

**EuZ**  
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

HERAUSGEBER:

**Tobias Baumgartner**  
**Andreas Kellerhals**  
**Sophie Tschalèr**

# Jahrbuch 2024

**Verlag:** EIZ Publishing ([eizpublishing.ch](http://eizpublishing.ch))

**Produktion & Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](http://buchundnetz.com))

**ISBN:**

978-3-03805-759-8 (Print – Softcover)

978-3-03805-760-4 (PDF)

978-3-03805-761-1 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-euzJB2024>

**Version:** 1.00 – 20241202

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

<https://eizpublishing.ch/publikationen/euz-zeitschrift-fuer-europarecht-jahrbuch-2024/>.

# Vorwort

Das vorliegende Jahrbuch umfasst die Leitartikel der EuZ – Zeitschrift für Europarecht aus dem Jahr 2024. Die EuZ berichtet im nunmehr 26. 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](http://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 2024

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

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

Sophie Tschalèr  
MLaw

# Inhaltsübersicht

- Wirklich neutral? Die Rechtsprechung des EuGH zu Kopftuchverboten am Arbeitsplatz auf dem Prüfstein der Grundrechte** A 1  
*Prof. Dr. MAYA HERTIG RANDALL*
- Recht und Regieren der EU in Krisenzeiten – das Exempel „Next Generation EU“** B 1  
*Dr. CHRISTINA NEIER*
- Digital Regulation in the European Union** C 1  
*CHAYANIS AUEAMNUAY / CARMEN BERIÓN / STELLA GALEHR /  
LUCA GRAF / Prof. Dr. ANDREAS HEINEMANN*
- EU Accession Criteria and Procedures:  
Up for the Challenge?** D 1  
*Assoc. Prof. Dr. DORIAN JANO*
- On the Reform of the EU Stability and Growth Pact** E 1  
*Prof. Dr. CHRISTOS V. GORTSOS / Assoc. Prof. Dr. MANOLIS E. PERAKIS*
- Die Regelung der EU-Binnenmarkt verzerrenden drittstaatlichen Subventionen auf dem Prüfstand – Überblick, Praxis und Beurteilung aus Schweizer Perspektive** F 1  
*Dr. LIVIO BUNDI*
- From Strategic Partner to Systemic Rival?  
EU-China Relations in Recent Times** G 1  
*Prof. Dr. RALPH WEBER*
- Hydrogen: Legal and regulatory challenges for Switzerland in a global context** H 1  
*Dr. BRIGITTA KRATZ / Prof. Dr. ILARIA ESPA*

**Von Laissez-faire zu Regulierung: Grundlagen  
der EU-Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von  
Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (CSDDD)**

I 1

*Prof. Dr. Dr. h.c. YEŞİM M. ATAMER / PATRICK WITTUM*

**Die Unionsbürgerrichtlinie: Rechtliche  
Tragweite und Bedeutung für die Schweiz**

J 1

*Prof. Dr. ASTRID EPINEY*

## **Autorenverzeichnis**

Prof. Dr. Dr. h.c. YEŞİM M. ATAMER, LL.M., Inhaberin des Lehrstuhls für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Zürich; Direktorin des Zentrum für Regulierung und Vertragsrecht, Universität Zürich.

MLaw CHAYANIS AUEAMNUAY, Doktorandin und Assistentin, Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Heinemann für Europäisches Wirtschaftsrecht, Universität Zürich.

MLaw CARMEN BERJÓN, Doktorandin und Assistentin, Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Heinemann für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich.

Dr. iur. LIVIO BUNDI, Rechtsanwalt und Partner, Anwaltskanzlei Bratschi AG, Zürich.

Prof. Dr. ASTRID EPINEY, Professorin für Europa- und Völkerrecht sowie schweizerisches öffentliches Recht, Universität Freiburg; Geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht, Universität Freiburg.

Prof. Dr. ILARIA ESPA, Associate Professor of International Economic Law, Law Institute, Università della Svizzera italiana (USI), Lugano; Senior Research Fellow, World Trade Institute, Universität Bern; Secretary, Swiss Energy Law Association (SELA), Lugano.

MLaw STELLA GALEHR, LL.M. (UC Berkeley), Doktorandin und Assistentin, Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Heinemann für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich.

Prof. Dr. CHRISTOS V. GORTSOS, Professor of Public Economic Law, School of Law, National and Kapodistrian University of Athens.

MLaw LUCA GRAF, LL.M. (King's College London), Doktorand und Assistent, Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Heinemann für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich.

Prof. Dr. ANDREAS HEINEMANN, Inhaber des Lehrstuhls für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich.

Prof. Dr. MAYA HERTIG RANDALL, Inhaberin des Lehrstuhls für schweizerisches, europäisches und vergleichendes Verfassungsrecht, Universität Genf; Mitglied der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus und Co-Direktorin, Certificate of Advanced Studies in Human Rights, Universität Genf.

Assoc. Prof. Dr. DORIAN JANO, Jean Monnet Lecturer, University of Amsterdam;  
Research Fellow, University of Genoa.

Dr. BRIGITTA KRATZ, LL.M., Rechtsanwältin und Partnerin, Badertscher Rechts-  
anwälte AG, Zürich; Vizepräsidentin, Eidgenössischen Elektrizitätskommission  
ElCom, Bern.

Dr. iur. CHRISTINA NEIER, Bsc., Habilitandin an der Rechtswissenschaftlichen Fa-  
kultät, Universität Zürich; Lehrbeauftragte, FernUni Schweiz und Universität  
Luzern.

Assoc. Prof. Dr. MANOLIS E. PERAKIS, Associate Professor of European Union  
Law, School of Law, National and Kapodistrian University of Athens.

Prof. Dr. RALPH WEBER, Professor for European Global Studies, Universität Ba-  
sel.

Mag. iur. PATRICK WITTUM, Wissenschaftlicher Assistent, Lehrstuhl von Prof.  
Dr. Dr. h.c. Yeşim M. Atamer für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie  
Rechtsvergleichung, Universität Zürich.



The background of the entire cover is a close-up photograph of a pink, textured fabric, possibly a headscarf, with deep folds and shadows. The color is a vibrant, slightly desaturated pink.

**EuZ**  
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

**Maya Hertig Randall**  
**Wirklich neutral? Die Rechtsprechung des EuGH zu Kopftuchverboten am Arbeitsplatz auf dem Prüfstein der Grundrechte**

AUSGABE:

**01 | 2024**

# Wirklich neutral? Die Rechtsprechung des EuGH zu Kopftuchverboten am Arbeitsplatz auf dem Prüfstein der Grundrechte

Maya Hertig Randall\*

## Inhalt

|      |  |      |
|------|--|------|
| A.   | <a href="#">Einführung</a>                                 | A 1  |
| B.   | <a href="#">Übersicht über die Rechtsprechung des EuGH</a> | A 5  |
| I.   | <a href="#">Die Urteile Achbita und Bougnaoui</a>          | A 6  |
| II.  | <a href="#">Das Urteil Wabe und Müller</a>                 | A 8  |
| III. | <a href="#">Das Urteil S.C.R.L.</a>                        | A 11 |
| C.   | <a href="#">Problemfelder</a>                              | A 13 |
| I.   | <a href="#">Direkte oder indirekte Diskriminierung?</a>    | A 13 |
| II.  | <a href="#">Mehrfachdiskriminierung</a>                    | A 19 |
| III. | <a href="#">Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen</a>    | A 22 |
| 1.   | <a href="#">Rechtfertigungsgrund</a>                       | A 23 |
| 2.   | <a href="#">Verhältnismässigkeitsprüfung</a>               | A 34 |
| IV.  | <a href="#">Schlussgedanken</a>                            | A 39 |

## A. Einführung

Religiöse Symbole und religiös konnotierte Kleidung sind ein Dauerthema. Insbesondere die „Kopftuchdebatte“ leistet Forderungen nach Verboten mit expansiver Tendenz Vorschub.<sup>1</sup> Standen anfänglich Lehrkräfte an öffentlich

---

\* Prof. Dr. Maya Hertig Randall, Professorin für Verfassungsrecht an der Universität Genf, Rechtsanwältin, LL.M. (Cambridge).

<sup>1</sup> Zur expansiven Tendenz von Kopftuchverboten, siehe Eva Brems, ECJ headscarf series (5): The Field in which Achbita will Land – A Brief Sketch of Headscarf Persecution in Belgium, 16. September 2016, Strasbourgobservers (<https://strasbourgobservers.com/2016/09/16/ecj-headscarf-series-5-the-field-in-which-achbita-will-land-a-brief-sketch-of-headscarf-persecution-in-belgium/>): „(...) headscarf bans expand like an oil stain from one sector to the next. This results in a situation which can, without exaggeration, be termed ‚headscarf persecution‘. Bans that affect mainly the Muslim headscarf are popping up in all sorts of environments, to the effect that the headscarf itself is de-normalized and is almost automatically problematized“. Brems Feststellung, dass sich Kopftuchverbote allmählich ausgeweitet haben, bezieht sich auf Belgien. Eine ähnliche Entwicklung lässt sich auch in anderen Ländern, einschliesslich der Schweiz, verzeichnen. Siehe hierzu die Referenzen in den nachstehenden Fussnoten.

Schulen im Vordergrund,<sup>2</sup> richtete sich das Augenmerk später auf den ganzen öffentlichen Sektor,<sup>3</sup> auf Schülerinnen<sup>4</sup> und für weiterreichende Verhüllungsverbote auf den ganzen öffentlichen Raum.<sup>5</sup> In jüngster Zeit hat die Kopftuchdebatte auch den privatrechtlichen Arbeitsmarkt erfasst. Dies wirft die Frage auf, inwiefern private Unternehmen Arbeitnehmenden das Tragen religiöser Symbole oder religiös konnotierter Kleidung untersagen dürfen.<sup>6</sup> Der EuGH hat sich mit dieser Problematik erstmals im Jahr 2017 auseinandergesetzt. Die Urteile *Achbita*<sup>7</sup> und *Bougnaoui*<sup>8</sup> der Grossen Kammer stiessen auf grosse mediale Resonanz<sup>9</sup> und wurden auch in der Lehre vielfach und vorwiegend kritisch kommentiert.<sup>10</sup> Zwei Urteile aus dem Jahr 2021 und 2022 boten

- 
- <sup>2</sup> Siehe hierzu die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Entlassung einer zum Islam konvertierten Lehrerin im Kanton Genf, BGE 123 I 296; EGMR, Entscheid vom 15. Februar 2001, Nr. 42393/98, Dahlab g. Schweiz.
- <sup>3</sup> Siehe BGE 148 I 160 betreffend das Gesetz über die Laizität des Staates des Kantons Genf vom 26. April 2018 (LLE/GE), welches unter anderem Beamt\*innen verbietet, ihre Religionszugehörigkeit durch Verlautbarungen oder äusserliche Zeichen zur Schau zu stellen.
- <sup>4</sup> Siehe BGE 139 I 280 betreffend die Schulgemeinde Bürglen; BGE 142 I 49 betreffend die Schulgemeinde St. Margarethen.
- <sup>5</sup> Siehe BGE 144 I 281 betreffend die Tessiner Gesetze über die Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum und über die öffentliche Ordnung, die zur Umsetzung der im Jahr 2011 verabschiedeten Volksinitiative erlassen wurden. Mit der Annahme der eidgenössischen Volksinitiative „Ja zum Verhüllungsverbot“ am 7. März 2021 hat ein analoges Verbot auch Eingang in die Bundesverfassung (art. 10a BV) gefunden (BBl 2019 2913).
- <sup>6</sup> Siehe z.B. Lempen Karine, Travail, genre et religion: le port du hijab en Europe, in: Stöckli Andreas et al. (Hrsg.), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zürich 2020, 33 ff.; Pärli Kurt/Pileggi Sefora, Religiöse Bekleidung und Symbole am Arbeitsplatz – Europarechtliche Antworten und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, in Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1007 ff.
- <sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 14. März 2017 in der Rechtssache C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 - Samira Achbita und Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding gegen G4S Secure Solutions NV.
- <sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 14. März 2017 in der Rechtssache C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204 - Asma Bougnaoui und Association de défense des droits de l'homme (ADDH) gegen Micropole SA.
- <sup>9</sup> Für die Schweizer Presse, siehe z.B. Wenger Karin A., Firmen können Tragen von Kopftüchern verbieten, NZZ vom 14. Mai 2017 (online); Une entreprise peut interdire le port visible de signes religieux, selon la Cour de justice de l'UE, Le Temps vom 14. März 2017 (online).
- <sup>10</sup> Zur fast ausschliesslich kritischen Würdigung der beiden Urteile, siehe Mulder Jule, Religious neutrality policies at the workplace: Tangling the concept of direct and indirect religious discrimination. WABE and Müller, Common Market Law Review 2022, 1501-1522, 1501: „Rarely has an ECJ decision been so widely and unanimously criticized.“; Hennette Vauchez Stéphanie, Nous sommes Achbita, Revue trimestrielle de droit européen 2019, 105 ff. (auch zugänglich unter <<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03053812/document>>) mit vielen Referenzen in Fussnote 2; siehe auch Howard Erica, Headscarves return to the CJEU: Unfinished

dem EuGH die Gelegenheit, sich erneut mit Kopftuchverboten in privaten Unternehmen auseinanderzusetzen. Dieser Beitrag geht der Frage nach, inwiefern die beiden jüngeren, ebenfalls von der Grossen Kammer gefällten Urteile – *Waabe und Müller* (2021)<sup>11</sup> und *S.C.R.L. (2022)*<sup>12</sup> – die geäusserte Kritik aufgegriffen, Unstimmigkeiten korrigiert und Unklarheiten behoben haben. Er tut dies aus einer schweizerischen Perspektive mit rechtsvergleichenden Bezügen.

Der Rechtsrahmen zum Schutz vor Diskriminierungen hat sich in der EU über einen längeren Zeitraum entwickelt. Einem sektoriellen Ansatz folgend hat der EU-Gesetzgeber zur Verwirklichung der primärrechtlichen Diskriminierungsverbote mehrere Richtlinien erlassen, die Diskriminierungen im privaten Arbeitsleben erfassen. Richtlinie (EU) 2006/54<sup>13</sup> regelt Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, Richtlinie (EU) 2000/43<sup>14</sup> Diskriminierungen beruhend auf Rasse und ethnischer Abstammung, und Richtlinie (EU) 2000/78<sup>15</sup> Diskriminierungen aufgrund weiterer Gründe (Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung und der für diesen Beitrag besonders relevante Diskriminierungsgrund der Religion oder der Weltanschauung).

