisetzung gefährlicher Stoffe in allen Phasen ihres Lebenszyklus minimiert werden, auch durch die Anwendung der Abfallhierarchie. Das Ziel besteht darin, den Wert der technischen und biologischen Ressourcen, Produkte und Materialien zu maximieren und zu erhalten, indem ein System geschaffen wird, das Langlebigkeit, optimale Nutzung oder Wiederverwendung, Aufarbeitung, Wiederaufarbeitung, Recycling und Nährstoffkreislauf ermöglicht.

b) Sozial- und Menschenrechtsfaktoren

Zweitens präzisieren die Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung diejenigen Informationen, die Unternehmen zu bestimmten Sozial- und Men-

schenrechtsfaktoren offenlegen müssen.⁸⁵ Diese Informationen beinhalten – so der Massnahmenkatalog der CSRD – Themen wie Gleichbehandlung und Chancengleichheit für alle, die Arbeitsbedingungen und die Achtung der Menschenrechte, Grundfreiheiten und demokratischen Grundsätze sowie Standards der Internationalen Charta der Menschenrechte und anderer grundlegender Menschenrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen.

ESRS S1 (*Own workforce*) beinhaltet verschiedene Offenlegungspflichten im Hinblick auf die eigene Belegschaft des Unternehmens, namentlich unter dem Gesichtspunkt der Arbeitsbedingungen, der Gleichbehandlung und Chancengleichheit und anderer arbeitsbezogener (Menschen-) Rechte. Der Standard bezieht sich dabei nur auf die eigene Belegschaft des Unternehmens, nicht aber auf Arbeitskräfte der vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungskette. Zudem verlangt der Standard vom Unternehmen eine Beschreibung der eigenen Belegschaft, einschliesslich der Arbeitnehmereigenschaften.

ESRS S2 (*Workers in the value chain*) betrifft demgegenüber Offenlegungspflichten im Hinblick auf die Arbeitskräfte entlang der Wertschöpfungskette des Unternehmens, namentlich unter dem Aspekt der Arbeitsbedingungen, der Gleichbehandlung und Chancengleichheit und anderer arbeitsbezogener Rechte. Der Standard bezieht sich auf sämtliche Arbeitskräfte in der vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungskette, die vom Unternehmen wesentlich beeinflusst werden oder beeinflusst werden können, nicht aber auf die eigene Belegschaft des Unternehmens.

ESRS S3 (*Affected communities*) bezieht sich vorwiegend auf Offenlegungspflichten bezüglich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte betroffener Gemeinschaften, der bürgerlichen und politischen Rechte betroffener Gemeinschaften sowie der besonderen Rechte indigener Völker. Die Rechte betroffener Gemeinschaften umfassen einerseits angemessenes Wohnen, angemessene Ernährung, Wasser und sanitäre Einrichtungen sowie Auswirkungen auf Land und Sicherheit und andererseits die Meinungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit sowie Auswirkungen auf Menschenrechtsaktivisten.

ESRS S4 (*Consumers and end-users*) legt Offenlegungspflichten fest, die sich auf informationsbezogene Auswirkungen auf Verbraucher und Endnutzer, die persönliche Sicherheit der Verbraucher und Endnutzer und die soziale Eingliederung von Verbrauchern und Endnutzern beziehen. Die unrechtmässige oder missbräuchliche Verwendung der Produkte und Dienstleistungen des Unternehmens durch Verbraucher und Endnutzer fällt allerdings nicht in den Anwendungsbereich dieses Standards.

⁸⁵ Art. 29b Abs. 2 UAbs. 2 Bst. b RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

c) Governance-Faktoren

Drittens präzisieren die Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung diejenigen Informationen, die Unternehmen über gewisse Governance-Faktoren offenlegen müssen.⁸⁶ In diesem Bereich fallen gemäss Vorgabe der CSRD nachhaltigkeitsbezogene Aspekte in Bezug auf die Rolle der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane des Unternehmens, die Hauptmerkmale der internen Kontroll- und Risikomanagementsysteme des Unternehmens, Unternehmensethik und Unternehmenskultur, Lobbytätigkeiten sowie die Pflege und Qualität verschiedener Geschäftsbeziehungen.

ESRS G1 (*Business conduct*) spezifiziert dementsprechend Offenlegungspflichten über die Strategie und den Ansatz, die Prozesse und die Verfahren sowie die Leistung des Unternehmens im Hinblick auf seine Geschäftsgebaren. Dieser Standard konzentriert sich vor allem auf die Aspekte der Geschäftsethik und Unternehmenskultur (z.B. Korruptions- und Bestechungsbekämpfung, Schutz von Hinweisgebern und Tierschutz), die Gestaltung der Beziehungen zu Lieferanten (z.B. Zahlungsmoral) sowie Tätigkeiten und Verpflichtungen des Unternehmens bezüglich politischer Einflussnahme (Lobbying-Aktivitäten).

3. Sektorspezifische Standards

Bis zum 30. Juni 2024 muss die Europäische Kommission in einem delegierten Rechtsakt festlegen, welche Informationen, über die Unternehmen berichtenerstatten müssen, für den Sektor, in dem sie tätig sind, spezifisch sind.⁸⁷ Sektorspezifische Standards sind dabei zusätzlich zu den bereichsübergreifenden und themenbezogenen Standards zu beachten. Über diese sektorspezifischen Standards, die – so zumindest die Absicht – „multi-topical“ sind und einen hohen Grad an Vergleichbarkeit ermöglichen sollen, ist derzeit allerdings noch kaum etwas bekannt.

II. Standards für kleine und mittlere Unternehmen

Bis zum 30. Juni 2024 muss die Europäische Kommission einen weiteren delegierten Rechtsakt erlassen, worin Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung für kleine und mittlere Unternehmen festgelegt werden.⁸⁸ Diese Standards sollen den Kapazitäten und Merkmalen kleiner und mittlerer Unternehmen und dem Umfang und der Komplexität ihrer Tätigkeit angemessen

⁸⁶ Art. 29b Abs. 2 UAbs. 2 Bst. c RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁸⁷ Art. 29b Abs. 1 UAbs. 3 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe auch Art. 29b Abs. 1 UAbs. 5 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁸⁸ Art. 29c Abs. 1 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

sein und entsprechen. Mit diesen Standards wird namentlich der Inhalt und der Umfang des Nachhaltigkeitsberichts kleiner und mittlerer Unternehmen spezifiziert. Die Berichterstattungsanforderungen an kleine und mittlere Unternehmen, die mit den Standards verbunden sind, treten frühestens 4 Monate nach deren Erlass in Kraft.⁸⁹

In der CSRD wird lediglich vorgegeben, dass bei den Standards für kleine und mittlere Unternehmen dieselben Kriterien wie bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung aller anderen Unternehmen zu berücksichtigen sind, darüber hinaus aber möglichst weitgehend die Struktur spezifiziert wird, in der diese Informationen vorzulegen sind.⁹⁰ Die Einzelheiten der Regelung sind derzeit noch nicht bekannt.

Die CSRD schreibt immerhin ein Überprüfungsverfahren vor, wonach die im delegierten Rechtsakt erlassenen Standards für kleine und mittlere Unternehmen mindestens alle 3 Jahre unter Berücksichtigung der fachlichen Stellungnahme der EFRAG überprüft und nötigenfalls geändert werden.⁹¹

III. Standards für Drittlandunternehmen

Bis spätestens 30. Juni 2024 muss die Europäische Kommission einen delegierten Rechtsakt zur Festlegung von Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung für Drittlandunternehmen erlassen.⁹² Durch diesen delegierten Rechtsakt wird präzisiert, welche Angaben die Nachhaltigkeitsberichte betreffend Drittlandunternehmen enthalten müssen. Derzeit sind diese Entwicklungen jedoch noch nicht abschätzbar.

E. Ausnahmen und Erleichterungen

Die CSRD sieht mehrere Ausnahmen und Erleichterungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie, der Berichterstattung über Nachhaltigkeitsaspekte und den anwendbaren Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung vor. Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn die entsprechende Regelung nicht anwendbar ist. Von einer Erleichterung darf gesprochen werden, falls die Regelung nicht vollumfänglich, sondern nur in reduziertem Ausmass gilt.

⁸⁹ Art. 29c Abs. 1 UAbs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁹⁰ Art. 29c Abs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Kritisch Sina Allgeier, CSRD-Nachhaltigkeitsberichterstattung und KMU-Schutz, NZG 2023, 195; Sina Allgeier/Robert Feldmann, CSRD-Nachhaltigkeitsberichterstattung für kapitalmarktferne KMU: Vom Gesetzgeber verfehlt, von der Kommission zu heilen!, NZG 2023, 491.

⁹¹ Art. 29c Abs. 3 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁹² Art. 40b RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

I. Ausnahmen

Kleinstunternehmen werden vom persönlichen Anwendungsbereich der CSRD ausgenommen.⁹³ Als „Kleinstunternehmen“ gelten Unternehmen, die am Bilanzstichtag mindestens zwei von drei Grössenmerkmalen – EUR 350 000 (Bilanzsumme), EUR 700 000 (Nettoumsatzerlöse), 10 (durchschnittliche Beschäftigtenzahl während Geschäftsjahr) – nicht überschreiten.⁹⁴ Diese Unternehmen unterliegen somit nicht der Nachhaltigkeitsberichterstattung.

Sofern die Mitgliedstaaten dies so vorsehen, sieht die Richtlinie zudem eine Ausnahme vom sachlichen Anwendungsbereich der CSRD vor: Informationen über künftige Entwicklungen oder Belange, über die Verhandlungen geführt werden, können in Ausnahmefällen weggelassen werden.⁹⁵ Einerseits wird dafür vorausgesetzt, dass die Angabe dieser Informationen nach der ordnungsgemäss begründeten Einschätzung der zuständigen Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane der Geschäftslage des Unternehmens ernsthaft schaden würde. Andererseits wird vorausgesetzt, dass die Nichtaufnahme dieser Informationen ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes und ausgewogenes Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses und der Lage des Unternehmens sowie der Auswirkungen seiner Tätigkeit nicht verhindert.

Eine Ausnahme vom zeitlichen Anwendungsbereich der CSRD ist für kleine und mittlere Unternehmen mit Handelszulassung vorgesehen, die grundsätzlich ab den am oder nach dem 1. Januar 2026 beginnenden Geschäftsjahre nachhaltigkeitsberichterstattungspflichtig sind: Diese Unternehmen müssen für die Geschäftsjahre, die vor dem 1. Januar 2028 beginnen, keine Nachhaltigkeitsberichterstattung vorlegen, sofern ein entsprechender Gesellschaftsbeschluss gefasst wurde, jedoch im Lagebericht kurz angeben, weshalb darauf verzichtet wurde.⁹⁶ Es gilt also der Grundsatz „*comply or explain*“.

II. Erleichterungen

Eine Erleichterung in sachlicher Hinsicht, sowohl von der Berichterstattungspflicht als auch von den anwendbaren Standards, gilt für kleine und mittlere Unternehmen, kleine und nicht komplexe Institute, firmeneigene Versicherungsunternehmen und firmeneigene Rückversicherungsunternehmen. Diese Unternehmen und Institute können ihre Nachhaltigkeitsberichterstattung auf

⁹³ Art. 19a Abs. 1 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁹⁴ Art. 3 Abs. 1 RL 2013/34/EU.

⁹⁵ Art. 19a Abs. 3 UAbs. 4 und Art. 29a Abs. 3 UAbs. 4 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁹⁶ Art. 19a Abs. 7 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

folgende Informationen beschränken: eine kurze Beschreibung des Geschäftsmodells und der Strategie des Unternehmens; eine Beschreibung der Unternehmenspolitik hinsichtlich Nachhaltigkeit; die wichtigsten negativen Auswirkungen des Unternehmens in Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte sowie jegliche Massnahmen zur Ermittlung, Überwachung, Verhinderung, Minderung oder Behebung solcher negativen Auswirkungen; die wichtigsten Risiken, denen das Unternehmen diesbezüglich ausgesetzt ist, und die Handhabung dieser Risiken durch das Unternehmen; und die Schlüsselindikatoren, welche für diese Offenlegungen erforderlich sind.⁹⁷ Zudem erstatten diese Unternehmen und Institute ihre Nachhaltigkeitsberichterstattung gemäss den Standards für kleine und mittlere Unternehmen.⁹⁸

Unternehmen, die nicht alle erforderlichen Informationen über ihre Wertschöpfungskette verfügbar machen können, dürfen ausserdem in zeitlicher Hinsicht (in den ersten 3 Jahren der Anwendung der Richtlinie) gewisse Erleichterungen beanspruchen.⁹⁹ In diesem Fall müssen die Unternehmen lediglich erläutern, welche Anstrengungen unternommen wurden, um die erforderlichen Informationen über die Wertschöpfungskette zu erhalten; begründen, warum nicht alle erforderlichen Informationen eingeholt werden konnten; und die Pläne erläutern, um künftig die erforderlichen Informationen einzuholen. Auch hier gilt also der Grundsatz „*comply or explain*“.

F. Befreiung: Konzernprivileg

Eine weitere Ausnahmeregelung vom persönlichen Anwendungsbereich der CSRD stellt das sog. Konzernprivileg dar.¹⁰⁰ Demnach werden Tochterunternehmen von der Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung nach einem anwendbaren Standard befreit, sofern das Tochterunternehmen und gegebenenfalls auch dessen Tochterunternehmen in den – vorschriftsgemäss (Art. 29 und Art. 29a Bilanz-Richtlinie) erstellten – konsolidierten Lagebericht des Mutterunternehmens oder eines anderen Unternehmens einbezogen werden.¹⁰¹ Auch für Tochterunternehmen eines in einem Drittland niedergelassenen Mutter-

⁹⁷ Art. 19a Abs. 6 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe hierzu etwa Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 2750.

⁹⁸ Art. 19a Abs. 6 UAbs. 2 i.V.m. Art. 29c RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

⁹⁹ Art. 19a Abs. 3 UAbs. 2 und Art. 29a Abs. 3 UAbs. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

¹⁰⁰ Art. 19a Abs. 9 UAbs. 1 und Art. 29a Abs. 8 UAbs. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Siehe auch Art. 19a Abs. 9 UAbs. 4 (Kreditinstitute) und UAbs. 5 (Versicherungsunternehmen) sowie Art. 29a Abs. 8 UAbs. 5 (Kreditinstitute) und UAbs. 6 (Versicherungsunternehmen) RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD. Weiterführend Lanfermann/Baumüller (FN 16), S. 91 ff.

¹⁰¹ Art. 19a Abs. 9 UAbs. 1 S. 1 und Art. 29a Abs. 8 UAbs. 1 S. 1 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

unternehmens gilt das Konzernprivileg, sofern das Tochterunternehmen und gegebenenfalls auch dessen Tochterunternehmen in den – vorschriftsgemäss (Art. 29b Bilanz-Richtlinie) erstellten oder zumindest gleichwertigen – konsolidierten Lagebericht solcher Mutterunternehmen einbezogen werden.¹⁰²

Eine Befreiung von der Nachhaltigkeitsberichterstattung ist an bestimmte Bedingungen geknüpft. Der Lagebericht des befreiten Unternehmens muss bestimmte Mindestinformationen aufweisen, namentlich den Namen und Sitz des Mutterunternehmens, die Weblinks zum konsolidierten Lagebericht des Mutterunternehmens und der Hinweis auf die Befreiung des befreiten Unternehmens.¹⁰³ Falls das Mutterunternehmen in einem Drittland niedergelassen ist, werden seine konsolidierten Nachhaltigkeitsberichterstattung und das dazugehörige Bestätigungsurteil – vorschriftsgemäss (Art. 30 Bilanz-Richtlinie) – veröffentlicht und es werden bestimmte Offenlegungen in den Lagebericht des befreiten Unternehmens oder in die konsolidierte Nachhaltigkeitsberichterstattung des Mutterunternehmens aufgenommen.¹⁰⁴

Der Mitgliedstaat, dessen einzelstaatlichem Recht ein befreites Unternehmen unterliegt, kann zudem verlangen, dass der konsolidierte Lagebericht oder der konsolidierte Nachhaltigkeitsbericht des Mutterunternehmens in einer von diesem Mitgliedstaat akzeptierten Sprache offengelegt wird und alle erforderlichen Übersetzungen in dieser Sprache bereitgestellt werden.¹⁰⁵ Eine Übersetzung, die nicht beglaubigt wurde, muss demnach eine entsprechende Erklärung enthalten.

Ausserdem müssen Unternehmen, die von der Erstellung eines Lageberichts befreit sind, keine solchen Informationen offenlegen, sofern diese Unternehmen einen konsolidierten Lagebericht offenlegen.¹⁰⁶

In einem Fall kann das Konzernprivileg allerdings nicht geltend gemacht werden: Grosse Unternehmen mit Handelszulassung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union dürfen nicht von der Berichterstattung über Nachhaltigkeitsaspekte nach einem bestimmten Standard befreit werden.¹⁰⁷

¹⁰² Art. 19a Abs. 9 UAbs. 1 S. 2 und Art. 29a Abs. 8 UAbs. 1 S. 2 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

¹⁰³ Art. 19a Abs. 9 UAbs. 2 Bst. a und Art. 29a Abs. 8 UAbs. 2 Bst. a RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

¹⁰⁴ Art. 19a Abs. 9 UAbs. 2 Bst. b und Bst. c sowie Art. 29a Abs. 8 UAbs. 2 Bst. b und Bst. c RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

¹⁰⁵ Art. 19a Abs. 9 UAbs. 3 und Art. 29a Abs. 8 UAbs. 3 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

¹⁰⁶ Art. 19a Abs. 9 UAbs. 4 i.V.m. Art. 37 und Art. 29a Abs. 8 UAbs. 4 i.V.m. Art. 37 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

¹⁰⁷ Art. 19a Abs. 10 und Art. 29a Abs. 9 RL 2013/34/EU i.d.F. CSRD.

G. Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten

Eine weitere Neuerung der CSRD betrifft die Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten, welche neu zwingend vorgesehen wird.¹⁰⁸ Unter diesem Gesichtspunkt wurde insbesondere die Abschlussprüfungs-Richtlinie (2006/43/EG) geändert, was sich bereits an der Erweiterung des Regelungsgegenstands um die Bestätigung der jährlichen und konsolidierten Nachhaltigkeitsberichterstattung und an verschiedenen Anpassungen und Ergänzungen bei den Begriffsbestimmungen zeigt.¹⁰⁹

I. Zulassungsverfahren und Registrierung

Neu kann eine natürliche Person neben der Zulassung zur Durchführung von Abschlussprüfungen auch zur Durchführung der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung zugelassen werden.¹¹⁰ Dafür bedarf es einer Prüfung der beruflichen Eignung sowie einer theoretischen Prüfung und einer praktischen Ausbildung. Die Eignungsprüfung soll die erforderlichen theoretischen Kenntnisse auf den für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung massgebenden Sachgebieten garantieren, ebenso die Fähigkeit, diese Kenntnisse praktisch anzuwenden.¹¹¹ Die Prüfung der theoretischen Kenntnisse umfasst zumindest die gesetzlichen Vorschriften und Standards für die Aufstellung der jährlichen und konsolidierten Nachhaltigkeitsberichterstattung, die Nachhaltigkeitsanalyse, Due-Diligence-Prozesse mit Blick auf Nachhaltigkeitsaspekte und die rechtlichen Anforderungen an und Standards für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung.¹¹² Zudem müssen mindestens 8 Monate der praktischen Ausbildung in der Bestätigung jährlicher oder konsolidierter Nachhaltigkeitsberichterstattung bestehen.¹¹³ Bei der Zulassung von Abschlussprüfern aus anderen Mitgliedstaaten gelten zusätzliche Anforderungen im Hinblick auf angemessene Kenntnisse der Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats.¹¹⁴ Übergangsvorschriften gelten sodann für vor dem 1. Januar 2024 zugelassene oder anerkannte Abschlussprüfer und Personen, die am 1. Januar 2024 das Zulassungsverfahren als Abschlussprüfer durchlaufen.¹¹⁵

¹⁰⁸ Vgl. dazu etwa Needham/Warnke/Müller (FN 16), S. 45 f.