Im Unterschied zum EU-Recht kennt das schweizerische Recht keinen spezifischen Regelungsrahmen, der gegen Diskriminierungen in privaten Arbeitsverhältnissen umfassenden Schutz gewährt. Das Gleichstellungsgesetz (GIG)<sup>16</sup> beschränkt sich auf Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Andere Dis-

---

business, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2019, 10 f. mit zahlreichen Referenzen in Fn. 2.

<sup>11</sup> EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 in der Rechtssache C-804/18 und C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594 - X gegen WABE eV und MH Müller Handels GmbH gegen MJ.

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2022, in der Rechtssache C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774 - L.F. gegen S.C.R.L. Nach Abgabe des Manuskripts hat der EuGH noch ein weiteres Urteil zu Kopftuchverboten am Arbeitsplatz gefällt, welches die hier dargestellte Rechtsprechung auf den öffentlichen Arbeitsmarkt anwendet. Siehe EuGH, Urteil vom 22. November 2023 in der Rechtssache C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924 – OP gegen Commune d'Ans.

<sup>13</sup> Richtlinie (EU) 2006/54 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl L 204 vom 26. Juli 2006, 23 ff.

<sup>14</sup> Richtlinie (EU) 2000/43 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 180 vom 19. Juli 2000, 22 ff.

<sup>15</sup> Richtlinie (EU) 2000/78 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 303 vom 2. Dezember 2000, 16 ff.

<sup>16</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG, SR 151.1).

kriminierungsgründe, wie ethnische Zugehörigkeit, sexuelle Orientierung, Alter, Religion oder Weltanschauung werden nicht erfasst. Arbeitnehmende müssen sich mit den allgemeinen arbeitsrechtlichen oder privatrechtlichen Bestimmungen behelfen,<sup>17</sup> die im Lichte der in der Bundesverfassung verankerten Grundrechte, namentlich des Diskriminierungsverbots<sup>18</sup> und der Glaubens- und Gewissensfreiheit,<sup>19</sup> auszulegen sind (sogenannte indirekte Drittwirkung<sup>20</sup>). Forderungen nach einem gesetzlichen Ausbau des Diskriminierungsschutzes ist bisher, trotz mehrfacher Kritik seitens internationaler Menschenrechtsorgane, kein Erfolg beschieden.<sup>21</sup> Es ist jedoch zu erwarten, dass sie wieder auf das politische Tapet kommen. Der europäische Regelungsrahmen, einschliesslich dessen Auslegung durch den EuGH, kann in diesem Kontext – sowohl positiv als auch negativ – einen Referenzpunkt für die Weiterentwicklung des Diskriminierungsschutzes in der Schweiz darstellen. Zudem bildet die europäische Rechtsprechung auch ausserhalb einer staatsvertraglichen Berücksichtigungspflicht<sup>22</sup> eine Inspirationsquelle für die schweizerischen Gerichte<sup>23</sup> und kann die Argumentation in arbeitsrechtlichen Diskriminierungsfällen oder in anderen Streitigkeiten im Zusammenhang mit religiösen Symbolen beeinflussen. So hat das Bundesgericht auf das Urteil

---

<sup>17</sup> Im Arbeitsrecht sind insbesondere Bestimmungen zum Kündigungsschutz (Art. 336 OR) und zum Persönlichkeitsschutz (328 OR) relevant. Siehe Lempen, 66. Was andere privatrechtlichen Bestimmungen angeht, kommen etwa der allgemeine Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB), oder etwas das Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 und 3 ZGB) und die Bestimmungen zu den Schranken der Vertragsfreiheit (Art.19 f. OR) in Frage. Siehe Locher Reto, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen. Teilstudie 1: Grundsätze des Diskriminierungsschutzes, Bern, Juli 2015, 44 ff., <[https://skmr.ch/assets/publications/160526\\_Teilstudie\\_1\\_Grundlagen\\_des\\_Diskriminierungsschutzes.pdf](https://skmr.ch/assets/publications/160526_Teilstudie_1_Grundlagen_des_Diskriminierungsschutzes.pdf)>.

<sup>18</sup> Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>19</sup> Art. 15 BV.

<sup>20</sup> Hierzu z.B. Malinverni et al., *Droit constitutionnel suisse : Les droits fondamentaux*, vol. II, Bern 2021, 67, Rn. 134.

<sup>21</sup> Siehe z.B. Bericht der Arbeitsgruppe des Menschenrechtsrates zur allgemeinen regelmässigen Überprüfung (Universal Periodical Review) (Session vom 19. Juni – 14. Juli 2023), A/HRC/53/12, Empfehlung Nr. 39.82.; Ausschuss für soziale und wirtschaftliche Rechte, Abschliessende Empfehlungen vom 18. November 2019, E/C.12/CHE/CO/4, Rn. 20 f.

<sup>22</sup> Zur Berücksichtigungspflicht, siehe Art. 16 Abs. 2 FZA.

<sup>23</sup> Im Bereich des Diskriminierungsschutzes hat das Bundesgericht zum Beispiel die Argumentation des EuGH zur Zulässigkeit von Quoten zugunsten des unterrepräsentierten Geschlechts weitgehend übernommen. Siehe BGE 123 I 152, bezugnehmend auf das kontroverse Kalanke-Urteil (EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 – Kalanke gegen Freie Hansestadt Bremen).

Müller und Waabe in seinem Urteil vom 23. Dezember 2021 zum Genfer Laizitätsgesetz Bezug genommen,<sup>24</sup> das Staatsangestellten untersagt, ihre Religionszugehörigkeit durch äusserliche Zeichen öffentlich zu bekunden.

Ergänzend zum schweizerischen Recht stellt dieser Beitrag auch rechtsvergleichende Bezüge her. Sie dienen einer besseren Einordnung und kritischen Würdigung der besprochenen Urteile. Dabei wird der Blickwinkel auf die universellen Menschenrechtsabkommen ausgeweitet, die häufig im Schatten der EMRK stehen und in der Literatur zu religiösen Symbolen und Kleidungsstücken auf wenig Widerhall gestossen sind.<sup>25</sup>

Der erste Teil des Beitrags gibt einen Überblick über die relevanten Urteile des EuGH, wobei sich die Zusammenfassung der beiden älteren Urteile *Bougnaoui* und *Achbita* auf das Wesentliche beschränkt und der Fokus auf die beiden jüngeren Urteile *Waabe und Müller* und *S.C.R.L.* gerichtet wird. Im zweiten Teil werden einige kontroverse Problemfelder näher beleuchtet. Der Beitrag schliesst mit Überlegungen zur europäischen Rechtsprechung und zum Diskriminierungsschutz in der Schweiz.

## **B. Übersicht über die Rechtsprechung des EuGH**

In allen vier Urteilen, in denen sich der EuGH bisher mit Verboten religiöser Symbole und religiös konnotierter Kleidungsstücken am Arbeitsplatz auseinandergesetzt hat, ging es um Arbeitnehmerinnen muslimischen Glaubens, die sich weigerten, am Arbeitsplatz auf das Tragen des Kopftuches zu verzichten. In den ersten drei Urteilen (*Achbita*, *Bougnaoui*, *Waabe und Müller*) betraf die arbeitsrechtliche Streitigkeit die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Im letzten Urteil (*S.C.R.L.*) wurde eine Diskriminierung bei der Anstellung geltend gemacht. In den verschiedenen Vorabentscheidungsverfahren ging es im Wesentlichen um die Frage, ob die jeweiligen Kopftuchverbote eine Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/78 darstellten. Letztere bezweckt die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf und ergänzt den in den

---

<sup>24</sup> BGE 148 I 160, E. 8.2., 185.

<sup>25</sup> Für eine Übersicht über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Verboten religiöser Kennzeichen am Arbeitsplatz, siehe Hertig Randall Maya/Kibboua Zohra, *Le port de signes et tenues religieuses dans l'emploi en droit européen. Un regard croisé sur la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne*, *Annuaire de droit de l'Union européenne* 2017, 291 ff.; Pärli/Pileggi 1011 ff.; Lempen, 45 ff.

anderen oben genannten Richtlinien vorgesehenen Diskriminierungsschutz aufgrund anderer Diskriminierungsgründe, namentlich des Geschlechts sowie der Rasse und der ethnischen Herkunft.<sup>26</sup>

Die Richtlinie (EU) 2000/78 erfasst sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierungen.<sup>27</sup> Die Unterscheidung zwischen den beiden Diskriminierungsformen ist insofern bedeutsam, als an die Zulässigkeit von mittelbaren Ungleichbehandlungen weniger hohe Anforderungen gestellt werden als im Fall von unmittelbaren Ungleichbehandlungen. Im ersten Fall sind die Rechtfertigungsgründe sehr offen formuliert (Vorliegen eines rechtmässigen Ziels),<sup>28</sup> während sie im zweiten Fall abschliessend geregelt und eng gefasst sind.<sup>29</sup> Keine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn sich die Ungleichbehandlung auf ein mit einem Diskriminierungsgrund zusammenhängendes Merkmal stützt, das eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt“.<sup>30</sup>

## I. Die Urteile *Achbita* und *Bouagnaoui*

Im Fall *Achbita* stütze sich die Kündigung der Arbeitnehmerin, einer Rezeptionistin, auf eine interne Bestimmung, welche das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet. Das Neutralitätsgebot galt anfänglich als ungeschriebene Regel und wurde nach Frau Achbitas Weigerung, das Kopftuch abzulegen, als interne Regel ver-

---

<sup>26</sup> Art. 1 Richtlinie (EU) 2000/78.

<sup>27</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a und b Richtlinie (EU) 2000/78.

<sup>28</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b (i) Richtlinie (EU) 2000/78.

<sup>29</sup> Den Unterschied zwischen den beiden Diskriminierungsformen unterstreicht Generalanwältin Medina wie folgt: „Im Wesentlichen basiert der ‚unmittelbare-Diskriminierung‘-Ansatz auf der Normalisierung solcher Unterschiede am Arbeitsplatz durch eine strengere Kontrolle der Voreingenommenheit. Er geht von der Annahme aus, dass an Unterschiede, die sich aus der Religion und religiösen Weltanschauungen ergeben, besser durch die Förderung von Toleranz und Respekt herangegangen wird, was wiederum zur Akzeptanz einer größeren Vielfalt führt. Demgegenüber nimmt ein ‚mittelbare-Diskriminierung‘-Ansatz die Notwendigkeit an, einen bestimmten Grad an Voreingenommenheit der Öffentlichkeit gegenüber religiösen Unterschieden zu tolerieren, wenn nachgewiesen wird, dass das betroffene Unternehmen andernfalls ernste wirtschaftlich nachteilige Konsequenzen zu tragen hätte. Unterschiede, die sich aus der Religion und religiösen Weltanschauungen ergeben, werden in diesem Kontext als Umstände angesehen, an die am Arbeitsplatz besser durch die Förderung der Einheitlichkeit im Wege einer allgemeinen Untersagung herangegangen wird, die aus einer internen Neutralitätsregel folgt.“ (EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin vom 28. April 2022 in der Rechtssache C-344/20: ECLI:EU:C:2022:328 – S.C.R.L., Rn. 59).

<sup>30</sup> Art. 4 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2000/78. Eine weitere Ausnahme ist für berufliche Tätigkeiten innerhalb Kirchen und anderen religiösen oder weltanschaulichen Organisation vorgesehen (Art. 4 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2000/78).

abschiedet. Im Fall *Bouagnaoui* erging die Kündigung infolge von Beschwerden eines Kunden, der sich am Kopftuch der Softwaredesignern gestört hatte. Dabei war es unklar, ob sich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf eine analoge interne Regelung wie im Fall *Achbita* stützen konnte.

Für den Gerichtshof ist das Vorliegen eines internen Neutralitätsgebots massgebend für die Qualifizierung der Diskriminierung. Fehlt eine Neutralitätsgebot (ein mögliches Szenario im Fall *Bouagnaoui*), stellt die Kündigung eine *direkte* Diskriminierung aufgrund der Religion dar. Im gegenteiligen Fall verneint der Gerichtshof eine direkte Diskriminierung mit der Begründung, das Neutralitätsgebot komme auf alle religiösen, weltanschaulichen und politischen Zeichen unterschiedslos und undifferenziert zur Anwendung, wodurch alle Arbeitnehmenden gleichbehandelt würden. Die entsprechende Neutralitätspolitik könne jedoch eine *mittelbare* Diskriminierung darstellen, wenn erwiesen sei, dass sie tatsächlich Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt. Trifft dies zu, ist die faktische Ungleichbehandlung zulässig, wenn sie ein rechtmässiges Ziel verfolgt, angemessen und notwendig ist.<sup>31</sup> Die Neutralitätsregel wertet der Gerichtshof als ein rechtmässiges Ziel, mit dem Hinweis, der Wunsch, der Kundschaft ein Bild der Neutralität zu vermitteln, gehöre zur unternehmerischen Freiheit, die in Art. 16 der Grundrechtecharta verbrieft ist. Das Erfordernis der Angemessenheit sei erfüllt, sofern die Neutralitätspolitik tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werde. Erforderlich sei die Anwendung der Neutralitätsregel, wenn sie sich auf das unbedingt Erforderliche beschränke. Dies bedingt, dass sie sich nur an Arbeitnehmende richtet, die mit Kundschaft in Kontakt treten, und geprüft wird, ob den betroffenen Angestellten unter Berücksichtigung der unternehmerischen Zwänge und ohne zusätzliche Belastung eine Stelle ohne Kundenkontakt angeboten werden könne, anstatt sie zu entlassen.

Im Fall *Bouagnaoui* hatte der Gerichtshof die Frage zu beantworten, ob der Wille der Arbeitgeber\*in, den Wünschen der Kundschaft nachzukommen und Arbeitsleistungen nicht mehr von einer Arbeitnehmerin mit Kopftuch ausführen zu lassen, einer „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ entspricht, die eine direkte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag. Der Gerichtshof hielt fest, solche Anforderungen seien nur unter sehr begrenzten Bedingungen anzunehmen und müssten von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben sein. Subjektive Erwägungen, wie der Wille der Arbeitgeber\*in, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen, seien nicht erfasst.

---

<sup>31</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b i) Richtlinie (EU) 2000/78.

## II. Das Urteil *Wabe und Müller*

Dem Urteil *Wabe und Müller* lagen zwei arbeitsrechtliche Streitigkeiten zugrunde. Die erste betraf eine in einer Kindertagesstätte angestellte Heilerziehungspflegerin, die zweite eine Kassiererin und Verkaufsberaterin in einer Drogeriemarktkette. In beiden Fällen berief sich die arbeitgebende Partei auf ihre Neutralitätspolitik, die jedoch unterschiedlich ausgestaltet war.