¹⁰⁹ Art. 1 und Art. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹⁰ Art. 6 Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹¹ Art. 7 Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹² Art. 8 Abs. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹³ Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹⁴ Art. 14 Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹⁵ Art. 14a RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

Zugelassene Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften müssen sodann in einem öffentlichen Register eingetragen werden. Bei der Registrierung von Abschlussprüfern ist im Register insbesondere anzugeben, ob der Abschlussprüfer auch für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung zugelassen ist und ob die Prüfer aus Drittländern ebenfalls dafür registriert sind.¹¹⁶ Bei der Registrierung von Prüfungsgesellschaften ist namentlich anzugeben, ob die bei der Prüfungsgesellschaft tätigen Abschlussprüfer auch zur Durchführung der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung zugelassen sowie Prüfungsunternehmen aus Drittländern ebenfalls dafür registriert sind.¹¹⁷ Für die Registrierung von Prüfern und Prüfungsunternehmen aus Drittländern gelten besondere Vorschriften.¹¹⁸

II. Organisationsvorschriften

Die CSRD enthält auch Organisationsvorschriften zur Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten. Diese Vorschriften umfassen die Bestellung und Abberufung (einschliesslich Rücktritt) von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften im Hinblick auf die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung, die Arbeitsorganisation und Organisationsstruktur sowie den Prüfungsausschuss.

1. Bestellung und Abberufung

Die Bestellung von Abschlussprüfern oder Prüfungsgesellschaften zum Zweck der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung erfolgt von der Mitglieder- oder Gesellschafterversammlung.¹¹⁹ Sämtliche diesen Auswahlmöglichkeiten entgegenstehenden Vertragsklauseln gelten als nichtig.¹²⁰ Sofern gewisse Unabhängigkeitserfordernisse erfüllt werden, können die Mitgliedstaaten alternative Systeme oder Modalitäten für die Bestellung des Abschlussprüfers oder der Prüfungsgesellschaft zulassen.¹²¹

Die Mitgliedstaaten haben ausserdem sicherzustellen, dass Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften nur bei Vorliegen triftiger Gründe abberufen werden können, wobei Meinungsverschiedenheiten über die Nachhaltigkeitsberichterstattung oder entsprechende Bestätigungsverfahren keinen triftigen Grund für eine Ablehnung darstellen.¹²² Ferner besteht auch bei der Bestä-

¹¹⁶ Art. 16 Abs. 1 Bst. c und Bst. d i.V.m. Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹⁷ Art. 17 Abs. 1 Bst. e und Bst. i i.V.m. Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹⁸ Art. 45 Abs. 1 und Abs. 4 bis Abs. 6 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹¹⁹ Art. 37 Abs. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²⁰ Art. 37 Abs. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²¹ Art. 37 Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²² Art. 38 Abs. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

tigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung eine Unterrichtungspflicht, wonach das Unternehmen, der Abschlussprüfer und die Prüfungsgesellschaft die zuständige Aufsichtsbehörde über die Abberufung oder den Rücktritt in Kenntnis setzen und eine ausreichende Begründung liefern müssen.¹²³ Besondere Vorschriften gelten sodann für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung eines Unternehmens von öffentlichem Interesse.¹²⁴

2. Arbeitsorganisation

Eine Prüfungsgesellschaft, die eine Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung durchführt, muss neuerdings zumindest einen verantwortlichen Nachhaltigkeitspartner benennen, wobei es sich um den oder einen der verantwortlichen Prüfungspartner handeln kann.¹²⁵ Die Prüfungsgesellschaft muss dem oder den verantwortlichen Nachhaltigkeitspartner(n) aber auch die zur angemessenen Wahrnehmung der damit verbundenen Aufgaben notwendigen Mittel und entsprechendes Personal zur Verfügung stellen.¹²⁶ Die Bestimmung des oder der verantwortlichen Nachhaltigkeitspartner(s) erfolgt dabei anhand der Hauptkriterien der Sicherstellung der Qualität der Bestätigung, Unabhängigkeit und Kompetenz.¹²⁷

Im Rahmen der Mandatsausführung muss sich der verantwortliche Nachhaltigkeitspartner aktiv an der Durchführung der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung beteiligen.¹²⁸ Zudem muss der Abschlussprüfer bei der Durchführung der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung ausreichend Zeit aufwenden und genügend Ressourcen vorsehen, um seine Aufgaben angemessen wahrzunehmen.¹²⁹

Wichtig ist auch die Dokumentation. In der Mandantendatei des Abschlussprüfers und der Prüfungsgesellschaften sind der oder die verantwortliche(n) Nachhaltigkeitspartner mit Namen anzugeben, ebenso die für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung in Rechnung gestellten Honorare für jedes Geschäftsjahr.¹³⁰ Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften legen zudem für jeden Bestätigungsauftrag hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung eine Bestätigungsakte an, wiederum verbunden mit gewissen

¹²³ Art. 38 Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²⁴ Art. 38 Abs. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²⁵ Art. 24b Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²⁶ Art. 24b Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²⁷ Art. 24b Abs. 1 UAbs. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²⁸ Art. 24b Abs. 1 UAbs. 4 S. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹²⁹ Art. 24b Abs. 2a RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹³⁰ Art. 24b Abs. 4 Bst. b und Bst. c RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten.¹³¹ Der Abschlussprüfer und die Prüfungsgesellschaft müssen ausserdem alle etwaigen schriftlichen Beschwerden über die Durchführung jedes ausgeführten Bestätigungsauftrags hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung aufbewahren.¹³²

3. Organisationsstruktur

In institutioneller Hinsicht gilt es überdies zu gewährleisten, dass die Honorare für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung nicht von der Erbringung zusätzlicher Leistungen für das Unternehmen, das Gegenstand der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung ist, beeinflusst oder bestimmt werden, und an keinerlei Bedingungen geknüpft werden dürfen.¹³³ In diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist die interne Organisation von Abschlussprüfern und Prüfungsgesellschaften, die im Bereich der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung tätig sind.¹³⁴ Besondere Anforderungen gelten auch für die Qualitätssicherung.¹³⁵

In persönlicher Hinsicht gelten sodann Berufsgrundsätze, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Verschwiegenheit und Berufsgeheimnis auch bei der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung.¹³⁶ Über den Wortlaut dieser Vorschrift hinaus sollte jedoch auch bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung – wie schon bei der Abschlussprüfung – eine kritische Grundhaltung der damit befassten Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften zugrunde gelegt werden.¹³⁷

4. Prüfungsausschuss

Den Mitgliedstaaten steht es offen, vorzusehen, dass die dem Prüfungsausschuss übertragenen Aufgaben im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeitsberichterstattung und der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung entweder vom Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan in seiner Gesamtheit oder

¹³¹ Art. 24b Abs. 5a RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹³² Art. 24b Abs. 6 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹³³ Art. 25 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹³⁴ Art. 25b i.V.m. Art. 24a RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹³⁵ Art. 29 Abs. 1 Bst. d, Bst. f und Bst. h, Abs. 2 Bst. a und Abs. 2a RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹³⁶ Art. 25b RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹³⁷ Art. 25b i.V.m. Art. 21 Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

von einem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan eigens eingerichteten Gremium wahrgenommen werden.¹³⁸ Dementsprechend wurden auch die Aufgaben des Prüfungsausschusses angepasst.¹³⁹

III. Unvereinbarkeiten und Unregelmässigkeiten

Mit Blick auf Unvereinbarkeiten gilt es zu beachten, dass bestimmte Nichtprüfungsleistungen verboten sind, wenn der Abschlussprüfer bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung durchführt.¹⁴⁰ Die verbotenen Nichtprüfungsleistungen umfassen namentlich Leistungen, mit denen eine Teilnahme an der Führung oder an Entscheidungen des Unternehmens verbunden ist; die Buchhaltung und Erstellung von Unterlagen der Rechnungslegung und von Abschlüssen; die Gestaltung und Umsetzung gewisser interner Kontroll- oder Risikomanagementverfahren; Bewertungsleistungen; gewisse juristische Leistungen; Leistungen im Zusammenhang mit der internen Revision des Unternehmens; Leistungen im Zusammenhang mit der Finanzierung, der Kapitalstruktur und -anpassung sowie der Anlagestrategie des Unternehmens; Werbung für, Handel mit oder Zeichnung von Aktien des Unternehmens; und gewisse Personaldienstleistungen.¹⁴¹

Abschlussprüfer oder Prüfungsgesellschaften, die bei einem Unternehmen von öffentlichem Interesse eine Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung durchführen, und vermuten oder berechtigten Grund zur Vermutung haben, dass Unregelmässigkeiten (z.B. Betrug) möglicherweise eintreten oder eingetreten sind, müssen dies dem entsprechenden Unternehmen mitteilen und dieses auffordern, die Angelegenheit zu untersuchen sowie angemessene Massnahmen zu treffen, um derartige Unregelmässigkeiten aufzugreifen und einer Wiederholung dieser Unregelmässigkeiten in der Zukunft vorzubeugen.¹⁴² Falls das Unternehmen die Angelegenheit daraufhin nicht untersucht, informiert der Abschlussprüfer oder die Prüfungsgesellschaft die zur Untersuchung solcher Unregelmässigkeiten zuständige Behörde; eine gutgläubige Mitteilung gilt dabei nicht als Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Offenlegungsbeschränkung.¹⁴³

¹³⁸ Art. 39 Abs. 4a RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹³⁹ Art. 39 Abs. 6 Bst. a bis Bst. e RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁴⁰ Art. 25c RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁴¹ Art. 25c Abs. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. b und Bst. c sowie Bst. e bis Bst. k VO (EU) Nr. 537/2014.

¹⁴² Art. 25d RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VO (EU) Nr. 537/2014.

¹⁴³ Art. 25d RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD i.V.m. Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3 VO (EU) Nr. 537/2014.

IV. Prüfungsstandards und Bestätigungsvermerk

Bei der Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten von zentraler Bedeutung sind die Standards für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung und der Prüfungsvermerk zur Nachhaltigkeitsberichterstattung. Ebenfalls wichtig ist die Bestätigung der konsolidierten Nachhaltigkeitsberichterstattung.

1. Standards für die Bestätigung der Berichterstattung

Die Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften sind verpflichtet, die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung unter Beachtung gewisser Standards für die Bestätigung durchzuführen.¹⁴⁴ Diese Standards stehen derzeit allerdings noch nicht fest. Solange die Europäische Kommission noch keinen Standard für die Bestätigung angenommen hat, dürfen nationale Standards, Verfahren oder Anforderungen angewendet werden, die der Kommission seitens der Mitgliedstaaten spätestens 3 Monate vor deren Inkrafttreten mitgeteilt werden müssen.¹⁴⁵

Die Europäische Kommission muss bis spätestens 1. Oktober 2026 einen delegierten Rechtsakt erlassen, worin Standards für eine begrenzte Prüfungssicherheit (*limited assurance*) für die vom Abschlussprüfer und der oder den Prüfungsgesellschaften abgegebenen Schlussfolgerungen festgelegt werden.¹⁴⁶ Gegenstand dieser Standards sind Schlussfolgerungen über die im Rahmen der Prüfung der Nachhaltigkeitsberichterstattung durchzuführenden Verfahren und die Art der im Prüfungsvermerk über die Nachhaltigkeitsberichterstattung oder im Bestätigungsvermerk zu berücksichtigenden Schlussfolgerungen.

Zudem muss die Europäische Kommission bis spätestens am 1. Oktober 2028 einen delegierten Rechtsakt erlassen, um nach einer Bewertung, mit der festgestellt werden soll, ob hinreichende Prüfungssicherheit (*reasonable assurance*) für die Prüfer und die Unternehmen machbar ist, die Abschlussprüfer-Richtlinie (2006/43/EG) so zu ändern, dass diese Standards für die Erlangung hinreichender Prüfungssicherheit enthält.¹⁴⁷

Die Europäische Kommission darf diese Standards für die Bestätigung allerdings nur annehmen, sofern sie in einem einwandfreien Verfahren mit angemessener öffentlicher Aufsicht und Transparenz erstellt wurden, bei der jähr-

¹⁴⁴ Art. 26a Abs. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁴⁵ Art. 26a Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁴⁶ Art. 26a Abs. 3 UAbs. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁴⁷ Art. 26a Abs. 3 UAbs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

lichen oder konsolidierten Nachhaltigkeitsberichterstattung zu einem hohen Mass an Glaubwürdigkeit und Qualität beitragen und dem Gemeinwohl der Europäischen Union dienen.¹⁴⁸ Es wird interessant, zu beobachten, wie diese offenen und unbestimmten Beurteilungskriterien dereinst gehandhabt werden, zumal eine Kosten-Nutzen Analyse nach aktuellem Stand der Dinge keine abschliessende Einschätzung ermöglicht.

2. Bestätigung der konsolidierten Berichterstattung

Bei Bestätigungsaufträgen im Hinblick auf die konsolidierte Nachhaltigkeitsberichterstattung eines Konzerns muss der Konzernabschlussprüfer die volle Verantwortung für den Prüfungsvermerk über die Nachhaltigkeitsberichterstattung tragen und die von anderen Prüfern durchgeführten Bestätigungstätigkeiten bewerten, überprüfen und dokumentieren.¹⁴⁹ Die vom Konzernprüfer aufzubewahrenden Unterlagen müssen derart sein, dass die Arbeit des Konzernabschlussprüfers überprüft werden kann.¹⁵⁰

Besondere Vorschriften gelten, falls es dem Konzernabschlussprüfer nicht möglich sein sollte, die Bestätigungstätigkeiten anderer Prüfer zu überprüfen und zu dokumentieren, oder falls der Konzernabschlussprüfer einer Qualitätssicherungsprüfung oder Untersuchung unterzogen wird.¹⁵¹

3. Prüfungsvermerk zur Berichterstattung

Der oder die Abschlussprüfer und die Prüfungsgesellschaft(en) legen die Ergebnisse der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung in einem Prüfungsvermerk zur Nachhaltigkeitsberichterstattung dar.¹⁵² Dieser Vermerk ist entsprechend den Anforderungen der von der Kommission angenommenen oder der nationalen Standards für die Bestätigung zu erstellen.¹⁵³

Der Prüfungsvermerk zur Nachhaltigkeitsberichterstattung ist schriftlich abzufassen und muss das Unternehmen nennen, auf das sich der Bestätigungsauftrag bezieht, eine Beschreibung des Umfangs der Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung und ein Urteil enthalten.¹⁵⁴ Besondere Vorschriften regeln den Fall, dass die Bestätigung von mehr als einem Abschlussprüfer oder

¹⁴⁸ Art. 26a Abs. 3 UAbs. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁴⁹ Art. 27a Abs. 1 UAbs. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵⁰ Art. 27a Abs. 1 UAbs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵¹ Art. 27a Abs. 2 und Abs. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵² Art. 28a Abs. 1 S. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵³ Art. 28a Abs. 1 S. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵⁴ Art. 28a Abs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

einer Prüfungsgesellschaft durchgeführt wurde.¹⁵⁵ In formeller Hinsicht ist der Prüfungsvermerk zur Nachhaltigkeitsberichterstattung vom Abschlussprüfer, der die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung durchführt, unter Angabe des Datums zu unterzeichnen.¹⁵⁶ Auch hier gelten Sondervorschriften, falls die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung von einer Prüfungsgesellschaft durchgeführt wird oder mehr als ein Abschlussprüfer oder eine Prüfungsgesellschaft gleichzeitig beauftragt wurde.¹⁵⁷

Die Mitgliedstaaten dürfen unter Umständen vorsehen, dass der Prüfungsvermerk zur Nachhaltigkeitsberichterstattung als gesonderter Abschnitt in den Bestätigungsvermerk aufgenommen wird.¹⁵⁸

V. Untersuchungen und Sanktionen

Die Mitgliedstaaten müssen einerseits für wirksame Untersuchungen und Sanktionen sorgen, um eine unzureichende Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung aufzudecken, zu berichtigen und zu verhindern.¹⁵⁹

Andererseits müssen die Mitgliedstaaten wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen für Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften vorsehen, die sich bei Bestätigungen der Nachhaltigkeitsberichterstattung nicht an die Vorschriften halten, die zur Umsetzung der Abschlussprüfungs-Richtlinie (2006/43/EG) und der Abschlussprüfungs-Verordnung (EU/537/2014) angenommen wurden.¹⁶⁰ Den Mitgliedstaaten steht dabei offen, für Verstösse, die bereits dem einzelstaatlichen Strafrecht unterliegen, keine Vorschriften für verwaltungsrechtliche Sanktionen festzulegen.¹⁶¹ Die Mitgliedstaaten müssen aber vorsehen, dass die zuständigen Behörden zum einen befugt sind, ein dem Abschlussprüfer, der Prüfungsgesellschaft oder dem verantwortlichen Nachhaltigkeitspartner auferlegtes vorübergehendes Verbot der Durchführung von Bestätigungen der Nachhaltigkeitsberichterstattung und/oder der Unterzeichnung von Prüfungsvermerken zur Nachhaltigkeitsberichterstattung von bis zu 3 Jahren zu verhängen, und zum anderen eine Erklärung

¹⁵⁵ Art. 28a Abs. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵⁶ Art. 28a Abs. 4 S. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵⁷ Art. 28a Abs. 4 S. 2 und S. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵⁸ Art. 28a Abs. 5 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁵⁹ Art. 30 Abs. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁶⁰ Art. 30 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁶¹ Art. 30 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

abzugeben, dass der Prüfungsvermerk zur Nachhaltigkeitsberichterstattung die Anforderungen der Abschlussprüfungs-Richtlinie (2006/43/EG) nicht erfüllt.¹⁶²

VI. Aufsicht und Anerkennungsverfahren

Es wird ferner präzisiert, dass die zuständige Aufsichtsbehörde von Nichtberufsausübenden geleitet wird, die neben dem für Abschlussprüfungen relevanten Bereich gegebenenfalls auch in dem für die Bestätigungen der Nachhaltigkeitsberichterstattung relevanten Bereichen über entsprechende Kenntnisse verfügen und in einem unabhängigen und transparenten Verfahren ausgewählt werden.¹⁶³ Die zuständige Aufsichtsbehörde muss unter anderem die Letztverantwortung haben zur Beaufsichtigung der Annahme von Berufsgrundsätzen, Standards für die interne Qualitätssicherung von Prüfungsgesellschaften, Prüfungsstandards und Standards für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung.¹⁶⁴

Die gegenseitige Anerkennung der mitgliedstaatlichen Regelungen für die Bestätigung der Nachhaltigkeitsberichterstattung richtet sich nach denselben Anforderungen wie bei der Abschlussprüfung.¹⁶⁵

H. Fazit und Ausblick

Die mit der CSRD und den ESRS verbundenen Neuerungen sind elementar und tiefgreifend. Der Anwendungsbereich der Pflicht zur nichtfinanziellen Berichterstattung wird in mehrfacher Hinsicht erheblich ausgeweitet. Kritisch zu diskutieren ist in diesem Zusammenhang etwa die überproportionale Last von kleinen und mittleren Unternehmen, aber auch die Frage, welchen Nutzen die Berichterstattung für solche Unternehmen überhaupt generiert. Auch der ambitionierte Zeitplan für die Umsetzung der Richtlinie kann als problematisch bezeichnet werden, zumal damit ein stark wachsender Bedarf an Fachpersonen verbunden ist, die zumindest nach heutigem Stand noch nicht ausreichend geschult werden konnten in diesem sehr dynamischen Bereich. Zudem müssen die betroffenen Unternehmen künftig umfassender und nach einheitlicheren Massstäben über Nachhaltigkeitsaspekte berichten. Das Ergebnis ist ein enorm reichhaltiger Strauss an nachhaltigkeitsbezogenen Informationen, welche von den Unternehmen offenzulegen sind. Besondere

¹⁶² Art. 30a Abs. 1 Bst. ca und Bst. da RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁶³ Art. 32 Abs. 3 UAbs. 1 Ziff. 3 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁶⁴ Art. 32 Abs. 4 Bst. b RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

¹⁶⁵ Art. 36a i.V.m. Art. 34 und Art. 36 RL 2006/43/EG i.d.F. CSRD.

Schwierigkeiten werden dabei voraussichtlich die Erhebung und Auswertung von Informationen entlang der Wertschöpfungskette darstellen. Des Weiteren lassen sich bereichsübergreifende, themenbezogene und sektorspezifische Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung unterscheiden. Diese Standards, die relativ schnell ausgearbeitet wurden, sind äusserst detailliert und die zu erfassenden Datenpunkte zahlreich. Es darf durchaus kritisch angemerkt werden, dass diese Standards nicht ausreichend international abgestimmt sind und gewissermassen einen europäischen Sonderweg darstellen, mit den damit verbunden Vor- und Nachteilen. Unglücklich ist vor allem auch, dass derzeit noch keine Standards für kleine und mittlere Unternehmen verfügbar sind. Immerhin werden zugleich mehrere Ausnahmen und Erleichterungen vom Anwendungsbereich vorgesehen. Eine besondere Ausnahme vom persönlichen Anwendungsbereich bildet dabei das Konzernprivileg. Auch diesbezüglich stellen sich jedoch offene Fragen im Hinblick auf kleine und mittlere Unternehmen, ebenso hinsichtlich Drittlandunternehmen. Die zwingende Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten stellt sodann ebenfalls eine wichtige Neuerung dar. Noch weitgehend ungeklärt ist aber der erforderliche Umfang der Prüfung. Die Durchführbarkeit einer hinreichenden Prüfung ist bisher noch nicht ausreichend geklärt, die Kosten einer begrenzten Prüfung und einer Prüfung mit hinreichender Sicherheit lassen sich ebenfalls nicht verlässlich abschätzen. Insbesondere auch die Frage, wer die Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten überhaupt vornehmen soll, ist bisher noch weitgehend offen.

Die kommenden Monate und Jahre werden zeigen, wie sich die CSRD und die ESRS in Europa einspielen. Die Schweiz tut sicherlich gut daran, die aktuellen Entwicklungen auf dem Kontinent zeitnah und genau zu beobachten, zumal der sich daraus ergebende Anpassungsbedarf im Hinblick auf die nachhaltige Unternehmensführung zum Schutz von Mensch und Umwelt matchentscheidend sein dürfte.



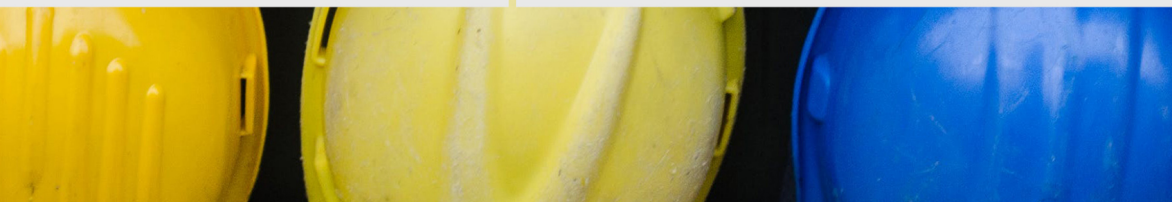
EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

**Basile Cardinaux
Die Weiterentwicklung
der Sozialrechtskoordinierung
im FZA**

AUSGABE:

10 | 2023



Die Weiterentwicklung der Sozialrechtskoordinierung im FZA

Basile Cardinaux*

Inhalt

A.	Einleitung	L 2
B.	Die bisherige Entwicklung der Sozialrechtskoordinierung	L 4
I.	Die unionsrechtliche Sozialrechtskoordinierung	L 4
II.	Die Sozialrechtskoordinierung gemäss FZA	L 5
1.	Der Grundmechanismus	L 5
2.	Aus dem Unionsrecht übernommene Änderungen	L 7
3.	Aus dem Unionsrecht (noch) nicht übernommene Änderungen	L 7
4.	Die bundesgerichtliche Rezeption der koordinierungsrechtlichen EuGH-Rechtsprechung	L 10
a)	Die Nichtexportierbarkeit der AHV/IV-Hilflosenentschädigung	L 10
b)	Weitere diskussionswürdige Rechtsprechung des Bundesgerichts	L 13
aa)	Doppelte Beitragserhebung	L 13
bb)	Keine Ergänzungsleistungen für Bezügerin einer ausländischen Invalidenrente	L 14
cc)	Keine Zusammenrechnung der Versicherungszeiten bei den Überbrückungsleistungen	L 14
c)	Fazit	L 16
C.	Mögliche Entwicklungen der Sozialrechtskoordinierung gemäss FZA	L 16
I.	Bei unverändertem institutionellem Rahmen	L 16
1.	Keine Aktualisierung des Anhangs II mehr?	L 16
2.	Die laufende Revision zur Modernisierung der Koordinierungsverordnungen	L 17
3.	Neue Regeln für die Versicherungsunterstellung bei grenzüberschreitender Telearbeit	L 21
4.	Fazit	L 22

* Basile Cardinaux, Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Universität Freiburg i.Ü., Rechtsanwalt. Ich danke Frau BLaw Marjolaine Deillon, Unterassistentin am Lehrstuhl, für ihre Recherchen zu diesem Beitrag.

II.	Bei einem neuen institutionellen Rahmen	L 23
1.	Die bisher diskutierte Ausgestaltung eines veränderten institutionellen Rahmens	L 23
a)	Die Rechtsentwicklung	L 24
b)	Die Auslegung	L 25
c)	Die Überwachung	L 25
d)	Die Streitbeilegung	L 26
e)	Die Kündigung	L 27
2.	Die dynamische Übernahme unionsrechtlicher Änderungen der Sozialrechtskoordinierung	L 28
3.	Die dynamische Übernahme von EuGH-Rechtsprechung im Bereich der Sozialrechtskoordinierung	L 29
4.	Fazit	L 30
D.	Die multi- und bilateralen Vereinbarungen im Rahmen der Sozialrechtskoordinierung gemäss FZA	L 30
I.	Die multilaterale Vereinbarung zur grenzüberschreitenden Telearbeit	L 31
1.	Die rechtliche Verankerung und die Vertragsstaaten	L 32
2.	Der Geltungsbereich	L 32
3.	Der Regelungsinhalt	L 33
4.	Die Entsendung als Alternative	L 33
II.	Die bilaterale Vereinbarung zwischen Frankreich und der Schweiz betreffend die Krankenversicherungsunterstellung von Grenzgängern	L 34
E.	Schlussbemerkungen	L 34

A. Einleitung

Arbeitnehmer und Selbständige würden deutlich weniger von der Personenfreizügigkeit innerhalb der europäischen Union Gebrauch machen, wenn sie dadurch sozialversicherungsrechtliche Nachteile erlitten. Auf dieser Erkenntnis fusst die europäische Sozialrechtskoordinierung. Wohl gestaltet jeder Mitgliedstaat seine sozialen Absicherungssysteme so, wie er es für richtig hält und es sich leisten kann: Die luxemburgische Alterspension fällt üppiger aus als die bulgarische. Daran rüttelt der europäische Gesetzgeber nicht. Die bulgarische Arbeitnehmerin, die in Luxemburg erwerbstätig und sozialversichert ist, soll aber die luxemburgische Alterspension dereinst auch dann ausbezahlt erhalten, wenn sie ihren Ruhestand in ihrem Heimatstaat geniessen will. Die-

ser sog. Leistungsexport (s. Art. 48 Abs. 1 lit. b AEUV¹ und Art. 7 Verordnung Nr. 883/2004²) ist eines der unionsrechtlichen Koordinierungsinstrumente, um die freizügigkeitsbedingten Nachteile im Bereich der sozialen Sicherheit zu beseitigen. Andere sind: die Gleichbehandlung (s. insb. Art. 45 AEUV und Art. 4 Verordnung Nr. 883/2004), die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten (s. insb. Art. 48 Abs. 1 lit. a AEUV sowie Art. 6 und Art. 51 ff. Verordnung Nr. 883/2004), die Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften (s. insb. Art. 11 ff. Verordnung Nr. 883/2004) und die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Sozialversicherungsträger (s. insb. Art. 4 Abs. 3 EUV³ und Art. 76 Verordnung Nr. 883/2004). Die europäischen Koordinierungsverordnungen konkretisieren diese Grundsätze bis auf eine sehr technische Ebene hinunter. In über sechs Dekaden ist das europäische Koordinierungsrecht gewachsen und weist heute einen entsprechend hohen Reifegrad auf. Dennoch muss es stets wieder an sich verändernde Gegebenheiten und Bedürfnisse angepasst werden.

Kraft Anhang II des FZA⁴ gilt das europäische Koordinierungsrecht auch im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz. Ändert der europäische Gesetzgeber die Koordinierungsverordnungen, dann obliegt es dem Gemischten Ausschuss, darüber zu befinden, ob das neue Recht auch im Rahmen des FZA gelten soll (Art. 18 FZA). Da der Gemischte Ausschuss nur einvernehmlich beschliessen kann (Art. 14 Abs. 1 FZA), muss eine Vertragspartei nichts übernehmen, das sie nicht will. Bis anhin sind die meisten, aber nicht alle Änderungen, die die Union in ihrem Koordinierungsrecht vorgenommen hat, in das FZA überführt worden. Das zeichne ich in diesem Beitrag als erstes nach (B). Anschliessend will ich das bereits bestehende oder noch im Entstehen begriffene Unionsrecht erörtern, bei dem sich fragt oder sich künftig fragen wird, ob es ins FZA einfliesst (C). In einigen Regelungsbereichen des Koordinierungs-

¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung gemäss Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, ABl. Nr. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 47 ff. (konsolidierte Fassung).

² Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30. April 2004, S. 1 ff.; für Liechtenstein aufgrund des EWR-Abkommens anwendbar (ABl. Nr. L 262 vom 6. Oktober 2011, S. 33 ff.); s. SR 0.831.109.268.1 für die kraft Art. 1 Anhang II Abschnitt A Ziff. 1 FZA zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz geltende Fassung.

³ Vertrag über die Europäische Union, Fassung gemäss Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007, ABl. Nr. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 13 ff. (konsolidierte Fassung).

⁴ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681; ABl. Nr. L 114 vom 30. April 2002, S. 6 ff. [konsolidierte Fassung abrufbar unter <[http://data.europa.eu/eli/agree_international/2002/309\(1\)/2021-01-01](http://data.europa.eu/eli/agree_international/2002/309(1)/2021-01-01)> (besucht am 12.10.2023)).

rechts können einzelne Vertragsstaaten untereinander besondere Vereinbarungen treffen. Ich will auf zwei solche Vereinbarungen näher eingehen, die die Schweiz (mit-)abgeschlossen hat ([D](#)).

B. Die bisherige Entwicklung der Sozialrechtskoordinierung

I. Die unionsrechtliche Sozialrechtskoordinierung

Um die Personenfreizügigkeit zu verwirklichen, sollen Erwerbstätige, die in einen anderen Mitgliedstaat ziehen, die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche behalten, die sie im bisherigen Erwerbsstaat erworben haben. Es darf ihnen zudem nicht schwerer als den Inländern fallen, solche Ansprüche im neuen Erwerbsstaat zu erwerben. Schliesslich sollen sie die erworbenen Sozialversicherungsleistungen auch in gleicher Weise beziehen können wie die Inländer, und dies ungeachtet ihres Wohnsitzes. Zur Umsetzung dieser Maximen erliess die damalige EWG schon relativ bald nach ihrer Gründung (Ende 1958) die ersten Koordinierungsverordnungen im Bereich der sozialen Sicherheit.⁵

Zu Beginn der 1970er-Jahre ersetzte der europäische Gesetzgeber sie durch neue. Unter den Verordnungen Nrn. 1408/71⁶ und 574/72⁷ lief für die folgenden Jahrzehnte die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Diese generierte eine Vielzahl von EuGH-Urteilen. Die Erkenntnisse aus dieser Rechtsprechung flossen in der Folge in die Koordinierungsverordnungen ein, die regelmässig angepasst wurden.

Die Verordnungen Nrn. 1408/71 und 574/72 erfuhren in der ersten Dekade dieses Jahrtausends eine Generalüberholung. Nach längeren Vorarbeiten wur-

⁵ Verordnung Nr. 3 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl. Nr. 30 vom 16. Dezember 1958, S. 561/58 ff.; Verordnung Nr. 4 zur Durchführung und Ergänzung der Verordnung Nr. 3 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl. Nr. 30 vom 16. Dezember 1958, S. 597/58 ff.

⁶ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. Nr. L 149 vom 5. Juli 1971, S. 2 ff.; s. AS 2004 121 für die gemäss FZA gültig gewesene Fassung.

⁷ Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. Nr. L 074 vom 27. März 1972, S. 1 ff.; s. AS 2005 3909 für die gemäss FZA gültig gewesene Fassung.

den sie per 1. Mai 2010 durch die aktuell in Kraft stehenden Verordnungen Nrn. 883/2004 und 987/2009⁸ abgelöst.

II. Die Sozialrechtskoordinierung gemäss FZA

1. Der Grundmechanismus

Das FZA besteht aus dem eigentlichen Abkommenstext und drei Anhängen. Während die Vertragsparteien die ausländerrechtlichen Aspekte der Personenfreizügigkeit im Anhang I eigens geregelt haben, verweisen die Anhänge II (Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit) und III (Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) auf die europäischen Rechtsakte, die im jeweiligen Bereich einschlägig sind. Im Anhang II sind das die bereits erwähnten Verordnungen Nrn. 883/2004 und 987/2009 sowie die Richtlinie 98/49⁹ zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche der Wanderarbeitnehmerinnen (Art. 1 i.V.m. Abschnitt A Anhang II FZA). Die Verordnungen Nrn. 883/2004 und 987/2009 enthalten ihrerseits mehrere Anhänge, in denen die Mitgliedstaaten Einträge zur Umsetzung des europäischen Koordinierungsrechts vorgenommen haben. Die Einträge, die die Schweiz betreffen, figurieren im Anhang II des FZA (s. Abschnitt A). Die Vertragsparteien berücksichtigen sodann die Beschlüsse und Empfehlungen, die die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gefasst bzw. abgegeben hat (Art. 2 Abschnitte B und C). Den Anhang II beschliesst ein Protokoll, das für Übergangsrechtliche Sonderregelungen der Schweiz bestimmt ist und einen integrierenden Bestandteil des FZA bildet (Art. 3 Anhang II FZA). Allerdings sind nur die Bestimmungen des Protokolls zur Arbeitslosenversicherung und zur beruflichen Vorsorge transitorischer Natur. Die Schweiz hat sich im Protokoll indessen auch vorbehalten, die Hilflosenentschädigungen der AHV/IV – dauerhaft – nicht in die anderen Vertragsstaaten ausbezahlen zu müssen.¹⁰

⁸ Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 284 vom 30. Oktober 2009, S. 1 ff.; für Liechtenstein aufgrund des EWR-Abkommens anwendbar (ABl. Nr. L 262 vom 6. Oktober 2011, S. 33 ff.); s. SR 0.831.109.268.11 für die kraft Art. 1 Anhang II Abschnitt A Ziff. 2 FZA zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz geltende Fassung.

⁹ Richtlinie 98/49 des Rates vom 29. Juni 1998 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. Nr. L 209 vom 25. Juli 1998, S. 46 ff.

¹⁰ Siehe dazu unten [B.II.2.](#)

Das FZA ist statisch konzipiert. Aktualisiert die Union die Koordinierungsverordnungen, so müssen die Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss einvernehmlich (Art. 14 Abs. 1 FZA) beschliessen, die Anpassungen ins FZA zu überführen (Art. 18 FZA). Neue Rechtsakte im Bereich der sozialen Sicherheit, die ausserhalb der Koordinierungsverordnungen ergehen, bedürfen einer Revision des FZA (Art. 18 Satz 2 Teilsatz 2 FZA *e contrario*).

Zum *acquis communautaire*, der mit dem FZA übernommen wurde, zählt auch die umfangreiche Rechtsprechung des EuGH, die zu den Koordinierungsverordnungen ergangen ist. Der statischen Konzeption des FZA folgend, sind im Rahmen des FZA nur die Urteile des EuGH bindend, die der EuGH bis zum 21. Juni 1999 gefällt hat (Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA). An die danach ergangene EuGH-Rechtsprechung haben sich die EU-Mitgliedstaaten ebenfalls zu halten. Für die Schweiz gilt dies zumindest formell nicht. Im FZA ist jedoch vorgesehen, dass die Schweiz über diese Rechtsprechung unterrichtet wird (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 FZA). Das dürfte überflüssig sein, da die Urteile des EuGH zeitnah online abrufbar sind. Wichtiger ist die Option, dass „der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung [feststellt,]“ „[um] das ordnungsgemässe Funktionieren [des FZA] sicherzustellen“ (Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA). Hinter dieser kryptischen Klausel verbirgt sich die indirekte Aufforderung ans Schweizer Bundesgericht, auch die nach dem 21. Juni 1999 gefällten EuGH-Urteile zu berücksichtigen, um eine einheitliche Rechtsanwendung im FZA-Vertragsraum zu garantieren.