In der Rechtssache *Wabe* hatte der Arbeitgeber, ein überparteilicher und überkonfessioneller Verein, der Kindertagesstätten betreibt, eine „Dienstanweisung zur Einhaltung des Neutralitätsgebots“ verabschiedet, die es den Mitarbeitenden vorschrieb, gegenüber Eltern, Kindern und Dritten am Arbeitsplatz keine sichtbaren Zeichen ihrer politischen, weltanschaulichen oder religiösen Überzeugungen zu tragen. Das Verbot erstreckte sich gemäss einem internen Informationsblatt auf Symbole wie das christliche Kreuz, das muslimische Kopftuch oder die jüdische Kippa, und war nebst der muslimischen Mitarbeiterin auch auf eine christliche Angestellte angewendet worden, der es nicht mehr gestattet wurde, ein Kreuz als Halskette sichtbar zu tragen. In der Rechtssache *Müller* erfasst die firmeninterne Weisung nur „auffällige grossflächige“ Zeichen religiöser, politischer oder weltanschaulicher Natur.

Im Zusammenhang mit der Rechtssache *Wabe* bestätigte der EuGH seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2017, wonach eine unterschiedslos anwendbare Politik religiöser, weltanschaulicher oder politischer Neutralität keine unmittelbare Diskriminierung darstellt. Die Neutralitätsregel könne zwar Arbeitnehmenden, die religiös gebotenen Bekleidungsvorschriften befolgten, „besondere Unannehmlichkeiten bereiten“<sup>32</sup>, führe aber grundsätzlich keine untrennbar mit der Religion oder der Weltanschauung verbundene Ungleichbehandlung ein. Diese Schlussfolgerung stützte der EuGH auf eine Auslegung der in der Richtlinie (EU) 2000/78 aufgezählten Diskriminierungsgründe, die auch „Religion oder Weltanschauung“ umfassen. Diese Gründe seien im Lichte des Diskriminierungsverbotes von Art. 21 der Grundrechtecharta und der in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankerten Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) auszulegen. Zum einen seien „Religion oder Weltanschauung“ im Einklang mit Art. 21 der Grundrechtecharta als ein einziger und nicht als zwei unterschiedliche Diskriminierungsgründe zu verstehen, wobei der Grund der Weltanschauung von demjenigen der „politischen oder sonstigen Anschauung“ zu unterscheiden sei und sowohl religiöse als auch auf weltanschauliche oder spirituelle Überzeugungen umfasse. Zum anderen erstreckte sich die Gewissens- und Glaubensfreiheit gemäss der Rechtsprechung

---

<sup>32</sup> Waabe und Müller, Rn. 53.

des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch auf Nichtgläubige (Atheist\*innen, Agnostiker\*innen, Skeptiker\*innen und Gleichgültige). Diese Auslegung führt den EuGH zum Schluss, dass die Neutralitätsregel potenziell jede und jeden erfasse, weil nämlich jede Person eine Religion oder eine Weltanschauung haben könne und sich die Richtlinie nicht auf Ungleichbehandlungen zwischen Menschen mit einer Religion oder Weltanschauung gegenüber Menschen ohne Religion oder Weltanschauung beschränke.

Anders würdigte der Gerichtshof die Neutralitätspolitik der Drogeriekette Müller. Er kam zum Schluss, eine solche Regelung könne nicht nur zu einer indirekten, sondern auch zu einer *direkten* Diskriminierung führen. Als Begründung führte er an, eine auf „*auffällige grossflächige*“ Zeichen beschränkte Regelung sei geeignet, Anhänger\*innen von Religionen, die das Tragen grosser Kleidungsstücke oder Zeichen, wie z.B. einer Kopfbedeckung vorsehen, stärker zu beeinträchtigen, und könne deshalb auf einem Kriterium beruhen, das mit der Religion oder der Weltanschauung untrennbar verbunden sei. In solchen Fällen würden die betroffenen Arbeitnehmenden wegen ihrer Religion oder Weltanschauung weniger günstig behandelt als andere, was eine unmittelbare Diskriminierung darstelle.

Unbeantwortet liess der Gerichtshof die Frage des vorlegenden Gerichts, ob die Neutralitätspolitik eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle, weil sie in der weit überwiegenden Anzahl von Fällen Frauen betreffe. Der EuGH führte hierzu an, der Diskriminierungsgrund aufgrund des Geschlechts sei in der Richtlinie 2000/78 nicht vorgesehen, weshalb er die Frage nicht zu prüfen brauche.

Der Gerichtshof wandte sich in der Folge der Rechtfertigung einer auf der Anwendung der Neutralitätspolitik beruhenden mittelbaren Benachteiligung aufgrund der Religion zu. Seine Argumentation bringt den Willen zum Ausdruck, die Anforderungen an die Rechtfertigung zu erhöhen. Der EuGH hielt eingangs fest, die Bedingungen des Vorliegens eines rechtmässigen Ziels und der Angemessenheit sowie Erforderlichkeit seien eng auszulegen. Danach knüpfte er an seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2017 an und bestätigte unter Berücksichtigung der unternehmerischen Freiheit, dass das Verfolgen einer Neutralitätspolitik grundsätzlich ein rechtmässiges Ziel darstelle, insbesondere wenn sie auf Arbeitnehmende mit Kundenkontakt beschränkt sei. Einschränkend präzisierte er, die Neutralitätspolitik müsse, um die Anforderung der Rechtmässigkeit zu erfüllen, einem *wirklichen Bedürfnis* der Arbeitgeber\*in entsprechen, was letztere nachzuweisen habe.

Zum konkretisierungsbedürftigen Erfordernis eines „wirklichen Bedürfnisses“ enthält das Urteil einige Hinweise. Der EuGH greift die in beiden Rechtssachen aufgeführten Ziele auf, welche die Neutralitätspolitik laut der arbeitgebenden Partei verfolgen sollte, und erwähnt exemplarisch drei Zielsetzungen, die einem „wirklichen Bedürfnis“ entsprechen können.

Erstens kann eine Neutralitätspolitik rechtmässig sein, wenn sie darauf abzielt, Rechte und gerechtfertigte Erwartungen der Kundschaft zu berücksichtigen. Dieses Erfordernis konkretisiert der EuGH sowohl positiv als auch negativ: Rechte und gerechtfertigte Erwartungen sind zum Beispiel das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, und ihr Wunsch, dass ihr Nachwuchs von Personen betreut wird, die im Kontakt mit den Kindern nicht ihre Religion oder Weltanschauung zum Ausdruck bringen. Keine gerechtfertigten Erwartungen liegen in einer Konstellation wie im Fall *Bougnoui* vor, in welcher die Kündigung wegen einer Beschwerde eines Kunden ausgesprochen wird und keine interne Neutralitätsregel existiert, oder wie in der Rechtssache *Feryn*,<sup>33</sup> in welcher der Arbeitgeber gestützt auf angebliche diskriminierende Forderungen der Kundschaft öffentlich erklärte, Arbeitnehmende einer bestimmten Herkunft nicht einstellen zu wollen.

Zweitens kann das von der Drogeriekette Müller angeführte Ziel, soziale Konflikte vermeiden zu wollen, einem wirklichen Bedürfnis der Arbeitgeber\*in entsprechen.

Drittens erachtet der Gerichtshof für das Vorliegen eines wirklichen Bedürfnisses als besonders bedeutsam, dass die Arbeitgeber\*in ohne eine Neutralitätspolitik nachweislich in ihrer unternehmerischen Freiheit beeinträchtigt würde, da sie *„angesichts der Art [ihrer] Tätigkeit oder des Umfelds, in dem diese ausgeübt wird, nachteilige Konsequenzen zu tragen hätte.“*

Für den Fall, dass ein auf auffällige grossflächige Zeichen beschränktes Verbot unter Berücksichtigung der Umstände nicht als unmittelbare, sondern als mittelbare Ungleichbehandlung einzustufen sei, machte der Gerichtshof deutlich, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung kaum je erfüllt sein dürften. Er hielt fest, dass das Tragen jedes noch so kleinen Zeichens die Eignung der Massnahme beeinträchtige und die Kohärenz der Neutralitätspolitik selbst in Frage stelle.

---

<sup>33</sup> EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008 in der Rechtssache C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397 – *Feryn*.

Anschliessend befasste sich der EuGH mit dem Verhältnis zwischen der Richtlinie und den europäischen Grundrechten einerseits, sowie dem nationalen Recht andererseits. Zum ersten Punkt hielt er anknüpfend an die Urteile aus dem Jahr 2017 fest, dass die Richtlinie im Lichte der in der Grundrechtecharta verbrieften Rechte auszulegen sei. Dies bedinge, dass im Rahmen der Angemessenheitsprüfung die verschiedenen in Rede stehenden Rechte und Freiheiten zu berücksichtigen seien. Dabei führte der Gerichtshof klärend an, dass nebst der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 Charta) auch die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 10 Charta) zu beachten seien.

Die Frage des Verhältnisses zwischen der Richtlinie und dem nationalen Recht formulierte das vorliegende Gericht in Zusammenhang mit Art. 8 der Richtlinie. Laut dieser Bestimmung enthält die Richtlinie Mindestanforderungen und steht günstigeren nationalen Vorschriften nicht entgegen. Das nationale Gericht wollte wissen, ob diese Bestimmung den nationalen Gerichten die Möglichkeit eröffnet, die auf der innerstaatlichen Ebene verbrieft Religionsfreiheit bei der Prüfung der Angemessenheit einer mittelbaren Ungleichbehandlung zu berücksichtigen. Der EuGH antwortete auf diese Frage, dass die Richtlinie einen allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf festlegt und den Mitgliedstaaten angesichts des fehlenden Konsenses auf Unionsebene hinsichtlich der Stellung der Religion Wertungsspielräume belässt. Die Aufgabe, die Gedanken-, Weltanschauungs- und Religionsfreiheit in Einklang zu bringen mit den rechtmässigen Zielen, die eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen, obliegt in erster Linie den Mitgliedstaaten und ihren Gerichten.

### **III. Das Urteil S.C.R.L.**

Das Urteil S.C.R.L. vom 22. Oktober 2022 ist das jüngste Urteil des EuGH zum Verbot religiöser Symbole und Kleidungsstücke in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Die Klägerin im Ausgangsverfahren hatte sich im Rahmen ihrer Berufsausbildung in Bürokommunikation für ein unentgeltliches Praktikum bei S.C.R.L. beworben. Im Rahmen des Vorstellungsgesprächs wurde der kopftuchtragenden Bewerberin mitgeteilt, ihre Bewerbung werde positiv bewertet, und sie wurde gefragt, ob sie bereit wäre, sich an die unternehmensinterne Neutralitätsregel zu halten. Diese verpflichtete die Arbeitnehmenden dazu „darauf zu achten, dass sie ihre religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugungen, welche diese auch immer sein mögen, in keiner Weise, weder durch Worte noch durch die Kleidung oder auf andere Weise, zum Ausdruck bringen“. Die Bewerberin gab zu verstehen, sie sei nicht gewillt, ihr Kopftuch abzulegen, und könne sich dementsprechend nicht an die Neutralitätsregel halten. Daraufhin wurde ihr mitgeteilt, ihre Bewerbung würde nicht

angenommen. Sie erneuerte in der Folge ihre Bewerbung und bekundete ihre Bereitschaft, eine alternative Kopfbedeckung zu tragen (Mütze, Bandana). Dieser vermittelnde Vorschlag wurde abgelehnt, mit der Begründung, das Tragen jeglicher Kopfbedeckung sei in den Geschäftsräumen verboten.

Die zahlreichen Fragen des vorlegenden Gerichts zielten im Wesentlichen darauf ab, den Gerichtshof zu bewegen, seine bisherige Auslegung und Anwendung des Begriffs der direkten Diskriminierung im Zusammenhang mit Verboten religiöser Symbole am Arbeitsplatz zu überdenken und den Spielraum der nationalen Gerichte für einen stärkeren Diskriminierungsschutz gestützt auf das nationale Recht auszuweiten. Dabei ging das vorlegende Gericht von der Annahme aus, der Ansatz des belgischen Rechts, Religion und Weltanschauung als zwei unterschiedliche Diskriminierungsgründe zu behandeln, führe für kopftuchtragende muslimische Arbeitnehmerinnen zu einem besseren Schutz.

Der EuGH bestätigte seine bisherige Rechtsprechung, wonach Verbote, die sich auf eine Neutralitätspolitik stützen, keine direkte Diskriminierung darstellen. Seiner Argumentation im Urteil *Wabe und Müller* folgend anerkannte er, dass den nationalen Gerichten ein Wertungsspielraum zur Berücksichtigung der im nationalen Verfassungsrecht geschützten Religionsfreiheit zugestanden werde, insbesondere hinsichtlich des Ausgleichs der verschiedenen in Rede stehenden Rechte und Interessen. Die Grenzen dieses Spielraums seien jedoch überschritten, wenn der in der Richtlinie 2000/78 vorgesehene einheitliche Diskriminierungsgrund „der Religion oder der Weltanschauung“ auf nationaler Ebene in zwei unterschiedliche Gründe aufgespalten würde. Ein solcher Ansatz würde „die praktische Wirksamkeit des allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf beeinträchtigen“<sup>34</sup>, weil er dazu führen würde, „Untergruppen von Arbeitnehmern zu schaffen“.<sup>35</sup>

Auf eine Untergruppe von Arbeitnehmende nahm ein Teil der Vorlagefragen Bezug, in denen das nationale Gericht einen Vergleich zwischen verschiedenen Personengruppen vornahm. Es erblickte eine mögliche Benachteiligung einer „Arbeitnehmerin, die ihre Religionsfreiheit durch das sichtbare Tragen eines (konnotierten) Zeichens, hier eines Kopftuchs, ausüben möchte“ gegenüber mehreren Gruppen, unter anderem Menschen anderer Religionszugehörigkeit oder Arbeitnehmern der gleichen Überzeugung, die sich dafür entscheiden würden, „diese durch das Tragen eines Bartes zu bekunden“<sup>36</sup>. Indem das nationale Gericht den Vergleich auf eine kopftuchtragende Muslimin eingrenzte

---

<sup>34</sup> S.C.R.L., Rn. 54.

<sup>35</sup> S.C.R.L., Rn. 55.

<sup>36</sup> S.C.R.L., Rn. 23.

und diese mit Angehörigen anderer Religionen oder einem Muslim mit Bart verglich, lud es den EuGH implizit dazu ein, sich mit einer Mehrfachdiskriminierung beruhend auf Religion und Geschlecht auseinanderzusetzen. Der EuGH äusserte sich nicht zu dieser Problematik, mit der Begründung, das Geschlecht falle nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78.