In der EU wacht die Kommission darüber, dass die Mitgliedstaaten das Unionsrecht einhalten (Art. 17 Abs. 1 Satz 3 EUV). Sie kann gegen Mitgliedstaaten, die in ihren Augen gegen das Unionsrecht verstossen, ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH anstrengen (Art. 258 AEUV). Dasselbe steht auch den Mitgliedstaaten zu, die finden, ein anderer Mitgliedstaat verletze seine unionsrechtlichen Pflichten (Art. 259 AEUV). Zudem können die nationalen Gerichte den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen, damit dieser verbindlich festlegt, wie das Unionsrecht auszulegen ist (Art. 267 AEUV). Vergleichbare Instrumente sieht das FZA nicht vor. Es besteht weder eine gemeinsame Überwachungsbehörde noch ein übergeordnetes (Schieds-)Gericht. Sind die Vertragsparteien uneins, wie das FZA auszulegen oder anzuwenden ist, so kann alleine der Gemischte Ausschuss die Streitigkeit beilegen (Art. 19 FZA). Hierzu müssen die Vertragsparteien Einigkeit erzielen (Art. 14 Abs. 1 Satz 3 FZA). Keine der Vertragsparteien kann der anderen folglich ihre Auslegung oder Anwendungsweise des FZA aufzwingen. Das gilt natürlich auch für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, wie sie im FZA geregelt ist.

2. Aus dem Unionsrecht übernommene Änderungen

Die meisten Änderungen der Koordinierungsverordnungen hat die Schweiz übernommen. Insgesamt fünfmal hat der Gemischte Ausschuss Beschlüsse gefasst, um den Anhang II des FZA entsprechend anzupassen.¹¹ Der wichtigste davon war zweifellos jener, mit dem die Verordnungen Nrn. 1408/71 und 574/72 per 1. April 2012 durch die Verordnungen Nrn. 883/2004 und 987/2009 abgelöst wurden.¹² Der letzte Beschluss zur Änderung des Anhangs II erfolgte am 15. Dezember 2020, um den Austritt Grossbritanniens aus der EU auch im Rahmen der FZA-Sozialrechtskoordinierung zu vollziehen.¹³

3. Aus dem Unionsrecht (noch) nicht übernommene Änderungen

Mit der Verordnung Nr. 859/2003¹⁴ hat der europäische Gesetzgeber den persönlichen Geltungsbereich der Koordinierungsverordnungen ausgedehnt. Da-

¹¹ Beschluss Nr. 2/2003 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz vom 15. Juli 2003 zur Änderung des Anhangs II (Soziale Sicherheit) des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl. Nr. L 187 vom 26. Juli 2003, S. 55 ff.; Beschluss Nr. 1/2006 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz vom 6. Juli 2006 zur Änderung des Anhangs II (Soziale Sicherheit) des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl. Nr. L 270 vom 29. September 2006, S. 67 ff.; Beschluss Nr. 1/2012 des Gemischten Ausschusses eingesetzt im Rahmen des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 31. März 2012 zur Ersetzung des Anhangs II dieses Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 103 vom 13. April 2012, S. 51 ff.; Beschluss Nr. 1/2014 des Gemischten Ausschusses, eingesetzt im Rahmen des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 28. November 2014 zur Änderung von Anhang II dieses Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 367 vom 23. Dezember 2014, S. 122 ff.; Beschluss Nr. 1/2020 des Gemischten Ausschusses, eingesetzt im Rahmen des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 15. Dezember 2020 zur Änderung von Anhang II dieses Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 042 vom 5. Februar 2021, S. 15 ff.

¹² Beschluss Nr. 1/2012 (Fn. 11).

¹³ Beschluss Nr. 1/2020 (Fn. 11).

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschliesslich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmungen fallen, ABl. Nr. L 124 vom 20. Mai 2003, S. 124 ff.

nach ist das europäische Koordinierungsrecht (früher Verordnungen Nrn. 1408/71 und 574/72, heute Verordnungen Nrn. 883/2004 und 987/2009) auch auf Drittstaatsangehörige anwendbar, sofern diese ihren rechtmässigen Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat haben und ihre Situation ein grenzüberschreitendes Element aufweist (Art. 1 Verordnung Nr. 859/2003). Die Verordnung Nr. 859/2003 gilt nicht für Dänemark (Erwägungsgrund Nr. 19).¹⁵ Sie hat die Koordinierungsverordnungen nicht abgeändert und wurde folglich nicht in diese integriert. Bis heute wurde sie auch nicht ins FZA überführt.¹⁶

Bisher nicht ins FZA übernommen worden sind ausserdem drei Änderungsverordnungen, mit denen verschiedene mitgliedstaatliche Einträge in den Anhängen der Verordnung Nr. 883/2004 angepasst wurden.¹⁷ Es handelt sich um rein technische Änderungen, die sich materiell praktisch nicht auf die Schweiz auswirken. Eine dieser Änderungsverordnungen wurde denn auch als nicht bedeutungsvoll für die Schweiz deklariert,¹⁸ die anderen beiden hingegen schon.¹⁹ Sachliche Gründe, weshalb der Gemischte Ausschuss diese beiden letztgenannten Verordnungen nicht ins FZA übertragen hat, sind nicht ersichtlich. Möglicherweise fielen sie dem Entschluss der EU von Ende 2018 zum

¹⁵ Siehe dazu im Einzelnen Basile Cardinaux, Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008, Fn. 402.

¹⁶ Siehe auch BGE 145 V 231, 238 E. 6.3.3.

¹⁷ Verordnung (EU) Nr. 1372/2013 der Kommission vom 19. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, ABl. Nr. L 346 vom 20. Dezember 2013, S. 27 f.; Verordnung (EU) Nr. 1368/2014 der Kommission vom 17. Dezember 2014 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EU) Nr. 1372/2013 der Kommission zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, ABl. Nr. L 366 vom 20. Dezember 2014, S. 15 f.; Verordnung (EU) Nr. 2017/492 der Kommission vom 21. März 2017 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, ABl. Nr. L 76 vom 22. März 2017, S. 13 ff.

¹⁸ Verordnung Nr. 1368/2014 (Fn. 17).

¹⁹ Verordnung Nr. 1372/2013 (Fn. 17) und Verordnung Nr. 2017/492 (Fn. 17).

Opfer, die bestehenden bilateralen Abkommen nicht weiter aktualisieren zu wollen, bis ein neuer institutioneller Rahmen für diese Abkommen gefunden ist.²⁰

Zu erwähnen bleibt die Europäische Arbeitsbehörde, die die EU im Jahr 2019 errichtet hat. Deren Aufgabe ist es, „die Mitgliedstaaten und die Kommission bei der wirksamen Anwendung und Durchsetzung des Unionsrechts im Bereich der unionsweiten Arbeitskräftemobilität und der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in der Union“ zu unterstützen (Art. 1 Abs. 2 Verordnung 2019/1149²¹). In der Verordnung Nr. 883/2004 wurden für die Europäische Arbeitsbehörde zwei neue Bestimmungen eingefügt (Art. 1 lit. na und Art. 74a). Den Text der Verordnung 2019/1149, mit welcher die Europäische Arbeitsbehörde errichtet wurde, erachtete die Union als von Bedeutung für den EWR und die Schweiz. Die Verordnung 2019/1149 und mit ihr die beiden neuen Bestimmungen in der Verordnung Nr. 883/2004 fanden jedoch keinen Eingang ins FZA. In der Fassung der Verordnung Nr. 883/2004, wie sie im Rahmen des FZA gilt, bleibt die Europäische Arbeitsbehörde bis heute unerwähnt. Auch dies dürfte wohl dem Umstand geschuldet sein, dass die EU die bestehenden bilateralen Abkommen vorderhand nicht mehr aufdatieren will.²²

Die vorstehend aufgeführten Änderungen im Koordinierungsrecht, die nicht ins FZA eingeflossen sind, sind von geringer Bedeutung. Es wäre zwar übersichtlicher, befänden sich die Koordinierungsverordnungen, wie sie im Rahmen des FZA gelten, auf demselben Stand wie auf der EU-Ebene. Für die Personen, die innerhalb des FZA-Raums von der Personenfreizügigkeit Gebrauch machen, wirkt sich die (geringfügige) Diskrepanz jedoch nicht negativ aus.

Eine Ausnahme bildet die eingangs erwähnte Verordnung Nr. 859/2003, auf die sich die Drittstaatsangehörigen im Geltungsbereich des FZA nicht berufen können.²³ Sie würde für die Drittstaatsangehörigen spürbare Verbesserungen im sozialen Schutz bringen, wenn diese bspw. von einem EU-Mitgliedstaat in die Schweiz ziehen. Da jedoch das FZA ganz allgemein nur für die Staatsange-

²⁰ Bundesrat, Bericht vom 26. Mai 2021 betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU (<https://www.eda.admin.ch/content/dam/europa/de/documents/abkommen/20210526-bericht_verhandlungen_institutionelles-Abkommen_ch-eu_DE.pdf> [zuletzt besucht am 27.10.2023]), S. 18. Siehe zum institutionellen Rahmen unten C.

²¹ Verordnung (EU) 2019/1149 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004, (EU) Nr. 492/2011 und (EU) 2016/589 sowie zur Aufhebung des Beschlusses (EU) 2016/344, ABl. Nr. L 186 vom 11. Juli 2019, S. 21 ff.

²² Siehe oben bei Fn. 20.

²³ Siehe oben bei Fn. 16.

hörigen eines Vertragsstaates gilt (s. Art. 1 FZA), liegt es auf der Hand, dass sich auch die Sozialrechtskoordinierung, wie sie das FZA vorsieht, auf diesen Personenkreis beschränkt.²⁴ Insofern ist es nachvollziehbar, dass die Verordnung Nr. 859/2003 – die zudem nicht in der gesamten EU anwendbar ist²⁵ – nicht ins FZA eingeflossen ist.

4. Die bundesgerichtliche Rezeption der koordinierungsrechtlichen EuGH-Rechtsprechung

Wie ausgeführt, zählt auch die EuGH-Rechtsprechung, die zu den Koordinierungsverordnungen ergangen ist, zum *acquis communautaire*.²⁶ Wohl ist das Bundesgericht nicht an diese Rechtsprechung gebunden, soweit sie durch Urteile begründet ist, die nach der Unterzeichnung des FZA (21. Juni 1999) gefällt wurden.²⁷ Indessen ist mir kein Urteil des Bundesgerichts bekannt, in dem sich das Bundesgericht offen geweigert hätte, neuere EuGH-Rechtsprechung zu übernehmen, weil es ein besseres Verständnis des europäischen Koordinierungsrechts für sich in Anspruch genommen hätte. Wohl übersteuerte es bei der AHV/IV-Hilflosenentschädigung die EuGH-Rechtsprechung, jedoch aus anderen Gründen. Darauf gehe ich nachstehend ein (a). Anschliessend erläutere ich drei ausgewählte koordinierungsrechtliche Urteile des Bundesgerichts, bei denen der EuGH möglicherweise anders entschieden hätte (b), und ziehe ein kurzes Fazit (c).

a) Die Nichtexportierbarkeit der AHV/IV-Hilflosenentschädigung

Unser höchstes Gericht hat erkannt, dass die AHV/IV-Hilflosenentschädigung als rein steuerfinanzierte Leistungen (Art. 102 Abs. 2 AHVG, Art. 77 Abs. 2 IVG) nicht an Personen auszubezahlen sind, die in einem EU-Mitgliedstaat wohnen.²⁸

²⁴ Immerhin gilt es darauf hinzuweisen, dass anerkannte Flüchtlinge und Staatenlose im Rahmen der Verordnung Nr. 883/2004 den Vertragsstaatsangehörigen gleichgestellt sind (Art. 2 Abs. 1 Verordnung Nr. 883/2004). Zudem können sich auch Familienangehörige aus Drittstaaten in verschiedenen Konstellationen auf die Verordnung Nr. 883/2004 berufen (s. etwa Art. 2 Abs. 2 Verordnung Nr. 883/2004 sowie BGE 139 V 393).

²⁵ Siehe oben bei Fn. 16.

²⁶ Siehe oben [B.II.1.](#)

²⁷ Siehe oben [B.II.1.](#)

²⁸ BGE 132 V 423 = Pra 96 (2007) Nr. 146; BGE 142 V 2; BGer 9C_768/2015 vom 11. Mai 2016, E. 5.

Unter der Herrschaft der Verordnung Nr. 1408/71 hatte die Schweiz am 15. Juli 2003 – also rund ein Jahr nach Inkrafttreten des FZA – noch einen entsprechenden Eintrag im Anhang IIa in der betreffenden Verordnung gemacht, was der Gemischte Ausschuss absegnete (Art. 10a Abs. 1 i.V.m. lit. a1 des Schweizer Eintrags in Anhang IIa Verordnung Nr. 1408/71).²⁹ In der geltenden Verordnung Nr. 883/2004 fehlt ein solcher Eintrag (Art. 70 Abs. 2 und 3 i.V.m. Anhang X Verordnung Nr. 883/2004 *e contrario*).

Der Grund hierfür liegt in der EuGH-Rechtsprechung. Im Urteil *Jauch* vom 8. März 2001 hatte der EuGH das österreichische Pflegegeld zu qualifizieren.³⁰ Österreich hatte diese Leistung als beitragsunabhängige Sonderleistung betrachtet und sie für nichtexportierbar erklärt (Art. 4 Abs. 2a i.V.m. Art. 10a und Anhang IIa Verordnung Nr. 1408/71; heute: Art. 70 Abs. 1 i.V.m. Anhang X Verordnung Nr. 883/2004). Dem widersprach der EuGH. An sein Urteil *Molenaar* aus dem Jahre 1998 erinnernd,³¹ in dem es um wesensgleiche Leistungen der deutschen Pflegeversicherung ging, ordnete der EuGH das österreichische Pflegegeld als Leistung bei Krankheit ein (Art. 4 Abs. 1 lit. a Verordnung Nr. 1408/71, heute: Art. 3 Abs. 1 lit. a Verordnung Nr. 883/2004). Entscheidend war, dass die Leistung an das Risiko „Krankheit“ geknüpft war und für die betroffenen Personen ein Rechtsanspruch darauf bestand, wenn sie den gesetzlichen Tatbestand erfüllten. Als Leistung bei Krankheit war das österreichische Pflegegeld zwingend auch in andere Mitgliedstaaten auszubezahlen.³² Auf diese Rechtsprechung berief sich auch der EFTA-Gerichtshof, als er 2007 urteilte, die liechtensteinische Hilflosenentschädigung, die der schweizerischen nachgebildet ist, sei ebenfalls in andere EU-Mitgliedstaaten zu exportieren.³³

In seinem ersten Urteil zur Nichtexportierbarkeit der AHV/IV-Hilflosenentschädigungen setzte sich das Bundesgericht ausführlich mit der zitierten EuGH-Rechtsprechung auseinander.³⁴ Es berücksichtigte jedoch, dass die

²⁹ Beschluss Nr. 2/2003 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz vom 15. Juli 2003 zur Änderung des Anhangs II (Soziale Sicherheit) des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABL Nr. L 187 vom 26.7.2003, S. 55 ff.

³⁰ Urteil des EuGH vom 8. März 2001, Rs. C-215/99, Friedrich Jauch gegen Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, ECLI:EU:C:2001:139.

³¹ Urteil des EuGH vom 5. März 1998, Rs. C-160/96, Manfred Molenaar und Barbara Fath-Molenaar gegen Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg, ECLI:EU:C:1998:84, insb. N 19 ff.

³² EuGH Rs. *Jauch* (Fn. 30), N 17 ff.

³³ Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 14. Dezember 2007, Rs. E-5/06, EFTA-Überwachungsbehörde gegen Fürstentum Liechtenstein (abrufbar unter: <<https://eftacourt.int/cases>> [zuletzt besucht am 28.10.2023]), N 57 ff.

³⁴ BGE 132 V 423 = Pra 96 (2007) Nr. 146, E. 6 ff.

Schweiz im Protokoll zum FZA (in der bei Inkrafttreten am 1. Juni 2002 gültigen Fassung) bereits vermerkt hatte, die AHV/IV-Hilflosenentschädigungen würden als nichtexportierbare Leistungen in Anhang IIa der Verordnung Nr. 1408/71 aufgenommen, sobald diese Leistungen ausschliesslich durch die öffentliche Hand finanziert sind.³⁵ Nachdem diese Voraussetzung bald nach Inkrafttreten des FZA erfüllt war (s. Art. 102 Abs. 2 AHVG und Art. 77 Abs. 2 IVG), erfolgte dann der entsprechende Eintrag der Schweiz in den Anhang IIa, worin die EU im Gemischten Ausschuss einwilligte.³⁶ Unter Berufung auf das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge³⁷ (Art. 26 [*pacta sunt servanda*] und Art. 28 [ausnahmsweise Rückwirkung bei im Abkommen angekündigter Rechtsänderung]) erachtete das Bundesgericht diese völkerrechtlichen Rechtsakte als vorrangig gegenüber der EuGH-Rechtsprechung, die nach Inkrafttreten des FZA ergangen und damit formell nicht bindend war (Art. 16 Abs. 2 FZA).³⁸

Als die Verordnungen Nrn. 1408/71 und 574/72 per 1. April 2012 durch die Verordnungen Nrn. 883/2004 und 987/2009 abgelöst wurden,³⁹ verzichtete die Schweiz angesichts der dargestellten EuGH-Rechtsprechung darauf, in der Verordnung Nr. 883/2004 im einschlägigen Anhang⁴⁰ erneut die Nicht-exportierbarkeit der AHV/IV-Hilflosenentschädigung zu vermerken. Stattdessen wurde der Protokolleintrag abgeändert. Dieser hält nun unmissverständlich fest, dass die AHV/IV-Hilflosenentschädigung nur an Personen ausbezahlt wird, die in der Schweiz wohnen. Auch hierin willigte die EU im Gemischten Ausschuss ein.⁴¹ Dieser Protokolleintrag war wiederum entscheidend dafür, dass das Bundesgericht im Jahre 2015 entschied, die AHV/IV-Hilflosenentschädigung seien auch unter der Herrschaft der neuen Koordinierungsverordnungen (s. für das Exportgebot insb. Art. 7 Verordnung Nr. 883/2004) nicht in den EU-Raum zu exportieren.⁴²

Betrachtet man die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Export der AHV/IV-Hilflosenentschädigung oberflächlich, so mag erscheinen, dass sich das Bundesgericht weigert, die nach der Unterzeichnung des FZA ergangene EuGH-Rechtsprechung zu übernehmen. Tatsächlich aber hat es diese Recht-

³⁵ Siehe AS 2002 1582 für den ursprünglichen Protokolleintrag betreffend die AHV/IV-Hilflosenentschädigung; BGE 132 V 423 = Pra 96 (2007) Nr. 146, E. 9.5.3.

³⁶ Siehe oben Fn. 29.

³⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111).

³⁸ BGE 132 V 423 = Pra 96 (2007) Nr. 146, E. 9; s.a. oben [B.II.1](#).

³⁹ Siehe oben [B.II.2](#).

⁴⁰ Siehe dazu oben nach Fn. 29.

⁴¹ Beschluss Nr. 1/2012 (Fn. 11), S. 58.

⁴² S. dazu oben nach Fn. 37.

sprechung nicht in Frage gestellt, sondern anhand der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze⁴³ einzig erkannt, dass sie nach der geltenden statischen Konzeption des FZA nicht vorrangig ist, wenn die Parteien des FZA ausdrücklich eine davon abweichende Vereinbarung getroffen haben.

b) *Weitere diskussionswürdige Rechtsprechung des Bundesgerichts*

aa) *Doppelte Beitragserhebung*

Nicht nur zweifelhaft, sondern m.E. klar FZA-widrig ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die dazu erging, wie die AHV/IV-Beiträge bei nichterwerbstätigen Versicherten zu erheben sind, die in der Schweiz wohnen, deren Ehegatte aber in einem EU-Mitgliedstaat erwerbstätig ist. Das Bundesgericht deckt nämlich die Praxis der AHV-Ausgleichskassen, in diesen Fällen auch die Hälfte des Erwerbseinkommens des erwerbstätigen Ehegatten zur Beitragsbemessung herbeizuziehen (s. Art. 10 AHVG; Art. 28 Abs. 4 AHVV), obwohl auf diesem Einkommen im (ausländischen) Erwerbsstaat bereits Sozialversicherungsbeiträge bezahlt wurden.⁴⁴ Wäre der Ehegatte der nichterwerbstätigen versicherten Person in der Schweiz erwerbstätig, träte eine solche doppelte Beitragserhebung praktisch nie ein, weil die nichterwerbstätige Versicherte in dieser Situation in aller Regel beitragsbefreit ist (Art. 3 Abs. 3 AHVG). Die doppelte Beitragserhebung in der eingangs beschriebenen Situation verstösst nach hier vertretener Ansicht insbesondere gegen das Ausschliesslichkeitsprinzip (Art. 11 Abs. 1 Verordnung Nr. 883/2004), wonach Versicherte grundsätzlich den Sozialversicherungen eines einzigen Staates unterstellt und auch nur dort beitragspflichtig sind.⁴⁵

⁴³ BGE 142 V 2, 6 ff. E. 6.

⁴⁴ BGE 140 V 98, 101 ff. E. 6 ff.; BGer H 114/05 vom 9.5.2007, E. 4.3.2.

⁴⁵ In diesem Sinne: Urteil des EuGH vom 9. März 2006, Rs. C-493/04, L. H. Piatkowski gegen Inspecteur van de Belastingdienst grote ondernemingen Eindhoven, ECLI:EU:C:2006:167; s. eingehender Basile Cardinaux, Die aktuelle sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA und EFTA-Übereinkommens, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Zürich/Basel/Genf/Bern 2014, S. 483 ff., insb. S. 485 ff.

bb) Keine Ergänzungsleistungen für Bezügerin einer ausländischen Invalidenrente

Ebenfalls diskutabel erscheint unsere höchstrichterliche Praxis, wonach Bezüger einer ausländischen Invalidenrente keine Ergänzungsleistungen zustehen.⁴⁶ Ich habe das entsprechende Urteil bereits an anderer Stelle kritisch besprochen, worauf verwiesen sei.⁴⁷

cc) Keine Zusammenrechnung der Versicherungszeiten bei den Überbrückungsleistungen

Die am 1. Juli 2021 eingeführten Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose qualifizierte das Bundesgericht europarechtlich als Vorruhestandsleistungen (Art. 1 lit. x, Art. 3 Abs. 1 lit. i Verordnung Nr. 883/2004) und nicht als Leistungen bei Arbeitslosigkeit (Art. 3 Abs. 1 lit. h Verordnung Nr. 883/2004).⁴⁸ Der Unterschied ist bedeutsam: Wären die Übergangsleistungen Leistungen bei Arbeitslosigkeit, müssten die in einem anderen FZA-Vertragsstaat zurückgelegten Versicherungszeiten an die 20-jährige AHV-Mindestversicherungszeit (Art. 5 Abs. 1 lit. b ÜLG⁴⁹) angerechnet werden (Art. 6 Verordnung Nr. 883/2004). Sind sie jedoch als Vorruhestandsleistungen einzustufen, ist das entsprechende Zusammenrechnungsprinzip nicht anzuwenden (Art. 66 Verordnung Nr. 883/2004).

Das Bundesgericht erwog die Argumente, die für eine Qualifikation als Leistungen bei Arbeitslosigkeit sprachen, durchaus. So fussen die Überbrückungsleistungen verfassungsrechtlich auf Art. 114 Abs. 5 BV, der den Bund ermächtigt, Vorschriften zur Arbeitlosenfürsorge zu erlassen. Sie sind folglich für Menschen gedacht ist, bei denen sich das Risiko „Arbeitslosigkeit“ verwirklicht hat. Zudem haben die Bezügerinnen von Überbrückungsleistungen jährlich nachzuweisen, dass sie sich um die Integration in den Arbeitsmarkt bemühen (Art. 5 Abs. 5 ÜLG; Art. 5 ÜLV⁵⁰). Das Bundesgericht mass diesem Umstand jedoch eine geringe Bedeutung zu, da das Gesetz keine Sanktionsmöglichkeit bei einem fehlenden Nachweis von Integrationsbemühungen vorsehe. Als ent-

⁴⁶ BGE 141 V 396, 400 ff. E. 5 ff.

⁴⁷ Basile Cardinaux, Die aktuelle sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA, in: Epiney/Kern/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Zürich/Basel/Genf/Bern 2016, S. 501 ff., insb. S. 512 ff.

⁴⁸ BGE 149 V 136, 137 ff. E. 3 ff.

⁴⁹ Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose vom 19. Juni 2020 (SR 837.2).

⁵⁰ Verordnung über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose vom 11. Juni 2021 (SR 837.21).

scheidend erachteten unsere höchsten Richter vielmehr, dass die Personen, die Überbrückungsleistungen beziehen, der Arbeitsverwaltung nicht zur Verfügung stehen müssten. Vielmehr würden sie aus dem System der Arbeitslosenversicherung herausgehalten. So müssen sie ausgesteuert sein, um Überbrückungsleistungen beanspruchen zu können (Art. 5 Abs. 1 lit. a ÜLG).⁵¹

Diese Argumente überzeugen m.E. nur bedingt. Auch wenn die betroffenen Personen ausgesteuert sein müssen, so handelt es sich eben doch um Leistungen, die eine vorangehende versicherte Arbeitslosigkeit voraussetzen und somit untrennbar mit dieser verknüpft sind. Die Personen, die Überbrückungsleistungen beziehen, können auch nicht bedingungslos den (Vor-)Ruhestand genießen. Vielmehr wird von ihnen erwartet, dass sie sich möglichst wieder in den Arbeitsmarkt eingliedern. Selbst wenn die entsprechenden Bemühungen behördlicherseits nur jährlich geprüft werden, so fordert sie der Gesetzgeber dennoch ein. Was schliesslich die fehlende Sanktionsmöglichkeit angeht, so ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber die Integrationsbemühungen, die er von den betroffenen Personen erwartet, unter den Anspruchsvoraussetzungen aufführt.⁵² Mithin handelt sich nicht nur um eine lockere Kontrollvorschrift, wie es das Bundesgericht darstellt. Vielmehr drängt sich der Schluss auf, dass die Überbrückungsleistungen bei fehlenden Integrationsbemühungen zurückzufordern sind, da sie diesfalls zu Unrecht ausgerichtet wurden (s. Art. 25 ATSG). So ist daran zu erinnern, dass auch Leistungen der Rückerstattungspflicht unterliegen, die aus einem nachträglich weggefallenen Grund ausgerichtet wurden.⁵³ Zählen nun die Integrationsbemühungen zu den Anspruchsvoraussetzungen, so finden wir uns genau in einer solchen Konstellation wieder: Stellt das für die Überbrückungsleistungen zuständige Organ fest, dass die Person, die Überbrückungsleistungen bezogen hat, sich im vorangehenden Kalenderjahr nicht um die Integration in den Arbeitsmarkt bemüht hat, so ist eine der erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen nachträglich weggefallen. Die Überbrückungsleistungen wurden folglich zu Unrecht erbracht und sind zurückzuerstatten. So betrachtet präsentiert sich die gesetzliche Pflicht zu Integrationsbemühungen in einem weit weniger „harmlosen“ Licht als vom Bundesgericht erwogen.

Nach dem Gesagten wäre es auf jeden Fall auch vertretbar gewesen, die Überbrückungsleistungen europarechtlich als Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu

⁵¹ BGE 149 V 136, 148 ff. E. 9.

⁵² Siehe die systematische Einordnung von Art. 5 Abs. 5 ÜLG in der Bestimmung zum „Anspruch auf Überbrückungsleistungen“ und von Art. 5 ÜLV im „1. Kapitel: Anspruch auf Überbrückungsleistungen“.

⁵³ BGE 142 V 358, 365 E. 6.1.

qualifizieren.⁵⁴ Insgesamt ist dem Bundesgericht jedoch zugute zu halten, dass es seinen Entscheid – trotz obigen Einwänden – sorgfältig begründet hat. Dieser hätte anders ausfallen können, aber nicht müssen.

c) Fazit

Um den Rahmen dieses Beitrags nicht zu sprengen, habe ich vorstehend nur drei diskussionswürdige Urteile aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Sozialrechtskoordinierung herausgegriffen. Sie mögen daran erinnern, dass das Bundesgericht in der Schweiz als höchste Instanz für das europäische Koordinierungsrecht fungiert, wie es im Rahmen des FZA gilt. Es übt diese Aufgabe nach meiner Einschätzung gewissenhaft und qualitativ überzeugend aus. Zweifellos aber verfolgt das Bundesgericht nicht mit demselben Eifer wie der EuGH das Ziel, in allen Belangen eine möglichst hindernisfreie Personenfreizügigkeit herbeizuführen. Bei manchen Urteilen denkt sich der aufmerksame Beobachter deshalb, der EuGH hätte freizügigkeitsfreundlicher entschieden (so etwa beim oben geschilderten Entscheid zu den Überbrückungsleistungen). Schliesslich verbleiben auch ein paar Urteile, die als mangelhaft oder zumindest diskutabel erscheinen (so bspw. die beiden ersten Entscheide, die oben dargestellt sind).

C. Mögliche Entwicklungen der Sozialrechtskoordinierung gemäss FZA

I. Bei unverändertem institutionellem Rahmen

1. Keine Aktualisierung des Anhangs II mehr?

Wie bereits oben ausgeführt: Ende 2018 entschied die EU, die bestehenden bilateralen Abkommen nicht weiter zu aktualisieren, bis die Union und die Schweiz einen anderen institutionellen Rahmen vereinbart haben.⁵⁵ Tatsächlich wurde der Anhang II des FZA zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit seither nur noch einmal angepasst.⁵⁶ Den Anlass gab der Brexit, der 2020 auch bei der Sozialrechtskoordinierung, wie sie das FZA regelt, vollzogen wurde; hierzu war der Anhang II abzuändern.⁵⁷ Das deutet darauf hin, dass

⁵⁴ Siehe auch Basile Cardinaux, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021, Art. 114 BV N 43.

⁵⁵ Siehe oben [B.II.3.](#) bei Fn. 20.

⁵⁶ Siehe oben [B.II.3.](#)

⁵⁷ Siehe oben [B.II.2.](#)

die Union wohl auch künftig bereit ist, den Anhang II anzupassen, wenn ihre Interessen gewichtig genug sind. In näherer Zukunft dürften dabei die beiden nachfolgend dargestellten Revisionsvorhaben im Fokus stehen.

2. Die laufende Revision zur Modernisierung der Koordinierungsverordnungen

Die EU möchte die Koordinierungsverordnungen „modernisieren“. Die entsprechenden Revisionsarbeiten sind schon seit Jahren im Gange.⁵⁸ Das Vorhaben stiess bisher aber auf (zu) grossen Widerstand.⁵⁹ Um was geht es bei dieser Reform? Dem letzten bekannten Stand folgend,⁶⁰ würde die Vorlage nebst diversen kleineren Modifikationen vor allem spezifische Regeln zur Koordinierung der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit einführen und die Koordinierung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit neu ordnen. Letztere Vorschläge sind besonders umstritten und auch für die Schweiz in hohem Masse relevant.

Vorgesehen ist u.a., dass Versicherungszeiten, die in verschiedenen Mitgliedstaaten zurückgelegt wurden, nur dann zusammenzurechnen sind, wenn die antragstellende Person im Staat, in dem sie um Leistungen bei Arbeitslosigkeit ersucht, zuvor mindestens einen Monat versichert war (E-Art. 61 Verordnung Nr. 883/2004). Eine Beschäftigung von wenigen Tagen soll nicht mehr genügen, um in einem Staat Leistungen bei Arbeitslosigkeit beziehen zu können. Des Weiteren ist geplant, die Dauer, während welcher Leistungen bei Arbeitslosigkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu exportieren sind, von drei (Art. 64 Abs. 1 lit. c Verordnung Nr. 883/2004) auf sechs Monate zu verlängern (E-

⁵⁸ Siehe für eine grobe Übersicht über die bisherigen Gesetzgebungsarbeiten <https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2016_397?rid=1&qid=1696231246419> und <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/rules-social-security-systems>>.

⁵⁹ Ein Vorschlag der schwedischen Präsidentschaft des Rates der EU vom 21. April 2023 für ein neues Verhandlungsmandat (s. Fn. 60) sollte neuen Schwung in die Suche nach einem mehrheitsfähigen Kompromiss bringen, scheiterte aber an fehlender Unterstützung (Ausschuss der Ständigen Vertreter des Rates der Europäischen Union, Summary Record [=zusammenfassender Datensatz] der Sitzungen vom 26. und 28. April 2023 [<<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8806-2023-INIT/en/pdf>>; besucht am 2.11.2023]).

⁶⁰ Präsidentschaft des Rates der Europäischen Union, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 [eigene Übersetzung aus dem Englischen], Vorschlag der Präsidentschaft des Rates für ein neues Verhandlungsmandat vom 21.4.2023 (<<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8394-2023-ADD-1/en/pdf>> [zuletzt besucht am 31.10.2023]). Auch wenn dieser Vorschlag keine genügende Unterstützung fand (s. Fn. 59), so dürfte er die Basis für weitere Gespräche bilden. Ich stütze meine Ausführungen deshalb auf diesen Text.

Art. 64 Abs. 1 lit. c Verordnung Nr. 883/2004). Die wohl wichtigste Änderung bestünde indessen darin, dass Personen, die zuletzt in einem anderen als dem Wohnmitgliedstaat gearbeitet haben (insb. Grenzgänger), nicht mehr im Wohnmitgliedstaat (Art. 65 Abs. 2 und Abs. 5 lit. a Verordnung Nr. 883/2004), sondern im letzten Beschäftigungsstaat die Leistungen bei Arbeitslosigkeit beanspruchen können und sich auch dort der Arbeitsverwaltung zur Verfügung stellen müssen (E-Art. 65 Abs. 1 Verordnung Nr. 883/2004). Ausgenommen wären die Personen, die im letzten Beschäftigungsstaat weniger als sechs Monate versichert waren, bevor sie arbeitslos wurden. Der Wohnmitgliedstaat wäre weiterhin zuständig, an diese Personen die Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu erbringen (E-Art. 65 Abs. 2 Verordnung Nr. 883/2004). Zugunsten dieser Lösung wird insbesondere vorgebracht, dass sie das Prinzip der *lex loci laboris* stärke und die finanziellen Lasten zwischen den Mitgliedstaaten fairer verteile.⁶¹

Der Vorschlag, auch für die Grenzgänger im Regelfall den letzten Beschäftigungsstaat für zuständig zu erklären, die Arbeitslosenleistungen zu erbringen, ist umstritten. In den Mitgliedstaaten, in denen viele Grenzgänger beschäftigt sind, würde diese Lösung zu einer spürbaren finanziellen Mehrbelastung führen. Demgegenüber würden die Mitgliedstaaten, in denen viele Grenzgänger wohnen, entsprechend entlastet. Zur Gruppe der ersten Staaten zählen insbesondere die Schweiz und Luxemburg, aber auch Deutschland. In der Gruppe der zweiten Staaten sind Frankreich und Italien die gewichtigsten. Nach dem geltenden Recht haben die Mitgliedstaaten der ersten Gruppe jene der zweiten Gruppe dafür zu entschädigen, dass diese die Leistungen bei Arbeitslosigkeit erbringen. Je nach dem, wie lange die leistungsbeziehenden Personen im Beschäftigungsstaat versichert waren (und dort i.d.R. auch entsprechende Beiträge bezahlt haben), entspricht diese Entschädigung drei oder fünf Monatsleistungen (Art. 65 Abs. 6 und 7 Verordnung Nr. 883/2004; Art. 70 Verordnung Nr. 987/2009). Zwei oder mehr Mitgliedstaaten können untereinander auch andere Erstattungsverfahren vereinbaren (Art. 65 Abs. 8 Verordnung Nr. 883/2004). Indessen hat sich gezeigt, dass die Kosten, die den Mitgliedstaaten der zweiten Gruppe entstehen, höher sind als die Entschädigungen, die sie von den Mitgliedstaaten der ersten Gruppe erhalten.⁶² Das ist vor allem darauf zurückzuführen, dass sich die Leistungen bei Arbeitslosigkeit anhand der Löhne

⁶¹ Europäische Kommission, Impact assesment, Initiative to partially revise Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council on the coordination of social security systems and its implementing Regulation (EC) No 987/2009, 13.12.2016 (<https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3aa0bc5e-c1e6-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF> [besucht am 1.11.2023]), S. 93 ff.

⁶² Siehe im Einzelnen NZZ vom 7.2.2019, Paris will Schweiz zur Kasse bitten, S. 13.

bemessen, die die betroffenen Personen im letzten Beschäftigungsstaat bezogen haben. Da das Lohnniveau in den Mitgliedstaaten der ersten Gruppe typischerweise deutlich höher ist als in den Mitgliedstaaten der zweiten Gruppe, müssen zweitens gemessen am eigenen Lohnniveau sehr hohe Leistungen an die betreffenden Arbeitslosen erbringen. Diese Leistungen sind dann meistens höher als das Gehalt, das sie mit einer Beschäftigung im Wohnsitzstaat zu erzielen vermöchten. Entsprechend gering ist der Anreiz für sie, dort eine Stelle anzunehmen. Sodann sind die Beschäftigungsaussichten im Wohnsitzstaat aufgrund des dortigen Arbeitsmarktes meistens schlechter als in den Mitgliedstaaten der ersten Gruppe. Aus diesen Gründen sind die betroffenen Personen durchschnittlich länger als die drei oder fünf Monate arbeitslos, für welche der Wohnsitzstaat vom letzten Beschäftigungsstaat entschädigt wird.