## C. Problemfelder

Die oben skizzierte Rechtsprechung wirft viele komplexe Fragen auf, weshalb sich eine Auswahl aufdrängt. Im Folgenden werden einige Problemfelder aufgegriffen, die im Nachgang an die Urteile *Achbita* und *Bouagnaoui* im Zentrum der Kritik standen und die in den Folgeurteilen *Wabe und Müller* und *S.C.R.L.* erneut an den EuGH herangetragen wurden.

### I. Direkte oder indirekte Diskriminierung?

Stellt ein Kopftuchverbot, das sich auf eine firmeninterne Politik der religiösen und weltanschaulichen Neutralität stützt, eine direkte oder indirekte Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 2000/78 dar? Diese Frage wird seit den Urteilen aus dem Jahr 2007 kontrovers diskutiert.<sup>37</sup> Der EuGH bestätigt in den

---

<sup>37</sup> Eine direkte Diskriminierung befürworten z.B. Howard Erica, *Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights and pandering to prejudice*, the CJEU does both, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2022, 245-262, 251 f.; Hennette-Vauchez Stéphanie/Wolmark Cyril, *Plus vous discriminez, moins vous discriminez. A propos des conclusions de l'avocat générale dans l'affaire CJUE Achbita, C-157/15. Semaine sociale Lamy*, 2016, 5-8, 6 f.; Cloots Elke, *Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? Achbita and Bouagnaoui*, *Common Market Law Review* 2018, 589-624, 605 ff., mit Hinweisen auf andere Urteile, in welchen der EuGH den Begriff der direkten Diskriminierung weiter ausgelegt hat; Hertig Randall/Kibboua, 309; Siehe auch Generalanwältin Sharpstons Shadow Opinion in der Rechtssache *Wabe und Müller* (zit. Shadow Opinion), <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>>, Rn. 261 ff., die eine weitere Definition von direkter Diskriminierung vorschlägt; in diese Richtung auch Mulder, 1508 ff.; für eine indirekte Diskriminierung, siehe z.B. van den Brink Martijn, *The Protected Grounds of Religion and Belief: Lessons for EU Non-Discrimination Law*, *German Law Journal* 2023, 855-880; Vickers Lucy, *Religious Headscarves and Discrimination—Take Two*, *Oxford Human Rights Hub*, 29 Juli 2021 <<https://ohrh.law.ox.ac.uk/religious-discrimination-and-headscarves-take-two/>>; Bell Mark, *Leaving Religion at the Door? The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace*, *17 Human Rights Law Review* 2017, 784-796, 791. Das Bundesgericht nimmt in seinem Urteil zum Genfer Laizitätsgesetz auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug, um zu verneinen, dass das an Staatsangestellte adressierte Verbot, ihre Religionszugehörigkeit durch äusserliche Zeichen zu bekunden, eine direkte Diskriminierung darstellt. Im Unterschied zur Argumentation des EuGH, wonach die Neutralitätsregel zu einer indirekten Diskriminierung führen kann, verneint das Bundes-

Urteilen *Wabe und Müller* und S.C.R.L. die im Urteil *Achbita* begründete Rechtsprechung und stuft eine alle religiösen und weltanschaulichen Zeichen umfassende Neutralitätspolitik konsequent als indirekte Diskriminierung ein, sofern sie allgemein und unterschiedslos angewandt wird. Eine auf „auffällige grossflächige“ Zeichen beschränkte Neutralitätspolitik, mit der er sich zum ersten Mal im Urteil *Wabe und Müller* befasst hat, kann laut EuGH demgegenüber eine direkte Diskriminierung darstellen.

Die Frage der Rechtsnatur der Diskriminierung steht in einem engen Zusammenhang mit der Frage der relevanten Vergleichsgruppe, die in Diskriminierungsfällen nicht selten Schwierigkeiten aufwirft. In den Urteilen *Wabe und Müller* sowie S.C.R.L. stellte der Gerichtshof klar, Religion und Weltanschauung seien zum einen als ein einziger Diskriminierungsgrund zu verstehen und zum anderen dahingehend auszulegen, dass sie auch Menschen ohne Glauben oder Weltanschauung erfassen (Atheist\*innen, Agnostiker\*innen, etc.). Diese weite Interpretation bekräftigt das Argument des EuGH, die Neutralitätsregel finde auf alle Arbeitnehmenden unterschiedslos Anwendung, da jede Person eine Überzeugung habe und somit keine Vergleichsgruppe auszumachen sei, die *de iure* bessergestellt wäre.<sup>38</sup>

---

gericht auch das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung, ohne sich mit den europäischen Urteilen auseinanderzusetzen; siehe BGE 148 I 60 E. 8.2., 185: „En l'espèce, l'art. 3 al. 3 et 5 LLE/GE interdit à certaines personnes (membres du Conseil d'Etat, d'un exécutif communal, agents de l'Etat, etc.) de signaler leur appartenance religieuse lorsqu'elles sont en contact avec le public dans le cadre de leurs fonctions au service de l'Etat. Cette interdiction s'applique à ces personnes indépendamment de leur éventuelle foi dans une croyance particulière (respectivement de leur rejet de tout type de foi), de sorte qu'elle n'est pas discriminatoire par rapport à la religion suivie par celles-ci (dans ce sens, bien que s'agissant d'une règle interne d'une entreprise privée et non d'une disposition légale adoptée par un Etat, cf. arrêt de la CJUE du 15 juillet 2021 dans les affaires jointes C-804/18 [par. 52 et 55] et C-341/19 [par. 73 et 78, avec quelques nuances]). En particulier, pour ce qui concerne les recourants, elle n'est pas discriminatoire (même indirectement) envers les musulmans. Quant à l'argumentation des intéressés relative à la discrimination entre croyants et non-croyants, elle ne peut pas non plus être retenue. Les premiers ne sont en effet pas traités différemment des seconds. Contrairement à l'opinion des recourants, la norme critiquée n'interdit notamment pas aux personnes croyantes l'accès aux fonctions étatiques en question, mais se limite à demander à celles-ci de (i) observer la neutralité religieuse dans le cadre de leurs fonctions (interdiction de discrimination) et (ii) renoncer à manifester leur appartenance religieuse dans certaines situations“.

<sup>38</sup> Siehe die Kritik in: EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Medina vom 28. April 2022 in der Rechtssache C-344/20: ECLI:EU:C:2022:328 – S.C.R.L., Rn. 50: „Ich muss zugeben, dass der Gerichtshof meines Erachtens im Urteil WABE die Gruppe für Vergleichszwecke in einer solchen Weise gefasst hat, dass Hinweisen auf Ungleichbehandlung im Hinblick auf Arbeitnehmer, die ihre Religion oder ihre religiösen Weltanschauungen nicht schlicht bekunden, sondern sie durch das Tragen bestimmter Bekleidung achten, ihre Konturen

Die folgenden Überlegungen werden die in der Lehre bereits umfassend thematisierte Frage der relevanten Vergleichsgruppen nicht aufgreifen.<sup>39</sup> Sie werden das Augenmerk zunächst auf die grundsätzlichere Frage richten, inwiefern eine kategorielle Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Diskriminierung sinnvoll ist, und diese Frage zum Anlass nehmen, auf eine Inkohärenz in der Argumentation des Gerichtshofs im Urteil *Wabe und Müller* hinzuweisen.

Die Kontroverse, ob die Neutralitätsregel eine direkte oder eine indirekte Diskriminierung darstellt, hängt mit der kategoriellen Unterscheidung zusammen, welche die Richtlinie 2000/78 zwischen den beiden Diskriminierungsformen trifft. Die unterschiedlichen Anforderungen an die Rechtfertigung von unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlungen bringt die Auffassung zum Ausdruck, dass direkte Diskriminierungen schwerwiegender sind als indirekte Diskriminierungen. Als mögliche Kriterien, diesen Schluss zuzulassen, bieten sich die bei der Verabschiedung der Regel verfolgte Absicht und/oder die Auswirkungen der Regel an.<sup>40</sup> Wenn der Gesetzgeber, oder eine Arbeit-

---

genommen wurden.“ Der Gerichtshof präzisiert, dass seine Auslegung, wonach Religion oder Weltanschauung einen einheitlichen Diskriminierungsgrund darstellen, „weder Vergleichen zwischen Arbeitnehmern mit religiösen Überzeugungen und Arbeitnehmern mit anderen Überzeugungen noch solchen zwischen Arbeitnehmern mit unterschiedlichen religiösen Überzeugungen entgegen[steht]“ und dass sich die Vergleichsgruppe „nicht auf Personen beschränkt, die nicht einer bestimmten Religion oder Weltanschauung anhängen“. (S.C.R.L., Rn. 59 f.). Angesichts der Tatsache, dass der Gerichtshof die Neutralitätsregel nicht als unmittelbare Diskriminierung einstuft, ist diese Präzisierung jedoch nicht geeignet, den vom nationalen Gericht angestrebten Schutz gegen direkte Diskriminierungen auszubauen. Zur Tragweite der erwähnten Präzisierung, siehe Tardivo Davide, Commentary. European Court of Justice Returns to Religious Neutrality Policies in Private Workplaces, *International Labor Rights Case Law* 2023, 201–205, 204.

<sup>39</sup> Siehe z.B. Cloots, 601 ff.; van den Brink, 868 ff.; Hennette-Vauchez, *European Constitutional Law Review* 2017, 747 f.; Nozizwe Dube, Not just another Islamic headscarf case: LF v SCRL and the CJEU's missed opportunity to inch closer to acknowledging intersectionality, *European Law Blog*, Blogpost 4/2023, 19. Januar 2023, <<https://europeanlawblog.eu/2023/01/19/not-just-another-islamic-headscarf-case-lf-v-scr-l-and-the-cjeu-s-missed-opportunity-to-inch-closer-to-acknowledging-intersectionality/>>.

<sup>40</sup> Das Kriterium der Absicht stellt Sharpston, Shadow Opinion, Rn. 207 in den Vordergrund: „Indirect discrimination occurs when an apparently neutral criterion is applied to everyone, but the result is a disparate adverse impact upon a particular sub-group of those to whom that criterion is applied. Because the criterion is, indeed, neutral rather than overtly discriminatory, that may perhaps generate a kind of unspoken assumption that in applying that neutral criterion, the employer's intentions were straightforward and honourable. He did not mean to discriminate (had he had such an intention, he would have picked and used an overtly discriminatory criterion). Any discrimination that in fact occurred as a result of applying that neutral criterion was not the objective of the employer's action, but merely

geber\*in, direkt an ein verpöntes Merkmal anknüpft, kann argumentiert werden, dies geschehe mit der Absicht, oder zumindest mit dem Wissen, eine geschützte Personengruppe zu benachteiligen und auszugrenzen. Die explizite Anknüpfung an einen Diskriminierungsgrund, oder an ein mit ihm direkt verbundenes Merkmal,<sup>41</sup> hat zur Folge, dass Menschen, die dieses Merkmal nicht aufweisen, alle verschont bleiben und sich die negativen Auswirkungen auf die direkt betroffene Gruppe konzentrieren: Eine Regel, die Frauen die Ausübung eines bestimmten Berufs untersagt, nimmt wissentlich und willentlich Frauen ins Visier und wirkt sich auch nur auf Frauen aus. Eine Bestimmung, die Teilzeitbeschäftigte gegenüber Vollzeitbeschäftigten schlechterstellt, benachteiligt angesichts der sozialen Wirklichkeit Frauen, doch nicht ausschliesslich: Männer, die Teilzeit arbeiten, sind auch erfasst. Weil die Auswirkungen einer generell abstrakten Norm auf verschiedene Personengruppen nicht immer einfach vorherzusehen sind, kann auch nicht ohne Weiteres eine diskriminierende Absicht gegenüber der betroffenen Gruppe unterstellt werden.

Die Übergänge zwischen diesen beiden Konstellationen sind jedoch fließend.<sup>42</sup> Dies kann beispielhaft anhand des Verbots der Ganzkörperverhüllung illustriert werden, mit dem sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil *S.A.S. gegen Frankreich*<sup>43</sup> und der Menschenrechtsausschuss in der Beschwerde *Sonya Yeker gegen Frankreich* befasst haben.<sup>44</sup> Die französische Regierung unterstrich, das Verbot sei allgemein formuliert und nicht auf den Niqab oder die Burka beschränkt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte diesem Argument eine gewisse Relevanz zugestanden.<sup>45</sup> Demgegenüber unterzog der Menschenrechtsausschuss die französische Bestimmung einer genaueren Prüfung und berücksichtigte nebst ihrem Wortlaut auch den gesamten Kontext. Er unterstrich zum einen, dass das in Rede stehende Gesetz zahlreiche Ausnahmen vorsieht (z.B. für Gesichtsverhüllungen aus gesundheitlichen oder beruflichen Gründen, oder im Zusammenhang

---

an unfortunate side-effect. It is very easy to carry that unspoken assumption (if it is made) across to the subsequent analysis of the justification advanced and to scrutinise the latter with a correspondingly friendly eye.“

<sup>41</sup> Die Schwangerschaft stellt z.B. ein mit dem Geschlecht unmittelbar verbundenes Kriterium dar.

<sup>42</sup> In diesem Sinne Sharpston, *Shadow Opinion*, Rn. 217, 261.

<sup>43</sup> EGMR (GK), Urteil vom 1. Juli 2014, Nr. 43835/11, *S.A.S. g. Frankreich*.

<sup>44</sup> Menschenrechtsausschuss, Entscheidung vom 17. Juli 2018, Nr. 2747/2016, *Sonya Yeker g. Frankreich*.

<sup>45</sup> *S.A.S. g. Frankreich*, Rn. 151: „The Court is aware of the fact that the impugned ban mainly affects Muslim women who wish to wear the full-face veil. It nevertheless finds it to be of some significance that the ban is not expressly based on the religious connotation of the clothing in question but solely on the fact that it conceals the face.“

mit Sport, künstlerischen oder traditionellen Feiern oder Veranstaltungen) und letztlich *de facto* kaum mehr als die islamische Vollverschleierung erfasst. Hinzu kommt, dass das Verbot in erster Linie gegenüber Frauen mit voller Gesichtsverhüllung durchgesetzt wird. Die der Verabschiedung des Gesetzes vorangehenden Debatten liessen auch darauf schliessen, dass es bei dem Verbot um den islamischen Vollschleier geht und es sich dementsprechend gegen muslimische Frauen richtet, die diese Form der Verschleierung tragen. Die Analyse des Menschenrechtsausschusses zeigt, dass sich das französische Gesichtsverhüllungsverbot unter dem Blickwinkel der verfolgten Absicht und der Auswirkungen kaum von einer direkten Diskriminierung unterscheiden lässt.