Von den EU-Mitgliedstaaten sähe sich bei einer Regeländerung, wie sie vorgeschlagen ist, insbesondere Luxemburg mit deutlich höheren Kosten konfrontiert, da dort viele Grenzgänger beschäftigt sind.⁶³ Für Luxemburg ist deshalb eine dreijährige Übergangsfrist vorgesehen, die noch um zwei weitere Jahre verlängert werden könnte (E-Art. 87b Abs. 8 Verordnung Nr. 883/2004).

In absoluten Zahlen am meisten Grenzgänger absorbiert in Europa indessen die Schweiz.⁶⁴ Bei ihr würde der Regimewechsel voraussichtlich Mehrkosten von mehreren hundert Millionen Franken im Jahr verursachen.⁶⁵ Aus ihrer Sicht ist das gegenwärtige System ausgewogen. Die Ausgleichszahlungen, die die Schweiz an die Wohnsitzstaaten der Grenzgänger leistet, gelten Arbeitslosenleistungen für die Dauer ab, während welcher Arbeitslose in der Schweiz durchschnittlich Leistungen beziehen.⁶⁶ Die höheren Kosten in den Wohnsitzstaaten der Grenzgänger entstehen aufgrund der dortigen Arbeitsmarktsituation und des tieferen Lohnniveaus. Für beides ist die Schweiz nicht verantwortlich. Den Wohnsitzstaaten der Grenzgänger bleibt es überdies unbenommen, Massnahmen zu ergreifen, um die arbeitslosen Grenzgänger rascher in den Arbeitsmarkt einzugliedern. Teilweise haben sie das schon

⁶³ Ende 2021 waren 212'000 Grenzgänger in Luxemburg beschäftigt (Stateg, Panorama sur le monde du travail luxembourgeois à l'occasion du 1er Mai [<https://statistiques.public.lu/dam-assets/catalogue-publications/regards/2022/regards-03-22.pdf>] [besucht am 1.11.2023]).

⁶⁴ Ende 2022 lag der Bestand an gültigen Grenzgängerbewilligungen bei 442'869 (Bundesamt für Statistik, Gültige Grenzgängerbewilligungen nach Bewilligungsdauer und Bewilligungsart, <<https://www.sem.admin.ch/dam/sem/de/data/publiservice/statistik/auslaenderstatistik/2022/12/5-10-GG-Best-d-2022-12.xlsx.download.xlsx/5-10-GG-Best-d-2022-12.xlsx>> [besucht am 1.11.2023]).

⁶⁵ Boris Zürcher vom Seco in der NZZ vom 7.2.2019, „Das aktuelle System ist fair und ausgewogen“, S. 13.

⁶⁶ *Ibidem*.

getan,⁶⁷ aber den genannten Fehlanreizen liesse sich mit zusätzlichen Instrumenten begegnen. Die Arbeitslosenleistungen liessen sich etwa deckeln, und zwar gemessen am eigenen Lohnniveau, so wie es die Schweiz auch tut (s. Art. 22 i.V.m. Art. 23 AVIG⁶⁸ und Art. 22 Abs. 1 UVV⁶⁹).⁷⁰ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Wohnsitzstaaten der Grenzgänger wirtschaftlich stark von den hohen Schweizer Löhnen profitieren, sei es beim Konsum oder über die Besteuerung.⁷¹ Beklagen sie sich nun im Kontext der Arbeitslosenversicherung über die hohen Schweizer Löhne, um den dargestellten Regimewechsel herbeizuführen,⁷² so gleicht dies einer „Rosinenpickerei“, die gerne der Schweiz vorgeworfen wird.

Nach dem Gesagten würde sich diese Revision der Koordinierungsverordnungen massiv zulasten der Schweiz und stark zugunsten einflussreicher EU-Mitgliedstaaten wie Frankreich auswirken. Angesichts dieser Interessenslage ist davon auszugehen, dass die EU bei dieser Vorlage – so sie denn verabschiedet werden sollte – von ihrem Grundsatz abweichen würde, die bestehenden bilateralen Abkommen nicht mehr zu aktualisieren, bis eine neue institutionelle Lösung gefunden ist. Vielmehr dürfte sie darauf bestehen, dass die Schweiz im Rahmen des FZA die entsprechende Änderung der Verordnung Nr. 883/2004 übernimmt.⁷³ Die Schweiz ihrerseits ist hierzu solange nicht verpflichtet, als der Gemischte Ausschuss einvernehmlich entscheiden muss, den Anhang II des FZA anzupassen.⁷⁴

⁶⁷ Frankreich entrichtet ehemals arbeitslosen Grenzgängern, die eine Stelle in Frankreich gefunden haben, temporär eine Zulage, die der Differenz zwischen dem Lohn und dem zuvor ausbezahlten Arbeitslosengeld entspricht. Damit soll verhindert werden, dass jemand aus finanziellen Gründen eine angebotene Stelle nicht annimmt (NZZ vom 7.2.2019, Paris will Schweiz zur Kasse bitten, S. 13).

⁶⁸ Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung vom 25. Juni 1982 (SR 837.0).

⁶⁹ Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202).

⁷⁰ Gegenwärtig sind in der Arbeitslosenversicherung maximal CHF 148'200.– p.a. bzw. CHF 12'350.– im Monat versichert (Art. 23 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 UVV). Das Taggeld beträgt höchstens 80% davon, also CHF 9'880.– pro Monat (Art. 22 AVIG).

⁷¹ Boris Zürcher vom Seco in der NZZ vom 7.2.2019, „Das aktuelle System ist fair und ausgewogen“, S. 13.

⁷² Siehe Tages-Anzeiger vom 8.5.2017, Die Baustellen zwischen Bern und Paris, <<http://www.tagesanzeiger.ch/ausland/diebaustellenzwischenbernundparis/story/10261165>> (besucht am 1.II.2023); NZZ vom 20.3.2019, Seilziehen um arbeitslose Grenzgänger, S. 26.

⁷³ So auch NZZ vom 20.3.2019, Seilziehen um arbeitslose Grenzgänger, S. 26.

⁷⁴ Siehe oben [A.](#) und [B.II.1.](#)

Die Schweizerische Volkspartei reichte im Nationalrat eine Motion ein, die den Bundesrat verpflichten wollte, der EU mitzuteilen, dass die Schweiz diese Revision der Koordinierungsverordnungen nicht übernehmen wird.⁷⁵ Der Bundesrat beantragte, diese Motion abzulehnen, da das EU-interne Gesetzgebungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Die Diskussion im Gemischten Ausschuss (zur Übernahme der Revision ins FZA) lasse sich deshalb nicht antizipieren. Für die Genehmigung der Übernahme werde, je nach Tragweite und Auswirkungen derselben, voraussichtlich die Bundesversammlung zuständig sein, was auch die Möglichkeit eines Referendums beinhalte.⁷⁶ Der Nationalrat lehnte die Motion ab.⁷⁷

3. Neue Regeln für die Versicherungsunterstellung bei grenzüberschreitender Telearbeit

Im vorstehend erörterten Vorschlag zur Modernisierung der Koordinierungsverordnungen ist zu einem anderen aktuellen Thema nichts zu finden: Welchem mitgliedstaatlichen Sozialversicherungsrecht unterstehen Personen, die grenzüberschreitend Telearbeit verrichten? Der Europäische Rat führt dazu aus, dieses Thema müsse zuerst vertieft analysiert und ggf. in einer künftigen Revision adressiert werden. Ausserdem könnten die Mitgliedstaaten basierend auf das geltende Koordinierungsrecht bereits spezifische Lösungen für die grenzüberschreitende Telearbeit vereinbaren.⁷⁸ Tatsächlich hat eine grosse Mehrzahl der Mitgliedstaaten im Sommer 2023 eine multilaterale Vereinbarung abgeschlossen, die definiert, welchem Sozialversicherungsrecht Beschäftigte unterstehen, die ihre Arbeit (oder einen Teil davon) von zuhause aus verrichten für ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Ich werde weiter unten noch darauf eingehen.⁷⁹

Auch die Schweiz nimmt an dieser multilateralen Vereinbarung teil. Das bereitete keine Schwierigkeiten, weil der Anhang II des FZA dafür nicht angepasst werden musste. Wie der Europäische Rat aber hat anklingen lassen,

⁷⁵ Fraktion der Schweizerischen Volkspartei, Motion 21.3522 „Keine Bezahlung der Arbeitslosengelder für EU-Grenzgänger durch die Schweiz“ (<<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20213522>> [besucht am 2.11.2023]).

⁷⁶ Stellungnahme des Bundesrates vom 18.8.2023 zur Motion 21.3522 (Fn. 75).

⁷⁷ Amtl.Bull. NR 2023 758.

⁷⁸ Europäischer Rat, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council amending Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004, 17.3.2023 (<<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7489-2023-ADD-2/en/pdf>> [besucht am 1.11.2023]), S. 3.

⁷⁹ Siehe unten [D.I.](#)

könnten die in der multilateralen Vereinbarung enthaltenen Regeln eines Tages durchaus in die Verordnung Nr. 883/2004 – allenfalls auch in modifizierter Form – integriert werden. Diesfalls fiel die multilaterale Vereinbarung dahin. Wären die FZA-Vertragsstaaten dann bereit, den Anhang II anzupassen und die Neuregelung ins FZA zu überführen? Die Interessenslage wäre hier weniger eindeutig als bei der gegenwärtig debattierten Modernisierung der Koordinierungsverordnungen. Die Schweiz würde sich auf jeden Fall darum bemühen, eine solche Neuregelung ins FZA aufzunehmen, da sie die grenzüberschreitende Telearbeit erleichtert und damit einem Anliegen der Unternehmen und ihrer Beschäftigten entspricht.⁸⁰ Auch seitens der EU besteht ein Interesse daran, dass ihren Staatsangehörigen, die für ein Unternehmen in der Schweiz arbeiten, die grenzüberschreitende Telearbeit nicht aus regulatorischen Gründen (durch das Unternehmen) untersagt wird. Den Mitgliedstaaten, in denen diese Beschäftigten wohnen, entgehen aber auch Sozialversicherungsbeiträge, die ihnen sonst möglicherweise zustünden. Auf Seiten der EU ergibt sich somit ein gemischtes Bild. Daher ist keineswegs sicher, dass die EU bei einer solchen Neuregelung der Unterstellungsregeln bereit wäre, von ihrer Maxime abzuweichen, die bestehenden Abkommen nicht mehr zu aktualisieren, solange sie statisch konzipiert bleiben.

4. Fazit

Sollte die Revision zur Modernisierung der Koordinierungsverordnungen dereinst zustande kommen, dann ist eine Divergenz zwischen den FZA-Vertragspartnern abzusehen. Die EU wird fordern, die Änderungen ins FZA zu überführen, während die Schweiz dies ablehnen wird. Das könnte dazu führen, dass die EU die Schweiz in anderen Sachbereichen benachteiligt, um sie zu bewegen, die Änderungen der Koordinierungsverordnungen zu übernehmen. In die Verhandlungsmasse könnte jedoch auch die Versicherungsunterstellung bei grenzüberschreitender Telearbeit gelangen, falls die dazu geltende multilaterale Vereinbarung in die Koordinierungsverordnungen integriert werden sollten. An der Übernahme einer solchen Änderung wäre die Schweiz wohl stärker interessiert als die EU. Der Nutzen einer Neuregelung der Versicherungsunterstellung bei grenzüberschreitender Telearbeit wöge die Mehrkosten allerdings nicht auf, die der Schweiz in der Arbeitslosenversicherung entstünden, wenn sie für die arbeitslosen Grenzgänger, die zuletzt in der Schweiz beschäftigt waren, zuständig würde.

Eine andere Variante bestünde darin, dass die EU ihre Politik aufgibt, die bestehenden Marktzugangsabkommen mit der Schweiz erodieren zu lassen.

⁸⁰ Siehe unten [D.I.](#)

Das käme der Schweiz stark entgegen. Diesfalls könnte sie sich einer Übernahme neuer koordinierungsrechtlicher Regeln für die arbeitslosen Grenzgänger kaum verweigern. Diese Variante erscheint indessen kaum realistisch. Insbesondere die Nichtaktualisierung des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen⁸¹ schmerzt die Schweiz am meisten und stellt seitens der EU das grösste Druckmittel dar, um der Schweiz einen neuen institutionellen Rahmen aufzuzwingen. Dieses Druckmittel wird die EU kaum aus der Hand geben.

Aus dem Gesagten erhellt, dass bei einer unverändert statischen Konzeption des FZA auch die Sozialrechtskoordinierung zum Konfliktfeld zwischen der EU und der Schweiz werden könnte. Das wäre neu. Bisher verursachte die Sozialrechtskoordinierung zwischen den FZA-Vertragsparteien nämlich kaum Reibungen.

II. Bei einem neuen institutionellen Rahmen

1. Die bisher diskutierte Ausgestaltung eines veränderten institutionellen Rahmens

Nachdem die EU und die Schweiz jahrelang über ein sog. institutionelles Abkommen (InstA) verhandelt hatten, erklärte der Bundesrat am 26. Mai 2021, er werde das InstA, so wie es die Parteien bis dahin ausgehandelt hatten, nicht unterzeichnen.⁸² Inzwischen haben die Schweiz und die EU wieder Sondierungsgespräche aufgenommen, die in neuen Verhandlungen münden könnten.⁸³ Ausgangspunkt dieser Gespräche bilden offenbar in zentralen Punkten die früheren Verhandlungsergebnisse, die im gescheiterten InstA niedergelegt wurden.⁸⁴ Vor allem der EU liegt viel daran, die Marktzugangsabkommen mit der Schweiz zu dynamisieren, um sicherzustellen, dass im EU-Binnenmarkt für alle Akteure dieselben Regeln gelten (sog. *level playing field*).⁸⁵ Zu den Marktzugangsabkommen zählt zuvorderst das FZA. An diesem Abkommen hat

⁸¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999 (SR 0.946.526.81).

⁸² Siehe die Medienmitteilung des Bundesrats vom 26. Mai 2021 „Das Institutionelle Abkommen Schweiz-EU wird nicht abgeschlossen“ (<<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2021/5/26/83705.html>> [zuletzt besucht am 27.10.2023]).

⁸³ Siehe etwa: NZZ vom 2.10.2023, Brüssel erachtet den Bundesrat als nutzlos, S. 22; NZZ vom 7.3.2023, In der Europapolitik schlägt wieder einmal die Stunde der Wahrheit, S. 7.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Bundesrat, Fn. 20, S. 26.

die EU ein ganz besonderes Interesse. Es war die EU, die anlässlich der Bilateralen I auf dieses Abkommen gedrängt hatte.⁸⁶ Und seit es am 1. Juni 2002 in Kraft getreten ist, hat es auch volle Wirkung entfaltet. 2021 wohnten 1.4 Millionen EU/EFTA-Bürger in der Schweiz. Die Schweiz war damit Zieldestination für 7.2% aller EU/EFTA-Bürger, die von der Personenfreizügigkeit im EU/EFTA-Raum Gebrauch gemacht hatten. Dazu kamen noch rund 340 000 Grenzgänger und über 200 000 kurzzeitig anwesende (meldepflichtige) Personen aus dem EU/EFTA-Raum.⁸⁷ Diese Zahlen haben sich seither weiter akzentuiert.⁸⁸ Es vermag daher nicht zu erstaunen, dass die EU insbesondere in Hinblick auf dieses Abkommen einen institutionellen Rahmen wünscht, der sicherstellt, dass die Personenfreizügigkeit mit der Schweiz nicht nur bestehen bleibt, sondern sich parallel zur Rechtslage in der Union – also letztlich nach den eigenen Vorstellungen – weiterentwickelt.

Nach dem soeben Dargelegten bietet das gescheiterte InstA Anhaltspunkte, wie der institutionelle Rahmen für die Marktzugangsabkommen und damit insbesondere das FZA angepasst werden könnte. Es lohnt sich deshalb, kurz an die entsprechenden Eckwerte zu erinnern.

a) Die Rechtsentwicklung

Gemäss der Fassung des InstA vom 23. November 2018⁸⁹ sollten neue EU-Rechtsakte möglichst rasch in die Marktzugangsabkommen integriert werden (Art. 5 InstA). Die Schweiz darf ihre Meinung in den europäischen Gesetzgebungsprozess einbringen, aber nicht mitentscheiden (Art. 12 InstA). Sind die betreffenden EU-Rechtsakte erlassen, informiert der Gemischte Ausschuss die Schweiz (Art. 13 InstA). Diese hat binnen der gegebenen Fristen (i.d.R. zwei Jahre) zu entscheiden, ob sie die europäischen Rechtsakte übernimmt (Art. 14 InstA). Weigert sie sich, greifen die Streitbeilegungsmechanismen (Art. 10 InstA).⁹⁰

⁸⁶ Siehe Cardinaux, Fn. 15, N 14 m.w.H.

⁸⁷ Bundesrat, Fn. 20, S. 32.

⁸⁸ Siehe zuletzt Staatssekretariat für Migration, Halbjahresstatistik Zuwanderung Januar–Juni 2023 (<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/81969.pdf>> [zuletzt besucht am 27.10.2023]).

⁸⁹ Siehe <https://www.eda.admin.ch/content/dam/europa/de/documents/abkommen/accord-inst-projet-de-texte_de.pdf> (zuletzt besucht am 27.10.2023).

⁹⁰ Bundesrat, Fn. 20, S. 20 f.

b) Die Auslegung

Die Marktzugangsabkommen sind einheitlich anzuwenden und auszulegen (Art. 4 Abs. 1 InstA). Die EuGH-Rechtsprechung zum Unionsrecht, das mit den Marktzugangsabkommen übernommen wird, soll bindend sein, unabhängig davon, ob sie vor oder nach der Unterzeichnung dieser Abkommen ergangen ist (Art. 4 Abs. 2 InstA). Ein Dialog zwischen dem Bundesgericht und dem EuGH soll zu einer möglichst einheitlichen Auslegung beitragen (Art. 11 InstA).

c) Die Überwachung

Die Vertragsparteien überwachen weiterhin selbst, wie die Marktzugangsabkommen angewandt werden. Sie arbeiten dabei zusammen und informieren sich gegenseitig (Art. 6 InstA). Es obliegt aber den Vertragsparteien, dafür zu sorgen, dass die Marktzugangsabkommen in ihrem Hoheitsgebiet wirksam und vertragskonform angewandt werden (Art. 7 Abs. 1 InstA). Eine supranationale Überwachungsbehörde ist nicht vorgesehen.⁹¹ Jede Vertragspartei kann den Gemischten Ausschuss anrufen, wenn sie meint, das Abkommensrecht werde mangelhaft angewandt (Art. 7 Abs. 2 InstA). Stimmen die Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss nicht überein, lässt sich das Streitbeilegungsverfahren aktivieren (Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 InstA).

Dieser Überwachungsmechanismus beschlägt sowohl die Anwendung als auch die Auslegung der Marktzugangsabkommen (Art. 7 Abs. 3 InstA). Adressiert wird hiermit primär die Schweiz, auch wenn es formal jeder Vertragspartei zusteht, die Streitbeilegung zu bemühen, falls sie denkt, die andere Vertragspartei wende ein Marktzugangsabkommen mangelhaft an oder lege es falsch aus.