Weil die Übergänge zwischen verschiedenen Diskriminierungsformen fließend sind, ist eine kategorielle Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Diskriminierung und den damit einhergehenden unterschiedlichen Anforderungen an die Rechtfertigung, wie sie die Richtlinie 2000/78 vorsieht, nicht unproblematisch. Bestrebungen, den gesetzlichen Diskriminierungsschutz in der Schweiz zu verstärken, sollten diesen Schwierigkeiten Rechnung tragen und die europäische Regelung in diesem Punkt als Inspirationsquelle kritisch hinterfragen. Gefordert sind auch die Gerichte: die pauschalisierende, implizite Annahme, direkte Ungleichbehandlungen seien schwerwiegender als indirekte Ungleichbehandlungen, darf nicht dazu verleiten, dass die Rechtfertigung von mittelbaren Ungleichbehandlungen keiner stringenter Prüfung unterzogen wird. Auf die Frage, inwiefern der Gerichtshof dieses Defizit des Urteils *Achbita* in den jüngeren Urteilen korrigiert hat, ist später zurückzukommen.<sup>46</sup>

Im Folgenden ist einer weiteren Frage nachzugehen, welche die Folgerechtsprechung aufwirft: Ist die vom Gerichtshof getroffene Unterscheidung zwischen einer alle sichtbaren Zeichen umfassenden Neutralitätsregel und einer, die auf auffällige grossflächige Zeichen beschränkt ist, kohärent? Dem Gerichtshof ist insofern zuzustimmen, dass ein partielles Verbot zahlreiche Fragen aufwirft, die sich auch für analoge staatliche Regelungen stellen (wie das französische Gesetz, welches das Tragen ostentativer religiöser Zeichen oder Kleidungsstücke verbietet<sup>47</sup>). Die Begriffe „auffällig“ und „grossflächig“ sind unbestimmt und dementsprechend unter dem Blickwinkel der Rechtssicher-

---

<sup>46</sup> Siehe unten, [C.III](#).

<sup>47</sup> Loi n° 2004-228 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées public vom 3. März 2004. Siehe auch das Genfer Laizitätsgesetz, welches es dem Staatsrat erlaubt, das Tragen auffälliger religiöser Zeichen in öffentlichen Gebäuden für eine beschränkte Zeit einzuschränken, um schwere Störungen der öffentlichen Ordnung zu verhindern. (Art. 7 Abs. 1 Loi sur la laïcité de l'Etat (LLE) vom 26. April 2018, rsGE A 2 75).

heit und Vorhersehbarkeit problematisch. Verstärkend tritt hinzu, dass das, was als „auffällig“ gilt, kulturell geprägt ist und von der Mehrheitsgesellschaft abhängt. Als auffällig wird wahrgenommen, was im Lichte der dominanten Kultur unvertraut ist – das islamische Kopftuch, der Turban des Sikhs, die jüdische Kippa, nicht jedoch das christliche Kreuz. Damit entfaltet ein partielles Verbot gegenüber religiösen Minderheiten ein erhebliches Ausgrenzungspotenzial und ist ähnlich wie das französische Gesichtsverhüllungsverbot unter dem Gesichtspunkt sowohl der Absicht als auch der Auswirkungen problematisch. Eine auf auffällige grossflächige Zeichen beschränkte Regel legt einerseits den Verdacht nahe, dass sie bewusst konzipiert wurde, um religiöse Zeichen der Mehrheitsgesellschaft nicht zu tangieren. Andererseits ist sie in den Worten des EuGH geeignet *„Personen, die religiösen oder weltanschaulichen Strömungen anhängen, die das Tragen eines grossen Kleidungsstücks oder Zeichens, wie beispielsweise einer Kopfbedeckung, vorsehen, stärker zu beeinträchtigen.“*<sup>48</sup> Aus diesem Grund beruht die Regel laut dem EuGH auf einem Kriterium, das mit dem geschützten Grund – demjenigen der Religion oder der Weltanschauung – „untrennbar verbunden“ ist.<sup>49</sup> Sie ist deshalb „als unmittelbar auf diesen Grund gestützt“<sup>50</sup> anzusehen.

Bei der Argumentation des EuGH stehen die konkreten Auswirkungen des Verbots „auffälliger grossflächiger“ Zeichen im Vordergrund. Die Regel betrifft Angehörige gewisser Religionen überproportional, doch nicht ausschliesslich. Sie würde auch den theoretischen Fall eines Christen oder einer Christin erfassen, die einen überdimensionierten Anhänger eines Kreuzes tragen würden. Die Regel ist in diesem Sinn auch „unterschiedslos“ anwendbar, ein Kriterium, auf welches sich der EuGH gestützt hat, um eine umfassende Neutralitätsregel als mittelbare Diskriminierung zu qualifizieren. Wird auf die Auswirkungen der Regel abgestellt, wie das der EuGH im Urteil *Wabe und Müller* tut, erscheint eine kategorielle Unterscheidung zwischen einer umfassenden und einer partiellen Neutralitätsregel fragwürdig.<sup>51</sup> Ein alle sichtbaren Zeichen erfassendes Verbot ist auch geeignet, *„Personen, die religiösen oder weltanschaulichen Strömungen anhängen, die das Tragen eines [grossen] Kleidungsstücks oder Zeichens, wie beispielsweise einer Kopfbedeckung, vorsehen, stärker zu beeinträchtigen“*. Im vorstehenden, zitierten Satz wird eine Unterscheidung getroffen zwischen Religionen, welche für die Gläubigen Kleider-

---

<sup>48</sup> Wabe und Müller, Rn. 72.

<sup>49</sup> Wabe und Müller, Rn. 73.

<sup>50</sup> Wabe und Müller, Rn. 73.

<sup>51</sup> Van den Brink, 866; kritisch auch Mulder, 1513 s.

vorschriften vorsehen, und solchen, die diese Frage nicht normieren.<sup>52</sup> Nur ein verschwindend kleiner Teil von Menschen christlicher Konfession erachtet das sichtbare Tragen eines Symbols als eine religiöse Vorschrift, im Unterschied z.B. zu muslimischen Frauen, jüdischen Männern oder Sikhs. Hinzu kommt, dass diese religiös vorgeschriebenen Zeichen (Kopftuch, Kippa, Turban) in unserem Kulturkreis als „auffällig“ wahrgenommen werden, so dass die Auswirkungen eines beschränkten Neutralitätsgebots und eines umfassenden, auf alle sichtbaren Zeichen anwendbaren Verbots, praktisch identisch sind. Wird auf die Absicht abgestellt (was der EuGH in seinem Urteil nicht tut), liegt der Schluss nahe, dass die allgemein formulierte Neutralitätsregel im heutigen sozialen Kontext in der Regel auf das islamische Kopftuch abzielt. Es dürfte kaum ein Zufall sein, dass in allen vom EuGH beurteilten Rechtssachen muslimische Frauen betroffen waren. Eine kontextualisierte Analyse, anstatt eine formalistische Betrachtungsweise, legt auch eine Prüfung des Neutralitätsgebots im Lichte der Mehrfachdiskriminierung nahe.

## II. Mehrfachdiskriminierung

Eine häufig geäußerte Kritik an den Urteilen *Achbita* und *Bouagnaoui* beanstandet, dass sich die Analyse des Gerichtshofs auf einen einzelnen Diskriminierungsgrund (Religion und Weltanschauung) beschränkt hat und die Neutralitätsregel nicht auch im Lichte anderer Kriterien (Geschlecht und ethnische Herkunft) geprüft hat.<sup>53</sup> Bei einer solchen Prüfung geht es nicht darum, diese Diskriminierungsgründe voneinander losgelöst sukzessive zu analysieren, sondern im Sinne der Theorie der Intersektionalität das Zusammenwirken der verschiedenen Kriterien zu berücksichtigen.<sup>54</sup> Die Interaktion zwischen dem Kriterium der Religion, des Geschlechts und der ethnischen Herkunft produziert spezifische Stereotypen, die sich nicht auf die Summe der mit jedem einzelnen Kriterium verbundenen Vorurteile reduzieren lassen. Kopftuchverbote zum Beispiel gründen auf verschiedenen, miteinander verbundenen Vorstellungen. Sie evozieren das Bild der unterworfenen, rückständigen islami-

---

<sup>52</sup> Diesbezüglich bestehen bedeutende Unterschiede zwischen dem Christentum, einerseits, und dem Judentum sowie dem Islam andererseits. Siehe hierzu die historischen, theologischen und soziologischen Ausführungen von Weiler Joseph H.H., *Je Suis Achbita!* *International Journal of Constitutional Law* 2017, 879-906, 883 ff.

<sup>53</sup> Zu dieser „dreifachen Diskriminierung“, siehe Generalanwältin Sharpstons *Shadow Opinion*, Rn. 41. Zur Kritik der Kopftuchurteile des EuGH aus der Warte der Intersektionalität, siehe Hertig Randall/Kibboua, 31 ff.; Lempen, 39 ff.

<sup>54</sup> Zur intersektionellen Diskriminierung, siehe Kleber Eleanor, *La discrimination multiple. Etude de droit international, suisse et européen*, Zurich 2015, 32 ff.; Malinverni et al., 583 f., Rn. 1182.

schen Frau, die sich grundlegend von der selbstbestimmten, gleichgestellten Frau unseres Kulturkreises unterscheidet. Das Kopftuch als Symbol für Fundamentalismus und Terrorismus ist auch ein verbreitetes Bild. Diese spezifischen Stereotypen und die mit ihnen einhergehenden Ausgrenzungstendenzen bleiben teilweise im Dunkeln, wenn Neutralitätsgebote sukzessive im Lichte verschiedener Kriterien analysiert werden. Eine isolierte Betrachtungsweise kann auch dazu führen, dass die Diskriminierung gar nicht erkannt wird.<sup>55</sup>

In den Urteilen *Wabe und Müller* und *S.C.R.L.* ergriff der Gerichtshof nicht die Gelegenheit, sich mit dem Problemkreis der Mehrfachdiskriminierung auseinanderzusetzen. Im ersten Urteil wich er dieser Fragestellung aus mit der Begründung, die in Rede stehende Richtlinie (EU) 78/2000 sei auf den in einer anderen Richtlinie vorgesehenen Diskriminierungsgrund des Geschlechts nicht anwendbar. In der Lehre wurde aufgezeigt, dass ein sektorieller Regelungsrahmen, wie ihn das Gemeinschaftsrecht kennt, eine intersektionelle Analyse durchaus zulässt.<sup>56</sup> Die Argumentation des Gerichtshofs zeigt jedoch, dass ein sektorieller Ansatz in der Praxis einer holistischen, alle Diskriminierungsgründe erfassenden Prüfung abträglich sein kann,<sup>57</sup> weil es nicht auf der

---

<sup>55</sup> Siehe hierzu Kimberele Crenshaws grundlegenden Aufsatz, der Schutzlücken im Antidiskriminierungsrecht anhand von Gerichtsentscheiden aufzeigt, die schwarze Frauen betreffen. Die Autorin verweist z.B. auf ein Urteil zu Massenentlassungen durch das Unternehmen General Motors. Es war nicht bestritten, dass schwarze Frauen disproportional betroffen waren. Weil jedoch die allgemeine Kategorie der Frauen gleichermaßen betroffen war wie diejenige der Männer, wies das Gericht eine Geschlechterdiskriminierung zurück. Es verwarf auch eine rassistische Diskriminierung, weil die Gruppe der schwarzen Arbeitnehmenden gegenüber weissen Arbeitnehmenden de facto nicht stärker betroffen war. Der Umstand, dass das Zusammenwirken von Geschlecht und Hautfarbe zu einer faktischen Schlechterstellung von schwarzen Frauen führte, konnte der gängige Ansatz im Diskriminierungsrecht nicht erfassen. Siehe Crenshaw Kimberele, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum 1989, Article 8, 139-176.

<sup>56</sup> Siehe Fredman Sandra, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Luxemburg 2016, 66 ff., 87.

<sup>57</sup> Vgl. Donegan Cara, *Thinly veiled discrimination: Muslim women, intersectionality and the hybrid solution of reasonable accommodation and proactive measures*, European journal of legal studies, 2020, 143 ff., die festhält, es sei wenig wahrscheinlich, dass sich der EuGH im jetzigen Regelungsrahmen mit Mehrfachdiskriminierungen auseinandersetzt. Die Bestrebungen in der EU, eine allgemeine horizontale Antidiskriminierungsrichtlinie zu verabschieden, wäre aus dem Blickwinkel der Intersektionalität zu begrüßen. Siehe die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 19. April 2023 zur Bekämpfung von Diskriminierung in der EU – die seit Langem erwartete horizontale Antidiskriminierungsrichtlinie (2023/2582(RSP)), Rn. 14, welche fordert, dass eine solche Richtlinie intersektionelle Diskriminierungen explizit untersagt.

Hand liegt, drei unterschiedliche Richtlinien im gleichen Fall beizuziehen.<sup>58</sup> Diese praktische Schwierigkeit sollte in der Schweiz berücksichtigt werden. Regelungsansätze, den Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben durch die Verabschiedung eines neuen, das Gleichstellungsgesetz ergänzenden Gesetzes zu verstärken, wären einer intersektionellen Analyse nicht förderlich.

Allgemein lässt sich feststellen, dass sich die Gerichte bisher nur zögernd mit Mehrfachdiskriminierungen befasst haben. Dies trifft sowohl auf den EuGH als auch auf das schweizerische Bundesgericht zu. Im Hinblick auf die europäische Rechtsordnung ist dies insofern erstaunlich, als die Problematik bereits stärker thematisiert wurde als in der Schweiz.<sup>59</sup>

Die Rechtsprechung zur Intersektionalität ist zwar spärlich, doch nicht inexistent. Interessante Ansätze finden sich zum Beispiel in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Menschenrechtsausschusses.<sup>60</sup> In einem Urteil vom 27. Januar 2015 hatten sich die Richter\*innen aus Karlsruhe mit der Entlassung von zwei muslimischen, kopftuchtragenden Frauen, einer Lehrerin und einer Sozialpädagogin, auseinanderzusetzen.<sup>61</sup> Sie würdigten die auf ein landesweites gesetzliches Verbot religiöser Bekundungen gestützte Kündigung in beiden Fällen als eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Dem Diskriminierungsverbot kam letztlich kein über die Religionsfreiheit hinausgehender Schutzgehalt zu. Dennoch ist es nennenswert, dass das Bundesverfassungsgericht festhielt, aufgrund des Verbots würden *„derzeit faktisch vor allem muslimische Frauen von der qualifizierten beruflichen Tätigkeit als Pädagoginnen ferngehalten“*,<sup>62</sup> weshalb die gesetzliche Regelung *„zugleich in einem rechtfertigungsbedürftigen Spannungsverhältnis zum Gebot der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen“*<sup>63</sup> steht. Bei Frauenberufen ist eine solche Mehr-

---

<sup>58</sup> Richtlinie (EU) 2000/78 für die Religion, Richtlinie (EU) 2000/43 für die ethnische Herkunft und Richtlinie (EU) 2006/54 für das Geschlecht.

<sup>59</sup> Hierzu Hertig Randall/Kibboua, 312 m.w.H.; siehe auch den Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft („Rassismusbekämpfungsrichtlinie“) und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf („Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie“) COM(2021) 139 final vom 19. März 2021, 6.

<sup>60</sup> Für weitere Beispiele aus der ausländischen Rechtsprechung, siehe Bribosia Emmanuelle/Médard Inghilterra Robin/Rorive Isabelle, *Discrimination intersectionnelle en droit: mode d'emploi*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2021, 241-274; Hertig Randall/Kibboua, 312.

<sup>61</sup> BVerfGE 138, 296.

<sup>62</sup> BVerfGE 138, 296, Rn. 96.

<sup>63</sup> BVerfGE 138, 296, Rn. 96.

fachdiskriminierung besonders plausibel. Dazu gehören nebst der Lehrtätigkeit auf der Unterstufe, mit der sich das Bundesverfassungsgericht auseinandergesetzt hat, auch die Kleinkinderbetreuung und -erziehung, um die es im der Rechtssache *Wabe* ging. Auch bei den Berufen, die in der Rechtssache *Achbita* (Rezeptionistin) und *Müller* (Verkäuferin in einer Drogeriekette) betroffen waren, dürften Frauen überproportional vertreten sein.

Einen Schritt weiter als das Bundesverfassungsgericht geht die Analyse des Menschenrechtsausschusses, der in zwei Entscheiden explizit die Problematik der Intersektionalität aufgreift und nebst der Verletzung der Religionsfreiheit auch eine Mehrfachdiskriminierung gegenüber muslimischen Frauen feststellt. In der Entscheidung *F.A. gegen Frankreich* hatte sich der Menschenrechtsausschuss mit einer ähnlichen Problematik zu befassen wie der EuGH in der Rechtssache *Wabe*.<sup>64</sup> Es ging auch um eine muslimische Frau, die in einer privaten Kindertagesstätte als Erzieherin angestellt war und deren Arbeitsverhältnis wegen Verstoss gegen die interne Neutralitätsregel gekündigt wurde. Dabei handelte es sich um ein partielles, auf „auffällige“ Symbole beschränktes Gebot. In dieser unter dem Namen „Baby Loup“ stark mediatisierten Rechtssache analysierte der Menschenrechtsausschuss die Kündigung und die ihr zugrundeliegende Neutralitätsregel auch im Lichte des Diskriminierungsverbots. Er folgte den Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach das Neutralitätsgebot das islamische Kopftuch überproportional betreffe und gab der Befürchtung Ausdruck, die Auswirkungen der Regel auf das Gefühl der Ausgrenzung und Marginalisierung der betroffenen Gruppe könnten den angestrebten Zielen zuwiderlaufen. Nach einer Prüfung der vorgebrachten Rechtfertigungsgründe kam es zum Schluss, die Kündigung sei mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit unvereinbar und stelle eine Mehrfachdiskriminierung („intersectional discrimination“) gestützt auf das Geschlecht und die Religion dar. Zum gleichen Befund kam er aufgrund einer analogen Argumentation in der bereits erwähnten Entscheidung zum französischen Gesichtsverhüllungsverbot im öffentlichen Raum.<sup>65</sup>

### III. Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

Einer der Hauptkritikpunkte der Urteile *Achbita* und *Bouagnaoui* richtete sich auf die Rechtfertigungsebene. Wie es Eleanor Sharpston in ihrer „Shadow Opinion“ zum Urteil *Wabe und Müller* hervorhebt, birgt die kategorielle Unter-

---

<sup>64</sup> Menschenrechtsausschuss, Entscheidung vom 18. August 2018, Nr. 2662/2015, F.A. g. Frankreich.

<sup>65</sup> Menschenrechtsausschuss, Entscheidung vom 17. Juli 2018, Nr. 2747/2016, Sonya Yeker g. Frankreich.

scheidung zwischen direkten und indirekten Diskriminierungen die Gefahr, dass mittelbare Ungleichbehandlungen, wie sie laut EuGH religiöse und weltanschauliche Neutralitätsregeln darstellen können, keiner stringenter Prüfung unterzogen werden.<sup>66</sup> Dieses Risiko betrifft sowohl den Rechtfertigungsgrund als auch die Verhältnismässigkeitsprüfung. Die Folgeurteile greifen diese Kritik auf. Der Frage, inwiefern es gelungen ist, die von Generalanwältin Sharpston beanstandete Schutzlücke („*legal black hole*“) zu schliessen, wird im Folgenden nachgegangen.

## 1. Rechtfertigungsgrund

Während bei direkten Diskriminierungen laut Richtlinie (EU) 2000/78 nur klar umschriebene, abschliessend aufgeführte Rechtfertigungsgründe in Frage kommen, sind die Anforderungen bei indirekten Diskriminierungen offen formuliert (Vorliegen eines rechtmässigen Ziels).<sup>67</sup> Eine Neutralitätspolitik, wie sie in den besprochenen Urteilen in Rede steht, kommt als Rechtfertigungsgrund für unmittelbare Diskriminierungen nicht in Frage. Sie wurde aber vom EuGH als „rechtmässiges Ziel“ anerkannt, das Arbeitgebende geltend machen können, um eine mittelbare Diskriminierung zu rechtfertigen.

Neutralität ist ein positiv konnotiertes Konzept. Es ist mit Vorstellungen von Objektivität verknüpft und dürfte deshalb intuitiv kaum je mit einer diskriminierenden Praxis assoziiert werden. Die positive Aufladung des Neutralitätsbegriffs hat vielleicht dazu geführt, dass der EuGH dieses Konzept kaum hinterfragt und ohne kritische Analyse als legitimen Rechtfertigungsgrund anerkannt hat. Der Begriff der konfessionellen Neutralität hat seinen Ursprung im Verfassungsrecht und richtet sich gegen den Staat.<sup>68</sup> Die Übertragung auf private Unternehmen ist keine Selbstverständlichkeit und hätte einer Begrün-

---

<sup>66</sup> Sharpston, Shadow Opinion, Rn. 43: „Where an act by an employer is classified as direct discrimination, the available avenues under Directive 2000/78 nevertheless to justify it are both few in number and construed restrictively. If, where an act is classified as indirect discrimination, a relatively lax approach is taken towards scrutinising a possible justification advanced by the employers, that risks creating a significant gap in protection: a kind of legal black hole in which acts that escape being classified as direct discrimination then escape proper scrutiny and are not sanctioned.“

<sup>67</sup> Siehe oben, [B.](#)

<sup>68</sup> Dies entspricht jedenfalls der schweizerischen Neutralitätskonzeption. Vgl. BGE 142 I 39 E. 3.3, 52, E 3.5., 54, E. 9.2., 70: Das Bundesgericht bringt in diesem Urteil klar zum Ausdruck, dass sich die konfessionelle Neutralität gegen den Staat richtet und hält dementsprechend fest, dass Schüler\*innen keiner Neutralitätspflicht unterworfen sind. Aus dieser Unterscheidung zwischen dem Staat und Privatpersonen folgt, dass auch private Unternehmen keiner Pflicht zur konfessionellen Neutralität unterliegen.

derung bedurft.<sup>69</sup> Wenn der Neutralitätsbegriff auf private Unternehmen ausgeweitet wird, stellt sich wie bei der staatsbezogenen Neutralitätskonzeption die Frage, was eigentlich unter Neutralität zu verstehen ist. Neutralität ist nämlich nicht nur ein positiv konnotiertes, sondern auch ein komplexes und schwer fassbares Konzept, dessen Inhalt in verschiedenen Rechtsordnungen anders verstanden wird. Dies lässt sich anhand der Rechtslage in Frankreich und Deutschland veranschaulichen.

Gemäss der französischen laizistischen Neutralitätskonzeption, die auf einer strengen Trennung von Kirche und Staat gründet, ist es Staatsangestellten untersagt, religiöse Symbole oder Kleidungsstücke zu tragen. Die Neutralität tendiert zum einen dazu, Religion in der öffentlichen Sphäre unsichtbar zu machen und in die Privatsphäre zu verdrängen.<sup>70</sup> Zum anderen wird von der Annahme ausgegangen, dass das Tragen von religiösen Kennzeichen direkt dem Staat zuzurechnen ist. Angestellte mit Kippa oder Kopftuch bringen demnach ein staatliches Bekenntnis zugunsten dieser Religionen zum Ausdruck.

Anders sieht dies das Bundesverfassungsgericht, ausgehend von einer Neutralitätskonzeption, die *„nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen [ist], sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung“*<sup>71</sup>. Neutralität bedingt, dass der Staat grundsätzlich als Arbeitgeber Personen verschiedener Konfessionen offensteht. Wenn er das Tragen konfessioneller Zeichen zulässt, macht sich der Staat laut Bundesverfassungsgericht die damit verbundene Aussage *„nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen.“*<sup>72</sup> Es gilt zu unterscheiden zwischen der Konstellation, in welcher religiöse Zeichen auf Veranlassung des Staates verwendet werden und Fällen, in welchen ein konfessionelles Symbol oder Kleidungsstück aufgrund einer eigenen Entscheidung der einzelnen Person verwendet wird, die sich im Unterschied zum Staat als Individuum auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen kann. Nach dieser Konzeption ist der Staat neutral, wenn er die Ausübung der Religionsfreiheit durch Kleidungs Vorschriften grundsätzlich toleriert. Werden diese Überlegungen auf private Unternehmen übertragen, lässt sich durchaus ar-

---

<sup>69</sup> Siehe Hertig/Kibboua, 317.

<sup>70</sup> Zu recht kritisch zu dieser Neutralitätskonzeption, Mulder, 151: „Essentially, what neutrality policies do is to impose what is perceived as ‚normal‘ in the European, predominantly Christian world. But the European ‚normal‘ is far from neutral. By conforming with the status quo, it is then often not necessary to grant exceptions to Western or occidental cultures and traditions. As such, it fails to recognize the needs of diverse groups of minorities.“

<sup>71</sup> BVerfGE 138, 296. Rn. 110.

<sup>72</sup> BVerfGE 138, 296, Rn. 105.

gumentieren, das Neutralitätsgebot erfordere eine für die Ausübung der Religionsfreiheit offene Haltung der Arbeitgebenden. Die Auffassung, das Unternehmen mache sich die Konfession seiner Angestellten zu eigen, wenn es das Tragen religiöser Zeichen erlaubt, dürfte in den meisten Fällen wenig plausibel sein, dies umso mehr, wenn das äussere Erscheinungsbild der Angestellten auf unterschiedliche Religionszugehörigkeiten schliessen lässt und/oder wenn eine religiöse Minderheit betroffen ist. Der Autorin dieses Beitrags ist es jedenfalls nicht in den Sinn gekommen, beim Besuch eines grossen Möbelhauses aufgrund der Anwesenheit einer Kassierer\*in mit Kopftuch darauf zu schliessen, die internationale Möbelkette habe sich den Islam zu eigen gemacht.

Bei Neutralitätsgeboten am privaten Arbeitsplatz dürften in der Regel andere Beweggründe vorliegen als bei der staatlichen Neutralität. Die Argumentation des EuGH macht dies deutlich, indem er das Neutralitätsgebot mit der unternehmerischen Freiheit in Verbindung bringt. Hier setzen eine erhebliche Anzahl von kritischen Stimmen an.<sup>73</sup> Firmen dürften in den meisten Fällen eine Neutralitätspolitik aus wirtschaftlichen Gründen einführen, um den – realen oder vermeintlichen – Kundenwünschen gerecht zu werden. Die Unterscheidung, die der Gerichtshof in den Urteilen *Achbita* und *Bougnaoui* getroffen hat, erscheint vor diesem Hintergrund formalistisch und wenig kohärent. In *Bougnaoui* wird unterstrichen, dass eine Kündigung wegen Tragens eines Kopftuches bei Fehlen einer Neutralitätspolitik eine direkte Diskriminierung darstellt, die keiner Rechtfertigung zugänglich ist. Subjektive Erwägungen, namentlich der Wille der Arbeitgeber\*in, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen, sind irrelevant. Gleichzeitig ist es aber möglich, dieselben, realen oder vermeintlichen Kundenwünsche zu antizipieren und das Tragen eines Kopftuches gestützt auf eine allgemein formulierte Neutralitätsregel zu untersagen, weil letztere nur zu einer mittelbaren Diskriminierung führen kann und deshalb die Rechtfertigungsgründe weiter gefasst sind als bei direkten Ungleichbehandlungen. Wie es Sharpston hervorhebt, drängt sich ein strenger Prüfungsmassstab sowohl für direkte als auch für indirekte Diskriminierungen auf: *„To do otherwise risks opening the door too readily to easy claims by shrewd employers that, because they naturally wish to present an image of strict neutrality in order to run their businesses profitably (and have been intelligent enough to formulate this desire as a clearly articulated element of their corporate policy and rule-book for employees), the resulting indirect discrimination is not discrimination at all, because it is objectively justified.“*<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Siehe z.B. Clout, 631 f.; van den Brink, 877; Hennette-Vauchez, *European Constitutional Law Review* 2017, 745; Hertig Randall/Kibboua, 320; Sharpston, *Shadow Opinion*, Rn. 42.

<sup>74</sup> Sharpston, *Shadow Opinion*, Rn. 42.

Im Urteil *Wabe und Müller* trägt der Gerichtshof diesen Vorbehalten Rechnung, indem er festhält, dass die Neutralitätsregel für sich allein nicht ausreicht, um eine mittelbare Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, und verlangt, dass sie einem „wirklichen Bedürfnis“ der Arbeitgeber\*innen entspricht. Es obliegt der arbeitgebenden Partei, dieses Bedürfnis nachzuweisen. Diese Auslegung ist in den Worten des Gerichtshofs „von dem Bestreben geleitet, grundsätzlich Toleranz und Respekt sowie die Akzeptanz eines größeren Masses an Vielfalt zu fördern und zu verhindern, dass die Einführung einer Neutralitätspolitik innerhalb eines Unternehmens zum Nachteil von Arbeitnehmern missbraucht wird, die religiöse Gebote beachten, die das Tragen einer bestimmten Bekleidung vorschreiben.“<sup>75</sup>

Der Gerichtshof führt beispielhaft einige Konstellationen an, in denen das Erfordernis eines „wirklichen Bedürfnisses“ seiner Meinung nach erfüllt ist. Die verschiedenen Beispiele sind jedoch konkretisierungs- und auslegungsbedürftig, weshalb es nicht einfach abzuschätzen ist, inwiefern die Präzisierung der Rechtsprechung in der Zukunft eine eingrenzende Wirkung entfalten wird.