Was den Aspekt der *Rechtsanwendung* betrifft, so zielt dieser in erster Linie auf die Gesetzgebung und Verwaltungspraxis der Vertragsparteien. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die Union das Recht, das innerhalb der Marktzugangsabkommen gilt, im Wesentlichen selbst setzt und die Verwaltungspraxis dazu prägt. Deshalb wird sich die Schweiz praktisch nur dort, wo das Abkommen materiell selbständiges Recht schafft, allenfalls darüber beschweren können, wie die Union das Abkommen anwendet. Im Übrigen ist denkbar, dass die Schweiz um Streitbeilegung ersucht, weil ein EU-Mitgliedstaat das Abkommen für sie nachteilig umsetzt. Es dürfte dies der wahrscheinlichere Anwendungsfall sein, in dem die Schweiz Interesse an einer Streitbeilegung hat. Im Vor-

⁹¹ Bundesrat, Fn. 20, S. 21.

dergrund steht jedoch eindeutig die Konstellation, in welcher die Union findet, die Schweiz wende die Marktzugangsabkommen zulasten europäischer Bürger und Unternehmen falsch an.

Die *Auslegung* des Rechts, das innerhalb der Marktzugangsabkommen gilt, erfolgt auf Seiten der Union durch den EuGH. Da dessen Auslegung auch für die Schweiz verbindlich sein soll (Art. 4 Abs. 2 InstA), bleibt es dieser verwehrt, die Streitbeilegung wegen einer unliebsamen EuGH-Rechtsprechung zu bemühen. Umgekehrt kann die Union dagegen die Streitbeilegung aktivieren, wenn ihr nicht gefällt, wie das Bundesgericht das mit den Marktzugangsabkommen übernommene Recht auslegt. Seitens der Schweiz ist unter dem Titel der Auslegung einzig der Streitfall denkbar, in dem das Gericht eines EU-Mitgliedstaat ein Marktzugangsabkommen mangelhaft auslegt, ohne den EuGH um Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) zu bitten.

d) Die Streitbeilegung

Wie aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich ist, ist dem neu zu schaffende Streitbeilegungsmechanismus eine zentrale Rolle zugedacht. Das InstA sah vor, dass ihn die Union aktivieren kann, wenn die Schweiz sich weigert, neues Unionsrecht zu übernehmen, das innerhalb eines Marktzugangsabkommens erlassen wurde.⁹² Zudem hätten die Vertragsparteien darauf zurückgreifen können, wenn die andere Vertragspartei das Abkommen in ihren Augen falsch anwendet oder auslegt.⁹³

Die Streitbeilegung, wie sie im InstA konzipiert war, erfolgt in mehreren Schritten:

- In einem ersten Schritt soll die Vertragspartei, die eine Streitbeilegung wünscht, wie bisher (s. Art. 19 FZA) den Gemischten Ausschuss anrufen (Art. 10 Abs. 1 InstA).
- Findet dieser keine einvernehmliche Lösung, so kann im zweiten Schritt jede der Vertragsparteien darum ersuchen, dass ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht über die Streitigkeit erkennt (Art. 10 Abs. 2 InstA). In den allermeisten Fällen wird das Schiedsgericht indessen den EuGH um verbindliche Auslegung ersuchen müssen (Art. 10 Abs. 3 InstA). Dies ist zum einen dann der Fall, falls eine Frage im Streit steht, die die Auslegung oder Anwendung des mit dem jeweiligen Marktzugangsabkommen übernommenen Unionsrecht betrifft. Konkret ist hier an

⁹² S. oben [C.II.1.a\)](#).

⁹³ S. oben [C.II.1.c\)](#).

Schweizer Gesetzgebung oder ein Urteil des Bundesgerichts zu denken, die oder das in den Augen der EU dem einschlägigen europäischen Recht oder dessen Auslegung durch den EuGH widerspricht. Zum andern ist der EuGH wohl auch dann anzurufen, wenn das Schiedsgericht darüber zu befinden hat, ob ein von der Schweiz nicht übernommener europäischer Rechtsakt in den Geltungsbereich eines Marktzugangsabkommens fällt. Aus dem InstA ergeht letzteres allerdings nicht eindeutig.

- Ergreift die Vertragspartei, die gemäss Schiedsspruch gegen das betreffende Marktzugangsabkommen verstossen hat, keine oder ungenügende Massnahmen, um den Schiedsspruch binnen angemessener Frist umzusetzen, kann die andere Vertragspartei in einem dritten Schritt Ausgleichsmassnahmen ergreifen bis hin zu einer teilweisen oder vollständigen Suspendierung des jeweiligen Abkommens (Art. 10 Abs. 6 InstA).
- Erachtet die abkommensverletzende Vertragspartei diese Ausgleichsmassnahmen als unverhältnismässig, so kann sie in einem vierten Schritt wiederum das Schiedsgericht über diese Frage entscheiden lassen (Art. 10 Abs. 7 InstA).⁹⁴

e) Die Kündigung

Wäre es nach dem gescheiterten Rahmenabkommen gegangen, hätte dessen Kündigung dazu geführt, dass auch alle neu geschlossenen Marktzugangsabkommen binnen sechs Monaten weggefallen wären (Art. 22 Abs. 2 UAbs. 1 InstA). Für die bereits bestehenden Marktzugangsabkommen wie dem FZA hätten die Parteien im Gemischten Ausschuss des InstA innerhalb von drei Monaten eine einvernehmliche Lösung zu deren Weiterführung finden müssen, andernfalls sie ebenfalls ausser Kraft gesetzt worden wären (Art. 22 Abs. 2 UAbs. 2 InstA).

Diese „Super-Guillotine“⁹⁵ erachtete der Bundesrat für problematisch, da sie „den Preis eines Ausstiegs aus dem InstA nach oben treibt und dieses faktisch unkündbar machen würde.“⁹⁶ Einer umfassenden Kündigungsklausel liesse sich entgehen, würden die institutionellen Aspekte jeweils in den einzelnen

⁹⁴ Siehe auch Bundesrat, Fn. 20, S. 22.

⁹⁵ So etwa NZZ vom 7.3.2023, In der Europapolitik schlägt wieder einmal die Stunde der Wahrheit, S. 7.

⁹⁶ Bundesrat, Fn. 20, S. 28 und 33.

Abkommen geregelt, letztere aber im Paket verhandelt (sog. Bilaterale III). Diesen Paketansatz scheinen die EU und die Schweiz in ihren Sondierungsgesprächen nun offenbar zu verfolgen.⁹⁷

2. Die dynamische Übernahme unionsrechtlicher Änderungen der Sozialrechtskoordinierung

Das gescheiterte Rahmenabkommen sah vor, dass (auch) die zur Sozialrechtskoordinierung ergangenen neuen Rechtsakte der EU ins FZA zu übertragen gewesen wären. In fünf Punkten wäre die Schweiz jedoch vor Änderungen aufgrund neuen EU-Rechts immunisiert gewesen (Protokoll 2 InstA): Ausschluss der kantonalen Rechtsvorschriften über Unterhaltsvorschüsse (Abschnitt A Ziff. 1 lit. a Anhang II FZA); Nicht-Exportierbarkeit von Ergänzungsleistungen und gleichartigen in kantonalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Leistungen (Abschnitt A Ziff. 1 lit. h/1 Anhang II FZA); Nicht-Exportierbarkeit beitragsunabhängiger Mischleistungen bei Arbeitslosigkeit nach kantonalen Rechtsvorschriften (Abschnitt A Ziff. 1 lit. h/3 Anhang II FZA); Beitritt zur freiwilligen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie freiwillige Weiterführung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (Abschnitt A Ziff. 1 lit. i/1 und i/2 Anhang II FZA); Nicht-Exportierbarkeit der Hilflosenentschädigung⁹⁸ (Ziff. II des Protokolls zu Anhang II). Es ist davon auszugehen, dass die Immunisierung in diesen Punkten auch in ein neu aufgelegtes Abkommen einflösse, das die dynamische Rechtsübernahme von EU-Recht vorsieht.

Die vorgenannten Ausnahmen ändern nichts daran, dass die dynamische Rechtsübernahme auch in der Sozialrechtskoordinierung einiges an Sprengpotenzial in sich birgt. Das weiter oben erörterte legislative Vorhaben der EU, wonach arbeitslose Grenzgänger fortan im letzten Beschäftigungsstaat Arbeitslosenleistungen beziehen sollen,⁹⁹ illustriert dies bestens. Nach den Mechanismen des gescheiterten Rahmenabkommens würde es der Schweiz zwar offenstehen, diese Änderungen im Koordinierungsrecht nicht zu übernehmen. Die EU würde dann aber das Schiedsgericht anrufen können. Dieses würde einen Abkommensverstoss feststellen, worauf die EU Ausgleichsmaßnahmen ergreifen könnte. Zweifelte die Schweiz an deren Verhältnismässigkeit, stünde es ihr offen, das Schiedsgericht mit dieser Frage zu befassen.¹⁰⁰ Als

⁹⁷ Bundesrat, Infoblatt –Paketansatz, Juni 2023 (<<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/80058.pdf>>); NZZ vom 7.3.2023, In der Europapolitik schlägt wieder einmal die Stunde der Wahrheit, S. 7; NZZ vom 15.5.2023, Der Bundespräsident spielt Livia Leus Abgang herunter, S. 9.

⁹⁸ Siehe dazu oben [B.II.4.a](#)).

⁹⁹ Siehe oben [C.I.2](#).

¹⁰⁰ Siehe oben [C.II.1.a](#)) und [C.II.1.d](#)).

verhältnismässig müssten alle Ausgleichsmassnahmen gelten, deren „Wert“ den Kosten entspräche, die die Schweiz mit einer Nichtübernahme des EU-Rechts einspart. Im Beispiel der arbeitslosen Grenzgänger wären das die mehreren hundert Millionen Franken, die die Schweiz jährlich mehr aufzuwenden hätte.¹⁰¹ Damit wird deutlich, dass es für die Schweiz i.d.R. wohl vernünftiger wäre, das neue EU-Recht direkt zu akzeptieren. Die vermeintliche Freiheit, einen neuen EU-Rechtsakt zu übernehmen oder nicht, entpuppt sich als hohl.

3. Die dynamische Übernahme von EuGH-Rechtsprechung im Bereich der Sozialrechtskoordinierung

Wird das FZA dynamisiert, so wirkt sich dies auch auf dessen Auslegung aus. Die nach der Unterzeichnung des FZA (21. Juni 1999) ergangene EuGH-Rechtsprechung wäre durch die Schweizer Gerichte fortan verbindlich zu berücksichtigen. Gleiches gälte für die Urteile des EuGH, die dieser nach Inkrafttreten des veränderten institutionellen Rahmens fällen wird. Im Bereich der Sozialrechtskoordinierung urteilt der EuGH jedes Jahr zehn bis zwanzig Rechtssachen ab. Diese Entscheide wären durch die Schweizer Gerichte routinemässig zu verfolgen und in der eigenen Praxis zu verarbeiten.

Das FZA sieht nicht vor, dass Schweizer Gerichte den EuGH um Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) anrufen können.¹⁰² Auch mit dem gescheiterten Rahmenabkommen wäre dies nicht möglich geworden. Die EU hätte jedoch Urteile des Bundesgerichts, in denen das FZA und das damit übernommene europäische Recht ausgelegt wird, in den Gemischten Ausschuss und anschliessend vor das Schiedsgericht bringen können. Für die Auslegung des europäischen Rechts hätte das Schiedsgericht den EuGH anrufen müssen.¹⁰³ Über dieses Verfahren hätte der EuGH die bundesgerichtliche Rechtsprechung folglich überprüfen können. Wir haben gesehen, dass es im Bereich der Sozialrechtskoordinierung durchaus kontroverse Urteile des Bundesgerichts gibt. Ihnen liegt eine Auslegung des europäischen Rechts zugrunde, bei welcher gut vorstellbar ist, dass sie der EuGH nicht teilen würde.¹⁰⁴ Dieser sieht sich bekanntlich als Motor der Integration und ist stets darauf bedacht, die Hindernisse, die der Freizügigkeit im Wege stehen, möglichst umfassend zu

¹⁰¹ Siehe oben [C.I.2.](#)

¹⁰² BGE 147 V 402, 411, E. 9.2; BGE 132 V 423 = Pra 98 (2007) Nr. 146, E. 9.1; BGer 8C_670/2022 vom 23.5.2023, E. 2 (als BGE 149 V 136 publiziert, aber ohne E. 2); s.a. oben [B.II.1.](#)

¹⁰³ Siehe oben [C.II.1.d.](#)

¹⁰⁴ Siehe oben [B.II.4.](#)

beseitigen. Das Bundesgericht zeigt sich hier zurückhaltender.¹⁰⁵ Mit einem Streitbeilegungskonzept, wie sie das gescheiterte Rahmenabkommen vorsah, könnte sich eine entsprechende Bruchlinie offenbaren.¹⁰⁶

4. Fazit

Bei einer dynamischen Rechtsübernahme setzt sich die Schweiz der Gefahr aus, dass die EU zu ihren Lasten legiferiert. Folgte man der Lösung, wie sie im gescheiterten Rahmenabkommen vorgesehen war, könnte die Schweiz die Rechtsübernahme zwar ablehnen, hätte aber schon eingewilligt, dafür bestraft zu werden, und könnte dann vor dem Schiedsgericht nur noch um die Höhe der Strafe kämpfen. Dieser Befund gilt für alle Marktzugangsabkommen, in deren Rahmen sich die Schweiz verpflichtete, neues EU-Recht zu übernehmen. Bei der Personenfreizügigkeit, die auch die Sozialrechtskoordinierung umfasst, erweist sich der geschilderte Mechanismus als besonders explosiv. Das zeigt das Beispiel der arbeitslosen Grenzgänger auf.

Die dynamische Übernahme der EuGH-Rechtsprechung kombiniert mit einem Streitbeilegungskonzept, wie sie im gescheiterten Rahmenabkommen verankert war, birgt ebenfalls das Potenzial für (aus Sicht der Schweiz) unliebsame Überraschungen. Würde etwa der EuGH mit der Frage befasst, ob die schweizerischen Überbrückungsleistungen als Vorruhestandsleistungen i.S.v. Art. 1 lit. x und Art. 3 Abs. 1 lit. i Verordnung Nr. 883/2004 zu qualifizieren und deshalb die in den EU-Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten nicht mit solchen in der AHV zusammenzurechnen sind, wäre ich nicht überrascht, wenn er darauf anders als das Bundesgericht antwortete.¹⁰⁷

D. Die multi- und bilateralen Vereinbarungen im Rahmen der Sozialrechtskoordinierung gemäss FZA

In einigen Sachbereichen, die durch das Koordinierungsrecht geregelt sind, können die Mitgliedstaaten untereinander multi- oder bilaterale Vereinbarungen treffen, die von den ordentlichen Koordinierungsregeln abweichen oder eine gemeinsame Anwendungspraxis kodifizieren. Im Folgenden erläutere ich zwei Vereinbarungen, die die Schweiz unterzeichnet hat.

¹⁰⁵ Siehe oben [B.II.4.c](#).

¹⁰⁶ Siehe oben [B.II.4.c](#).

¹⁰⁷ Siehe oben [B.II.4.b\(cc\)](#).

I. Die multilaterale Vereinbarung zur grenzüberschreitenden Telearbeit

Während der Corona-Pandemie hatten sich die EU/EFTA-Mitgliedstaaten darauf verständigt, die Kollisionsnormen des europäischen Koordinierungsrechts auszusetzen, soweit sie dazu geführt hätten, dass die grenzüberschreitend tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund der pandemiebedingten Telearbeit nicht mehr dem Sozialversicherungsrecht des Erwerbs-, sondern des Wohnsitzstaates unterstellt gewesen wären.^{108,109} So sieht das Koordinierungsrecht vor, dass die Person, die ihre Beschäftigung über ein Kalenderjahr betrachtet in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates untersteht, wenn sie dort zu 25% oder mehr ihrer Arbeitszeit tätig ist (Art. 13 Abs. 1 lit. a Verordnung und Abs. 5 Nr. 883/2004; Art. 14 Abs. 8 und Abs. 10 Verordnung Nr. 987/2009). Die deutsche Grenzgängerin, die aufgrund der Pandemie für ihre Arbeitgeberin in der Schweiz nur noch Telearbeit verrichtete und nicht mehr aus Deutschland in die Schweiz pendelte, wäre nach dieser Regelung plötzlich der deutschen Sozialversicherungsgesetzgebung unterstellt gewesen.¹¹⁰ Ihre Schweizer Arbeitgeberin hätte sich nunmehr bei den deutschen Sozialversicherungsträgern anmelden und die Beiträge an diese überweisen müssen. Davor scheuen die Unternehmen aufgrund des administrativen Aufwands jedoch zurück. Sie ziehen es vor, keine Personen zu beschäftigen, für die sie im Ausland Sozialversicherungsbeiträge entrichten müssen.

Die während der Pandemie geltende Ausnahmeregelung verschonte die Unternehmen und ihre grenzüberschreitend Beschäftigten vor diesem Problem. Am 30. Juni 2023 lief sie nach mehrmaliger Verlängerung jedoch aus. Nun blieb den Staaten nicht verborgen, dass es viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch nach der Pandemie bevorzugen, einen Teil ihrer Arbeit von zuhause aus zu erledigen. Die neuen Arbeitsgewohnheiten rufen danach, die Regeln zur internationalen Versicherungsunterstellung bei grenzüberschreitender Tele-

¹⁰⁸ Die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit (Art. 71 Verordnung Nr. 883/2004) hatte dazu einen entsprechenden Beschluss gefasst, wobei unklar ist, ob dieser für sich allein genommen (d.h. ohne Vereinbarungen unter den Mitgliedstaaten) bereits eine verbindliche Grundlage für diese Ausnahmeregelung schuf (s. hierzu Eberhard Eichenhofer, Sozialer Schutz bei Arbeit vom Homeoffice im Binnenmarkt, ZESAR 22/2023, Heft 9, S. 355 ff.).

¹⁰⁹ Siehe dazu im Einzelnen: Basile Cardinaux, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Recht der sozialen Sicherheit, in: Epiney/Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 205 ff., 209 ff. m.w.H.; Eichenhofer (Fn. 108), S. 355 ff.

¹¹⁰ Kritisch dazu Eichenhofer (Fn. 108), S. 357 ff.

arbeit anzupassen.¹¹¹ Den Unternehmen und ihren Beschäftigten sollte ein grösserer Spielraum zugebilligt werden. Bisher gelang es jedoch nicht, auf Unionsebene einen entsprechenden Konsens zu finden und das europäische Koordinierungsrecht zu modifizieren. Stattdessen taten sich die „willigen“ EU/EFTA-Mitgliedstaaten zusammen und trafen eine neue multilaterale Vereinbarung, die ich im Folgenden kurz erläutere.