Der Gerichtshof erkennt zunächst, eine Neutralitätspolitik im Interesse der Rechte und gerechtfertigten Erwartungen der Kundschaft als legitim an. Beispielhaft nennt er das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen. Diese Argumentation ähnelt derjenigen des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Entscheid *Dahlab gegen Schweiz*.<sup>76</sup> Sie beruht auf der Annahme, dass kleine Kinder besonders beeinflussbar sind und dass die Konfrontation mit einem religiösen Symbol tatsächlich eine gewisse bekehrende Wirkung hat, oder zumindest haben könnte.<sup>77</sup> Nebst dem Erziehungsrecht der Eltern wird meistens auch die negative Religionsfreiheit der Kinder ins Feld geführt. Dabei wird implizit angenommen, dass das sichtbare Tragen eines religiösen Zeichens einen missionarischen Charakter aufweist. Diese Argumentationslinie ist nicht unbestritten. So hat das deutsche Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass ein effektiver Einfluss des blossen Tragens eines religiösen Symbols empirisch nicht dargelegt ist.<sup>78</sup> Des Weiteren gehen die Meinungen darüber auseinander, wann die negative Glaubens- und Gewissensfreiheit effektiv beeinträchtigt ist. Im Urteil *Lautsi gegen Italien*<sup>79</sup> legte der Europäische Gerichtshof für

---

<sup>75</sup> S.C.R.L., § 41.

<sup>76</sup> EGMR, Entscheid vom 15. Februar 2001, Nr. 42393/98, *Dahlab g. Schweiz*.

<sup>77</sup> Der EGMR anerkennt im Entscheid *Dahlab*, dass es schwierig ist, einen konkreten Einfluss nachzuweisen und begnügt sich mit der Möglichkeit einer Beeinflussung.

<sup>78</sup> Siehe BVerfGE 108, 282, Rn. 55 f.

<sup>79</sup> EGMR (GK) Urteil vom 18. März 2011, Nr. 30814/06, *Lautsi g. Italien*.

Menschenrechte die Schwelle hoch an. Die bloße Präsenz des Kreuzes im Klassenzimmer wertete er als keinen Verstoß gegen die negative Religionsfreiheit. Letztere sei lediglich im Falle einer Indoktrinierung durch die Lehrpersonen tangiert.<sup>80</sup> Demgegenüber sah das Bundesverfassungsgericht in der Pflicht, täglich „unter dem Kreuz“ lernen zu müssen, eine Verletzung der negativen Religionsfreiheit.<sup>81</sup> Für die Güterabwägung zwischen der positiven Religionsfreiheit einer Lehrperson einerseits und der negativen Religionsfreiheit der Schüler\*innen andererseits fällt jedoch die bloße Konfrontation mit einem muslimischen Kopftuch nicht genügend ins Gewicht.<sup>82</sup> Erforderlich ist laut Bundesverfassungsgericht eine konkrete Gefährdung der negativen Religionsfreiheit, die lediglich vorliegt, wenn die Lehrperson die Kinder mit anderen Mitteln, namentlich verbal, zu beeinflussen versucht:

Die Einzelnen haben in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, allerdings kein Recht darauf, von der Konfrontation mit ihnen fremden Glaubensbekenndungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben. (...) Doch ist das Tragen eines islamischen Kopftuchs, einer vergleichbaren Kopf- und Halsbedeckung oder sonst religiös konnotierten Bekleidung nicht von vornherein dazu angehtan, die negative Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schülerinnen und Schüler zu beeinträchtigen. Solange die Lehrkräfte, die nur ein solches äußeres Erscheinungsbild an den Tag legen, nicht verbal für ihre Position oder für ihren Glauben werben und die Schülerinnen und Schüler über ihr Auftreten hinausgehend zu beeinflussen versuchen, wird deren negative Glaubensfreiheit grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Die Schülerinnen und Schüler werden lediglich mit der ausgeübten positiven Glaubensfreiheit der Lehrkräfte in Form einer glaubensgemäßen Bekleidung konfrontiert, was im Übrigen durch das Auftreten anderer Lehrkräfte mit anderem Glauben oder anderer Weltanschauung in aller Regel relativiert und ausgeglichen wird. Insofern spiegelt sich in der bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule die religiös-pluralistische Gesellschaft wider.

Eine ähnliche Auslegung der negativen Religionsfreiheit befürwortet das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Kopftuchverbot für Schüler\*innen. Es bejahte ein öffentliches Interesse daran, „*dass vom Tragen religiöser Symbole einzelner Schüler kein Druck auf Mitschülerinnen und Mitschüler entsteht, solche ebenfalls zu tragen. Umgekehrt reicht der Grundrechtsschutz gegenüber Dritten jedoch nicht so weit, dass er einen Anspruch vermitteln könnte, mit keinen fremden Glaubensbekenntnissen konfrontiert zu werden.*“<sup>83</sup> Analoges gilt für das Erziehungsrecht der Eltern.

---

<sup>80</sup> Lautsi g. Italien, Rn. 69 ff.

<sup>81</sup> BVerfGE, 93, 1.

<sup>82</sup> BVerfGE, 138, 296.

<sup>83</sup> BGE 142 I 49 E. 8.2.2., 67. Siehe auch ebenda, E. 9.4.2., 72: „Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern ein Verbot der religiösen Kopfbedeckungen erforderlich wäre, um die Glaubensfreiheit der Mitschülerinnen und Mitschüler zu wahren: Ebenso, wie ein gläubiger Schüler nicht verlangen kann, dass die Mitschülerinnen und Mitschüler anderen Glaubens ihren Körper entsprechend seinen religiösen Bekleidungsvorschriften verhüllen (...), ist es Mitschülern zuzumuten, das Tragen von religiösen Symbolen durch die Mitschülerin hin-

Im Urteil *Wabe und Müller* beschränken sich die Ausführungen des Gerichtshofs zu den Rechten und gerechtfertigten Interessen auf den Sachverhalt des Einzelfalls, d.h. auf das Tragen eines Symbols in einer Kindertagesstätte. Nicht klar ist, inwiefern in anderen Konstellationen die Konfrontation mit einem religiösen Symbol gestützt auf die – weit ausgelegte – negative religiöse Freiheit zulässig wäre. Wäre der Fall einer Privatschule, die ältere Kinder unterrichtet, anders zu beurteilen? Könnte ein Altersheim geltend machen, die Insass\*innen seien besonders verletzlich, weshalb es legitim sei, einer Pflegerin das Tragen religiöser Kleidung und Symbole zu untersagen? Ein Argument, das der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil *Ebrahimian gegen Frankreich* unter Berücksichtigung des weiten Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten nicht hinterfragte.<sup>84</sup>

Soll das Kriterium der „Rechte und gerechtfertigter Interessen“ eine eingrenzende Wirkung entfalten, drängt sich eine einschränkende Auslegung auf, die das Tragen eines religiösen Symbols nicht mit Proselytismus gleichsetzt. Eine solche ausufernde Auslegung würde eine flächendeckende Anwendung der Neutralitätspolitik legitimieren, weil immer argumentiert werden könnte, die negative Religionsfreiheit der Kundschaft sei tangiert. Würde dieses Argument ernst genommen, wäre es nicht folgerichtig, das Neutralitätsgebot auf Angestellte mit Kundenkontakt zu beschränken, wie das der EuGH im Urteil *Achbita* unter dem Gesichtswinkel der Erforderlichkeit verlangt. Das Neutralitätsgebot müsste auch firmenintern angewendet werden, um die negative Religionsfreiheit der anderen Arbeitnehmenden zu schützen. Der Ansatz, der im alleinigen Tragen eines religiösen Kennzeichens einen Versuch der Bekehrung erblickt, verkennt zudem, dass bei religiösen Symbolen in der Regel das Befolgen einer als zwingend wahrgenommenen religiösen Pflicht im Vordergrund steht, deren Nichtbeachtung für die Betroffenen zu einem Gewissenskonflikt führt,<sup>85</sup>

---

zunehmen. Durch die Wahrnehmung anderer Glaubensbekenntnisse oder anderer Weltanschauungen werden individuelle Glaubensbekenntnisse in aller Regel relativiert und ausgeglichen. (...) Ein Zwang für andere Schüler, in eine religiöse Handlung einbezogen zu werden, liegt durch das Tragen eines Kopftuchs durch eine Mitschülerin nicht vor (Art. 15 Abs. 4 BV; vgl. hiervor E. 3.4). Die Grundrechte der Mitschüler und Eltern erfordern gestützt auf die vorgebrachten Umstände kein allgemeines Kopfbedeckungsverbot.“

<sup>84</sup> EGMR, Urteil vom 26. November 2015, Nr. 64846/11, *Ebrahimian g. Frankreich*.

<sup>85</sup> Vgl. BGE 142 I 49, E. 7.2., 65; BGE 139 I 280 E. 5.2., 285, in denen das Bundesgericht unterstreicht, ein „Kopftuchverbot an der Schule brächte die Schülerin in den Konflikt, entweder einem staatlichen oder aber einem religiösen, durch ihre Herkunft und die Familie vermittelten Gebot zuwiderhandeln zu müssen“, was die betroffenen Kinder stark belasten würde. Das Bundesgericht schweigt sich jedoch in BGE 148 I 60 zum Dilemma aus, zu welchem ein Verbot sichtbarer religiöser Zeichen für Staatsangestellte führt, und minimisiert den Grundrechtseingriff, indem es festhält, die erwähnte Vorschrift verbiete nicht den Zugang

und nicht missionarische Absichten. Letztere sind im Übrigen bei manchen Religionen *per se* ausgeschlossen. Der Menschenrechtsausschuss rief dies im Falle eines jungen Sikhs in Erinnerung, indem er unterstrich, der Sikhismus gehöre zu Religionen, zu denen es nicht möglich ist zu konvertieren.<sup>86</sup>

Nebst den Rechten und gerechtfertigten Interessen erachtet der Gerichtshof das Vermeiden von sozialen Konflikten im Unternehmen als ein wirkliches Bedürfnis, das eine Neutralitätspolitik rechtfertigen vermag. Mit diesem Ziel der Neutralitätsregel griff der Gerichtshof das Argument der Drogeriekette Müller auf, wonach es „[s]olche Konflikte, die auf unterschiedliche Religionen und Kulturen zurückzuführen seien, (...) in der Vergangenheit schon mehrfach gegeben“ habe. Hierzu ist hervorzuheben, dass das Unternehmen solche Konflikte nachzuweisen hat. Die alleinige Behauptung, es sei in der Vergangenheit zu Konflikten gekommen, reicht nicht aus. Nicht klar ist jedoch, welches Ausmass die Spannungen annehmen müssen, um das Tragen von religiösen und weltanschaulichen Zeichen zu verbieten, eine Frage, die sich spätestens im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung stellt. So erachtet das deutsche Bundesverfassungsgericht ein Kopftuchverbot gegenüber Lehrkräften nur als zulässig, wenn eine konkrete Gefährdung des Schulfriedens nachgewiesen ist. Eine abstrakte Gefahr genügt den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht. Unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit ist auch die Notwendigkeit des in Rede stehenden Verbots zu prüfen. Diese Bedingung ist m.E. nicht erfüllt, wenn das Unternehmen keine Massnahmen für die Prävention (Sensibilisierungs- und Aufklärungsarbeit) und für die Schlichtung von Konflikten ergreift, um ein Klima der Toleranz im Betrieb zu fördern. In diesem Rahmen ist es zulässig, missionarisches Verhalten<sup>87</sup> zu untersagen. Gleichzeitig ist die Persönlichkeit von Arbeitnehmenden, die einer religiösen Minder-

---

zu den betroffenen Ämtern (siehe oben, Fn. 37). Den Eingriff minimiert auch der EuGH im Urteil *Wabe und Müller*, Rn. 53, wenn er von „besonderen Unannehmlichkeiten“ spricht. Siehe die Kritik von EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin vom 28. April 2022 in der Rechtssache C-344/20: ECLI:EU:C:2022:328 – S.C.R.L., Rn. 66: „Wenn z. B. Arbeitgeber interne Neutralitätsregeln als allgemeinen Grundsatz aufstellen, können muslimische Frauen tatsächlich nicht nur ‚besondere Unannehmlichkeiten‘, sondern einen gravierenden Nachteil bei der Anstellung erfahren. Dies kann wiederum dazu führen, sie vom Arbeitsmarkt – einem Quell persönlicher Entwicklung und sozialer Integration – auszugrenzen, was dann zu einer Diskriminierung führt, die über die Religion hinausgeht und sich auch auf das Geschlecht erstreckt.“

<sup>86</sup> Menschenrechtsausschuss, Entscheidung vom 16. Dezember 2008, Nr. 1852/2008: „The turban is not worn with a view to proselytize – a concept which is foreign to the Sikh religion.“

<sup>87</sup> Siehe BVerfGE 138, 296, Rn. 105, welches zwischen dem blossen Tragen eines religiösen Symbols und dem Tragen des Symbols, einhergehend mit verbalem Werben für eine Religion unterscheidet.

heit angehören, gegen Anfeindung und Ausgrenzung zu schützen. Intoleranz ist gegenüber religiösen Minderheiten ebenso unzulässig wie gegenüber anderen vom Diskriminierungsverbot erfassten Gruppen wie sexuelle oder ethnische Minderheiten, oder Menschen mit Behinderungen. Richtlinie 78/2000 sieht dementsprechend vor, dass Belästigungen im Zusammenhang mit einem geschützten Diskriminierungsgrund eine Form der Diskriminierung darstellen.<sup>88</sup> Nimmt man die Leitidee ernst, welche der Gerichtshof dem Erfordernis eines „wahren Bedürfnisses“ zugrunde legt – die Förderung von Toleranz und Respekt sowie der Akzeptanz eines grösseren Masses an Vielfalt<sup>89</sup> – erscheint es zweifelhaft, dass das Verbot von religiösen und weltanschaulichen Kennzeichen zur Vermeidung von sozialen Konflikten gerechtfertigt werden kann. Van den Brink bringt das prägnant auf den Punkt:

If the aim is to avoid social conflict, the rule should be no proselytizing rather than no religious clothing. In a final attempt to justify its neutrality policy, a company may argue that it helps to avoid social conflict because certain employees take offense to religious clothing such as the headscarf or kippah. The response to that should be clear: It is impermissible to accommodate the wishes of prejudiced colleagues, just as it is wrong to cater to the prejudiced views of customers. If religious clothing causes tensions and disturbances at work, clearly it would be more appropriate to sack the prejudiced employee rather than her religious colleague.<sup>90</sup>

Es ist noch anzumerken, dass eine zur Vermeidung von betriebsinternen Konflikten verabschiedete Neutralitätspolitik nicht auf Angestellte mit Kund\*innenkontakt beschränkt werden könnte und somit die vom EuGH im Urteil *Achbita* entwickelte „Backoffice-Lösung“ nicht greifen würde.