1. Die rechtliche Verankerung und die Vertragsstaaten

Das europäische Koordinierungsrecht gestattet es den Mitgliedstaaten, im gemeinsamen Einvernehmen Ausnahmen von den allgemeinen Koordinierungsregeln zur Versicherungsunterstellung vorzusehen, falls dies im Interesse bestimmter Personen oder Personengruppen liegt (Art. 16 Abs. 1 Verordnung Nr. 883/2004).¹¹² Gestützt auf diese Bestimmung¹¹³ haben alle EU/EFTA-Mitgliedstaaten ausser Bulgarien, Dänemark, Estland, Griechenland, Island, Italien, Lettland, Litauen, Rumänien und Zypern eine Rahmenvereinbarung zur grenzüberschreitenden Telearbeit (nachfolgend: die Vereinbarung) getroffen.¹¹⁴ Im Verhältnis zu den Staaten, die die Vereinbarung nicht unterzeichnet haben, unterliegt die grenzüberschreitende Telearbeit den ordentlichen Unterstellungsregeln.¹¹⁵ Die Vereinbarung ist nur dann anwendbar, wenn die betroffene erwerbstätige Person in einem Unterzeichnerstaat wohnt und auch die Arbeitgeberin in einem solchen ansässig ist (Art. 2 Abs. 1 der Vereinbarung).

2. Der Geltungsbereich

Die Vereinbarung definiert die grenzüberschreitende Telearbeit als eine Tätigkeit, die sich von jedem beliebigen Ort aus ausüben lässt und in den Räumlich-

¹¹¹ Dahingehend auch Eichenhofer (Fn. 108), der allerdings überzeugend dafür plädiert, als Beschäftigungsort jenen Ort anzusehen, wo die zu erbringende Arbeitsleistung ihre Wirkung entfaltet. Damit erübrigen sich besondere Kollisionsnormen für die grenzüberschreitende Telearbeit (S. 357 ff. und 363).

¹¹² Eingehender zu den Vereinbarungen nach Art. 16 Abs. 1 Verordnung Nr. 883/2004: Heinz-Dietrich Steinmeyer, Kommentar zu Art. 16 Verordnung Nr. 883/2004, in: Fuchs/Janda (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 8. Aufl., Baden-Baden 2022, N 1 ff.

¹¹³ Kritisch dazu Eichenhofer (Fn. 108), S. 361 f.

¹¹⁴ Framework Agreement [vom 1. Juli 2023] on the application of Article 16 (1) of Regulation (EC) No. 883/2004 in cases of habitual cross-border telework (eigene Übersetzung: Rahmenvereinbarung [vom 1. Juli 2023] über die Anwendung von Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in Fällen gewöhnlicher grenzüberschreitender Telearbeit; <https://socialsecurity.belgium.be/sites/default/files/content/docs/en/international/framework_agreement_on_cross-border_telework.pdf> [besucht am 3.11.2023]).

¹¹⁵ Siehe oben [D.I.](#) nach Fn. 108.

keiten der Arbeitgeberin stattfinden könnte. Die erwerbstätige Person muss sie in einem anderen Staat als jenem ausüben, in dem sich die Betriebsstätte oder der Sitz der Arbeitgeberin befindet, und elektronisch mit dem Arbeitsumfeld der Arbeitgeberin und allenfalls den Kunden verbunden sein (Art. 1 lit. c der Vereinbarung). Die Vereinbarung erfasst die Personen, auf die wegen der 25%-Regel an sich das Sozialversicherungsrecht ihres Wohnsitzstaates anwendbar wäre (Art. 2 Abs. 2 der Vereinbarung i.V.m. Art. 13 Abs. 1 lit. a Verordnung und Abs. 5 Nr. 883/2004 sowie Art. 14 Abs. 8 und Abs. 10 Verordnung Nr. 987/2009). Sofern aber die betreffenden Personen in ihrem Wohnmitgliedstaat oder einem dritten Mitgliedstaat gewöhnlich eine andere Arbeit als die grenzüberschreitende Telearbeit verrichten und/oder selbständig sind, fallen sie nicht in den Geltungsbereich der Vereinbarung (Art. 2 Abs. 3 der Vereinbarung).

3. Der Regelungsinhalt

Die von der Vereinbarung erfasste Person bleibt solange dem Sozialversicherungsrecht des Staates unterstellt, in dem die Arbeitgeberin ihren Sitz oder ihre Niederlassung hat, als die grenzüberschreitende Telearbeit im Wohnsitzstaat über einen Zeitraum von zwölf Kalendermonaten nicht 50% oder mehr ihrer gesamten Arbeitszeit ausmacht (Art. 3 Vereinbarung).¹¹⁶

4. Die Entsendung als Alternative

Sofern die grenzüberschreitende Telearbeit nicht zum üblichen Arbeitsmuster gehört und nur vorübergehend und punktuell verrichtet wird, bietet sich eine Entsendung an (Art. 12 Verordnung Nr. 883/2004). Diesfalls entfällt die Anwendung der multilateralen Vereinbarung. Die Entsendung bietet den Vorteil, dass die betroffene Person auch vollzeitlich Telearbeit verrichten kann. Zudem ist sie ebenso in EU-/EFTA-Mitgliedstaaten möglich, die die multilaterale Vereinbarung nicht unterzeichnet haben. Zeitlich ist sie auf maximal 24 Monate befristet.¹¹⁷

¹¹⁶ Siehe zu weiteren Einzelheiten: BSV, AHV/EL-Mitteilung Nr. 470 vom 20.6.2023 (<<https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/19856/download>> [besucht am 3.11.2023]) und Lionel Tauxe, Multilaterale Vereinbarung regelt Homeoffice von Grenzgängern, CHSS vom 31.8.2023 (<<https://sozialesicherheit.ch/de/multilaterale-vereinbarung-regelt-homeoffice-von-grenzgaengern>> [besucht am 3.11.2023]).

¹¹⁷ Siehe im Einzelnen BSV, AHV/EL-Mitteilung Nr. 470 (Fn. 116), S. 3 f.

II. Die bilaterale Vereinbarung zwischen Frankreich und der Schweiz betreffend die Krankenversicherungsunterstellung von Grenzgängern

Grenzgänger aus Frankreich können wählen, ob sie in der Schweiz oder in Frankreich krankenversichert sein wollen (Schweizer Eintrag in Anhang XI Ziff. 3 lit. b Verordnung Nr. 883/2004). Dieses Optionsrecht gab schon zu einiger Rechtsprechung Anlass.¹¹⁸ Gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Verordnung Nr. 883/2004 haben Frankreich und die Schweiz eine bilaterale Vereinbarung getroffen, die die Modalitäten präzisiert, nach denen das Optionsrecht auszuüben ist.¹¹⁹ Insbesondere legt die Vereinbarung fest, welche Ereignisse den Grenzgänger oder die Grenzgängerin berechtigen, das Optionsrecht erneut auszuüben (Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz, Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nach einer Periode der Arbeitslosigkeit, Wohnsitznahme in Frankreich, Pensionierung [Art. 3 der Vereinbarung]).¹²⁰

E. Schlussbemerkungen

Die Sozialrechtskoordinierung, wie sie aus dem FZA ergeht, war bisher kein Streitpunkt zwischen der EU und der Schweiz. Soweit bekannt war sie auch nicht der Grund, weshalb die EU für das FZA (und die übrigen Marktzugangsabkommen) einen anderen institutionellen Rahmen wünscht. Von einer Dynamisierung des FZA wäre sie dennoch miterfasst. Ich habe in diesem Beitrag die möglichen Konsequenzen reflektiert. Natürlich haftet diesen Überlegungen etwas Ungeföhres an, da sie sich auf noch zu schaffendes Recht beziehen.

Mit der derzeitigen Statik des FZA sind die Vertragsparteien bei der Sozialrechtskoordinierung nicht schlecht gefahren. Änderungen in den Koordinierungsverordnungen liessen sich über den Gemischten Ausschuss recht ein-

¹¹⁸ BGE 147 V 402; 142 V 192; BGer 9C_561/2016 vom 27.3.2017; BGer 9C_467/2016 vom 9.8.2016; Entscheid des französischen Conseil d'Etat vom 10.2.2016, Rs. Nr. 383004.

¹¹⁹ Vereinbarung [vom 7. Juli 2016] nach Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, auf das in Anhang II des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 zwischen den zuständigen Behörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Französischen Republik über die Möglichkeit der Befreiung von der schweizerischen Krankenversicherung Bezug genommen wird [eigene Übersetzung aus dem Französischen] (<<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/kuv-aufsicht/krankenversicherung/im-ausland-wohnhafte-versicherte/accord-juli-2016-mit-frankreich.pdf.download.pdf/accord-juli-2016-mit-frankreich.pdf>> [besucht am 2.11.2023]).

¹²⁰ Siehe dazu auch BGE 147 V 402, 410 ff. E. 9.

fach in den Anhang II integrieren. Nachdem die Union aber beschlossen hat, die Markzugangsabkommen vorderhand nicht mehr zu aktualisieren, könnte sich schleichend ein unterschiedliches Koordinierungsrecht für den EU-Raum einerseits und den FZA-Vertragsraum andererseits ergeben. Vorderhand sind deswegen keine Nachteile für die Schweiz zu erwarten. Das geltende Koordinierungsrecht hat sich aus ihrer Sicht bewährt und benötigt nicht unbedingt Anpassungen. Am ehesten wären solche bei den Regeln zur Versicherungsunterstellung für die grenzüberschreitende Telearbeit vorzunehmen. Dieses Thema liess sich jedoch mit einer multilateralen Vereinbarung zwischen einer grossen Mehrzahl der EU-/EFTA-Staaten und der Schweiz entschärfen.¹²¹ Wo sie möglich sind, haben sich die bi- und multilateralen Vereinbarungen als taugliches Instrument erwiesen, um das Koordinierungsrecht zu flexibilisieren und binnen vernünftiger Frist zu praktikablen Lösungen zu gelangen.¹²² Allerdings bewirken sie, dass für die verschiedenen FZA-Vertragsstaaten unterschiedliche Koordinierungsregeln regeln. Das ohnehin schon schwer überschaubare Koordinierungsrecht wird so noch unübersichtlicher.¹²³

Im Bereich der sozialen Sicherheit herrscht also Frieden zwischen der EU und der Schweiz. Dieser wird aber leiden, wenn es der EU gelingen sollte, das laufende Revisionsvorhaben zur Modernisierung der Koordinierungsverordnungen über die Ziellinie zu bringen. Diesfalls wird sie die Schweiz mit ins Boot nehmen wollen, damit diese zuständig wird für die arbeitslosen Grenzgänger, die zuletzt in der Schweiz beschäftigt waren. Die Schweiz wird sich dem zu entziehen versuchen. Mehrere Szenarien sind denkbar, wie es dann weitergehen könnte. Ich habe sie im Beitrag erörtert.¹²⁴

Die EU bevorzugt das Szenario, in dem sich die Schweiz auf einen neuen institutionellen Rahmen einlässt, der die dynamische Übernahme des europäischen Rechts und der EuGH-Rechtsprechung sowie eine Streitbeilegung beinhaltet, in welcher der EuGH das letzte Wort hat, wenn das übernommene EU-Recht auszulegen ist. Die Schweiz ziert sich.

Zum einen zeigt gerade das erwähnte Beispiel mit den arbeitslosen Grenzgängern, was eine dynamische Rechtsübernahme bedeuten kann. Die EU könnte künftig zu Lasten der Schweiz legifizieren. Folgte man der Architektur des gescheiterten Rahmenabkommens, könnte sich die Schweiz der Rechtsübernahme einzelner EU-Rechtsakte zwar verweigern. Sie hätte aber eingewilligt, dafür bestraft zu werden und könnte nur noch darum kämpfen, dass die

¹²¹ Siehe oben [D.I.](#)

¹²² Siehe oben [D.I.](#)

¹²³ Dahingehend auch Eichenhofer (Fn. 108), S. 362.

¹²⁴ Siehe oben [C.I.2.](#), [C.I.4.](#) und [C.II.2.](#)

Strafe („Ausgleichsmassnahmen“) verhältnismässig ausfällt. Am Ende müsste die Schweiz die Kosten der EU-Rechtsakte, die sie nicht übernehmen will, eben doch tragen.¹²⁵

Zum andern fällt es der Schweiz schwer, dem EuGH, der das Gericht der anderen Vertragspartei ist, bei Streitigkeiten die Auslegungshoheit zu übertragen. Im gescheiterten Rahmenabkommen war vorgesehen, ein Schiedsgericht zwischenzuschalten. Genuine Rechtsprechungskompetenzen wären ihm aber nur dort zugekommen, wo die Marktzugangsabkommen nicht auf EU-Recht fussen. Entsprechende Streitfälle dürften selten sein.¹²⁶ Bestimmend wäre halt doch der EuGH. Bei dynamischen Abkommen, die die Vertragsparteien verpflichten, sich an die Auslegung des übernommenen EU-Rechts durch den EuGH zu halten, ist es freilich nachvollziehbar, dass dasselbe auch im Streitbeilegungsverfahren gelten soll.

Das Missbehagen, sich im Rahmen der Marktzugangsabkommen – und ganz besonders des FZA – dem EuGH auszuliefern, ist allerdings nicht unbegründet. Ungern denkt die Schweiz etwa an das Urteil zurück, in dem der EuGH sich weigerte, die deutschen Massnahmen betreffend An-/Abflüge zum/vom Flughafen Zürich auf ihre Verhältnismässigkeit zu überprüfen.¹²⁷ Im Koordinierungsrecht zeigt sich sodann, dass es den EuGH nur selten interessiert, wie die Sozialversicherungsleistungen, über die er befindet, finanziert sind. Gegenüber der umfassenden Verwirklichung der Personenfreizügigkeit misst er diesem Aspekt nur untergeordnete Bedeutung zu.¹²⁸ Zur Wahrheit gehört indessen ebenso, dass die bundesgerichtliche Abkommensrechtsprechung auch nicht immer vollends überzeugt, wie die in diesem Beitrag diskutierte koordinierungsrechtliche Rechtsprechung zeigt.¹²⁹

Letztlich bleibt die Erkenntnis, dass die Schweiz bei dynamisch gestalteten Abkommen kaum umhin kommt, dem EuGH die Auslegungshoheit über das

¹²⁵ Siehe oben [C.II.2.](#) und [C.II.4.](#)

¹²⁶ Siehe oben [C.II.1.d\).](#)

¹²⁷ Urteil des EuGH vom 7. März 2013, Rs. C-547/10, Schweizerische Eidgenossenschaft gegen Europäische Kommission, ECLI:EU:C:2013:139; s. zu dieser Angelegenheit auch Basile Cardinaux, Kommentar zur Entscheidung der Kommission vom 5. Dezember 2003 – Sache TREN/AMA/11/03 – Deutsche Massnahmen bezüglich An-/Abflüge zum/vom Flughafen Zürich, ABl. Nr. L 4 vom 8. Januar 2004, 13 ff., SZS 48/2004, S. 380 ff.

¹²⁸ Siehe dazu etwa Basile Cardinaux, Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013, Zürich/Basel/Genf/Bern 2013, S. 449 ff., 477.

¹²⁹ Siehe oben [B.II.4.](#)

übernommene europäische Recht zuzuerkennen. Wenn sie dies nicht will, muss sie an der statischen Konzeption fest- und die Druckversuche der EU aushalten.

EuZ

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

25. Jahrgang

Herausgeber

Europa Institut an der
Universität Zürich
Hirschengraben 56
8001 Zürich
Schweiz
eiz@eiz.uzh.ch

Institut für deutsches und
europäisches Gesellschafts-
und Wirtschaftsrecht der
Universität Heidelberg
Friedrich-Ebert-Platz 2
69117 Heidelberg
Deutschland

LL.M. Internationales
Wirtschaftsrecht
Universität Zürich
Hirschengraben 56
8001 Zürich

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. (em.) Dr. Peter Behrens, Universität Hamburg (Gesellschaftsrecht); Prof. Dr. Andreas Glaser, Universität Zürich (Staatsrecht und Demokratie); Prof. Dr. Michael Hahn, Universität Bern (Wirtschaftsvölkerrecht); Prof. Dr. Waltraud Hakenberg, Universität des Saarlandes (EuGH); Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich (Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht); Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, Universität Zürich (Umwelt, Energie); Prof. Dr. Bernd Holznagel, Universität Münster (Telekommunikation, Medien); Prof. Dr. Dr. Dr. Waldemar Hummer, Universität Innsbruck (Auswärtige Beziehungen); Prof. Dr. Andreas Kellerhals, Universität Zürich (Gemeinsame Handelspolitik); Prof. Dr. Helen Keller, Universität Zürich (EMRK); Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Universität Freiburg i. Br. (Arbeits- und Sozialrecht); Prof. Dr. Francesco Maiani, Universität Lausanne (Strafjustiz und öffentliche Verwaltung); Prof. Dr. René Matteotti, Universität Zürich (Steuerrecht); Prof. Dr. Frank Meyer, Universität Zürich (int. Strafprozessrecht); Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, Universität Heidelberg (Binnenmarkt und Industriepolitik); Prof. Dr. Matthias Oesch, Universität Zürich (Institutionelles, Rechtsstaatlichkeit); Prof. Dr. Roger Rudolph, Universität Zürich (Arbeits- und Privatrecht); Prof. Dr. jur. Dres. h.c. Jürgen Schwarze, Universität Freiburg i. Br. (Allgemeine, institutionelle und finanzielle Fragen); Prof. Dr. Florent Thouvenin, Universität Zürich (Datenschutz); Prof. (em.) Dr. Rolf H. Weber, Universität Zürich (Digitale Transformation); Prof. (em.) Dr. Roger Zäch, Universität Zürich (Konsumentenschutz)

Redaktion

Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt (Leitung)

MLaw Sophie Tschalèr

Dr. Wesselina Uebe, Rechtsanwältin

Urheberrechte

Alle Beiträge in diesem Open Access-Journal werden unter den Creative Commons-Lizenzen CC BY-NC-ND veröffentlicht.

Cover-Fotos: 01/2023: dlohner, [Pixabay](#); 02/2023: Engin Akyurt, [Pexels](#); 03/2023: Gerd Altmann, [Pixabay](#); 04/2023: Karolina Grabowska, [Pexels](#); 05/2023: jcomp, [Freepick](#); 06/2023: King's Church International, [Unsplash](#); 07/2023: James Eades, [Unsplash](#); 08/2023: Guillaume Bolduc, [Unsplash](#); 09/2023: Cover-Foto: Polina Tankilevitch, [Pexels](#); 10/2023: Skitterphoto, [Pexels](#)

Erscheinungsweise

EuZ – Zeitschrift für Europarecht erscheint zehnmal jährlich online. Die Leitartikel werden zu Beginn des Folgejahres zusätzlich in Form eines Jahrbuchs als eBook sowie im Wege des print on demand veröffentlicht.

Zitierweise

EuZ, Ausgabe 1/2022, A 13.

ISSN

1423-6931 (Print)

2813-7833 (Online)

Kontakt

EIZ Publishing c/o Europa Institut an der Universität Zürich

Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt

Hirschengraben 56

8001 Zürich

Schweiz

eiz@eiz.uzh.ch