Eine Neutralitätspolitik kann auch einem wahren Bedürfnis entsprechen, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass ohne die entsprechende Regel „*seine in Art. 16 der Charta anerkannte die unternehmerische Freiheit beeinträchtigt würde, da er angesichts der Art seiner Tätigkeit oder des Umfelds, in dem diese*

---

<sup>88</sup> Art. 2 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2000/78.

<sup>89</sup> S.C.R.L., § 41, siehe weiter oben in diesem Abschnitt.

<sup>90</sup> Van den Brink, 879. In diese Richtung auch die Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts zum weiter unten aufgegriffenen Problemkreis der angemessenen Vorkehrungen („reasonable accommodation“). Arbeitgebende können angemessene Vorkehrungen zugunsten der Religionsfreiheit der Arbeitnehmenden nicht mit der Begründung verweigern, die betroffene Religion stosse auf Ablehnung seitens der Angestellten: „Impacts on coworkers are relevant only to the extent those impacts go on to affect the conduct of the business. A court must analyze whether that further logical step is shown. Further, a hardship that is attributable to employee animosity to a particular religion, to religion in general, or to the very notion of accommodating religious practice, cannot be considered ‚undue‘. Bias or hostility to a religious practice or accommodation cannot supply a defense.“ (U.S. Supreme Court, *Groff v. DeJoy*, 600 U.S.\_\_\_\_ (2023), 5.

ausgeübt wird, nachteilige Konsequenzen zu tragen hätte“.<sup>91</sup> Der Umstand, dass die arbeitgebende Partei die Beweislast trägt, dämmt die Zulässigkeit der Neutralitätsregel verglichen mit den Urteilen aus dem Jahr 2017 deutlich ein. Vorstellbar wäre, dass die arbeitgebende Partei z.B. einen Rückgang des Umsatzes geltend macht, wobei noch darzulegen wäre, dass die Einbussen auf das Tragen religiöser Symbole zurückzuführen sind. Dieser Nachweis dürfte in der Praxis schwierig sein. Dies umso mehr, als diskriminierende Kundenwünsche keinem wirklichen Bedürfnis entsprechen, wie dies der EuGH unter Verweis auf die Urteile *Bouagnaoui* und *Feryn* präzisiert hat.<sup>92</sup> Seine Formulierung zum erstgenannten Urteil ist jedoch zweideutig. Er bezieht sich auf die konkrete Konstellation in der Rechtssache *Bouagnaoui*, „in der die Kündigung einer Arbeitnehmerin infolge einer Beschwerde eines Kunden erfolgt war und in der es keine interne Regel des Unternehmens gab, die das Tragen jeglichen sichtbaren Zeichens politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen verboten hätte“.<sup>93</sup> Die zitierte Passage wirft die Frage auf, ob ein wirkliches Bedürfnis nur ausgeschlossen ist, wenn kumulativ beide genannten Elemente (Beschwerden von Kunden und Fehlen einer Neutralitätsregel) vorliegen, wie es eine wörtliche Auslegung nahe legt.<sup>94</sup> Eine solche Interpretation wäre widersinnig, denn sie würde die einschränkende Präzisierung gegenstandslos machen und dem vom Gerichtshof im Urteil *S.C.R.L.* deklarierten Ziel zuwiderlaufen: sie könnte nicht verhindern, dass „die Einführung einer Neutralitätspolitik (...) zum Nachteil von Arbeitnehmern missbraucht wird, die religiöse Gebote beachten, die das Tragen einer bestimmten Bekleidung vorschreiben.“<sup>95</sup> Sie würde auch die am Urteil *Achbita* geäußerte Kritik nicht entkräften, dass diskriminierende Kundenwünsche bei anderen Diskriminierungsgründen, wie z.B. der ethnischen Herkunft, (Urteil *Feryn*) nicht zulässig sind, doch bei der Religion und Weltanschauung legitim sein können, wenn das Unternehmen reale oder vermeintliche Präferenzen der Kundschaft antizipiert und eine Neutralitätsregel verabschiedet hat. Die erwähnten Inkohärenzen lassen sich vermeiden, wenn das Votum zum Urteil *Bouagnaoui* als eine Wiedergabe des Sachverhalts verstanden wird, welcher dem Urteil zugrunde lag, und nicht als eine präzisierende Einschränkung des Grundsatzes, dass diskriminierende Kundenwünsche nicht relevant sein dürfen, wie es der Verweis auf das Urteil *Feryn* nahelegt.

---

<sup>91</sup> Wabe und Müller, Rn. 67.

<sup>92</sup> Siehe auch EuGH, Urteil vom 25. April 2013 in der Rechtssache C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275 – *Asociația Accept*, betreffend öffentliche Äußerungen, mit denen die Einstellung eines als homosexuell dargestellten Fußballspielers ausgeschlossen wird.

<sup>93</sup> Wabe und Müller, Rn. 66.

<sup>94</sup> Howard 2022, 256 scheint das Votum wörtlich auszulegen und unterstreicht dementsprechend dessen Inkohärenz.

<sup>95</sup> *S.C.R.L.*, Rn. 41.

Welche nachteiligen Konsequenzen, denen die Neutralitätsregel zu begegnen versucht, und die sich nicht aus diskriminierenden Kundenwünschen ergeben, wären in der Praxis vorstellbar? Der Gerichtshof begnügt sich diesbezüglich mit einem Verweis auf die „Art der Tätigkeit oder des Umfelds, in welchem sie ausgeführt wird“, was wenig Klarheit schafft. Aufgrund der Formulierung, die sich stark an die Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2000/78 anlehnt, liegt es nahe, dass die Neutralitätspolitik im Falle von Tendenzbetrieben einem wahren Bedürfnis entsprechen kann.<sup>96</sup> Insbesondere in der französischsprachigen Lehre wird diskutiert, ob ein Unternehmen, das sich aufgrund einer internen Politik der religiösen und weltanschaulichen Neutralität verpflichtet, einen Tendenzbetrieb darstellen kann.<sup>97</sup> Diese Frage ist zu verneinen. Eine derart ausufernde Auslegung des Begriffs „Tendenzbetrieb“ würde der Einführung einer Neutralitätspolitik keine wirklichen Grenzen setzen. Sie würde weder der Leitidee der Toleranz entsprechen noch Missbräuchen einen Riegel schieben. Gerissene Arbeitgeber\*innen – um Sharpstons Formulierung aufzugreifen – würden aus rein wirtschaftlichen Gründen gestützt auf die Neutralitätspolitik den Status des Tendenzbetriebs beanspruchen, um reale oder vermeintliche Kundenwünsche zu antizipieren.

Die verschiedenen von einer Neutralitätspolitik verfolgten Ziele, die einem wirklichen Bedürfnis entsprechen, sind im Urteil *Wabe und Müller* nicht abschliessend aufgezählt. Somit ist nicht ausgeschlossen, dass die Neutralitätsregel auch in anderen Konstellationen rechtfertigungsfähig ist. Im Urteil *Achbita* hatte der Gerichtshof auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Eweida gegen Vereinigtes Königreich* verwiesen,<sup>98</sup> um seine Auslegung zu untermauern, wonach „*der Wunsch eines Arbeitgebers, den Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln, zur unternehmerischen Freiheit [gehört], die in Art. 16 der Charta anerkannt ist*“.<sup>99</sup> Im erwähnten Urteil hatte der Europäische Gerichtshof das „Corporate Image“ als legitimes Eingriffsinteresse anerkannt, jedoch gleichzeitig betont, dass dieses Interesse im Verhältnis zur Religionsfreiheit nicht zu stark ins Gewicht fallen dürfe. Er beanstandete, dass die nationalen Gerichte die wirtschaftlichen Interessen in diesem

---

<sup>96</sup> Djelassi Anissa/Mertens Romain/Wattier Stéphanie, Principe de neutralité dans les entreprises privées: la Cour de justice étoffe sa jurisprudence relative à l'interdiction des signes religieux (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ, 15 juillet 2021, aff. jtes no C-804/18 et no C-341/19), *Revue trimestrielle des droits de l'Homme* 2022, 373-395, 386 f.

<sup>97</sup> Djelassi Anissa/Mertens Romain/Wattier Stéphanie, 386 f. m.w.H.

<sup>98</sup> EGMR, Urteil vom 15. Januar 2013, Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, *Eweida u.a. gegen Vereinigtes Königreich*.

<sup>99</sup> *Achbita*, Rn. 38.

Fall zu stark gewichtet hatten.<sup>100</sup> Dabei berücksichtigte er, dass die Arbeitgeberin (British Airways) nicht nachgewiesen hatte, dass das Tragen von religiösen Symbolen oder Kleidung ihr Unternehmensimage geschädigt hatte. Es ist bedeutsam, dass es im Urteil *Eweida* um eine Uniform und einen Dresscode ging, die religiös vorgeschriebene Kleidung wie das Kopftuch und den Turban bereits berücksichtigten, nicht aber andere religiöse Symbole, wie einen Anhänger mit einem Kreuz, welchen die Beschwerdeführerin trug. Die Berücksichtigung von Kleidervorschriften der muslimischen und sikhischen Minderheit zeigt, dass zwischen der Beachtung der Religionsfreiheit und der Prägung des Firmenimage durch das Erscheinungsbild der Angestellten kein unüberwindbarer Widerspruch bestehen muss.

Dies unterstreicht Generalanwältin Sharpstons Shadow Opinion:

„Where an employer does want to ensure that its employees project its corporate image, the standard way for it to do so is to create a uniform for them to wear. However, examples exist to demonstrate that such a uniform can – provided that the employer in question is serious about embracing religious diversity and respecting non-discrimination in the workplace – readily accommodate an employee's need to wear mandated religious apparel.”<sup>101</sup>

Sharpstons Referenz auf die religiöse Diversität und Nichtdiskriminierung als Grundwerte eines Unternehmens stellt sicher, dass Unternehmen nicht auf Dresscodes und Uniformen zurückgreifen, um gewisse religiöse Kennzeichen vom Arbeitsplatz zu verbannen und de facto das gleiche Ergebnis erreichen wie auf dem Weg einer Neutralitätspolitik. Dem im angelsächsischen Raum entwickelte Ansatz der angemessenen Vorkehrungen („*reasonable accommodation*“) folgend sollten Unternehmen bei der Entwicklung von Kleidervorschriften Minderheiten und ihre Bedürfnisse einbeziehen und gemeinsam mit ihnen einen tragbaren Kompromiss suchen.<sup>102</sup> Im gleichen Sinne wären bereits

---

<sup>100</sup> Eweida, § 94: „(...) the Court has reached the conclusion in the present case that a fair balance was not struck. On one side of the scales was Ms Eweida's desire to manifest her religious belief. As previously noted, this is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others. On the other side of the scales was the employer's wish to project a certain corporate image. The Court considers that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight.“

<sup>101</sup> Sharpston, Shadow Opinion, Rn. 130.

<sup>102</sup> Für eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Konzept der „angemessenen Vorkehrungen“, siehe Ventura Morgane, *L'accommodement raisonnable comme nouvel outil dans la lutte contre la discrimination – Etude de droit comparé (Etats-Unis, Canada, Suisse)*, Zürich 2023; Hertig Randall Maya, *La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse sous le prisme de l'accommodement raisonnable*, in *mélanges en l'honneur du professeur Barbara Wilson*, Genf 2016, 265 ff.

bestehende Kleidervorschriften zu überprüfen, oder zumindest punktuell Ausnahmen zu gewähren, um faktische Benachteiligungen zu korrigieren. Wenn unterschiedslos anwendbare Bekleidungs Vorschriften Arbeitnehmende einer bestimmten Konfession überproportional benachteiligen, stellen sie eine mittelbare Ungleichbehandlung dar, die rechtfertigungsbedürftig ist.<sup>103</sup>

## 2. Verhältnismässigkeitsprüfung

Rechtfertigungen von mittelbaren Ungleichbehandlungen stellen keine Diskriminierung dar, wenn sie zur Erreichung eines rechtmässigen Ziels angemessen und notwendig sind (Art. 2 Abs. 2 lit. b i) Richtlinie (EU) 2000/78). Im Urteil *Achbita* stellte der Gerichtshof keine strengen Anforderungen an die Erfordernisse der Angemessenheit und der Notwendigkeit. Er erachtete eine Neutralitätspolitik als zulässig, sofern sie tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt wird und auf Arbeitnehmende mit Kundenkontakt beschränkt ist, wobei zu prüfen ist, ob den betroffenen Angestellten eine Stelle ohne Kundenkontakt angeboten werden könnte. Die Argumentation des Gerichtshofs ist auf erhebliche Kritik gestossen.<sup>104</sup> Die „Backoffice-Alternative“ liegt im Lichte der Grundanliegen des Diskriminierungsschutzes quer in der Landschaft. Wäre es zulässig, Menschen mit Behinderungen oder dunkler Hautfarbe, Frauen oder Angestellte, die sexuellen Minderheiten zugehören, aus der Sicht der Kundschaft zu verbannen? Und wie liesse sich dieser Ansatz mit dem Votum vereinbaren, dass diskriminierende Kundenwünsche keine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen? Diese Fragen machen ersichtlich, dass die „Backoffice-Lösung“ unter dem Blickwinkel der Grundwerte von Inklusion, Pluralismus und Vielfalt schwer haltbar ist.<sup>105</sup> Kritische Stimmen machen zudem geltend, der EuGH habe im Urteil keine Güterabwägung zwischen den widerstreitenden Rechten und Interessen vorgenommen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne).<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Siehe van den Brink, 867 f.

<sup>104</sup> Hertig Randall/Kibboua, 321 f.; Lempen, 61; Weiler, 890; Ferri Marcella, The interplay between religious discrimination in the workplace and fundamental rights: the cherry-pick approach of the EU Court of Justice, *Eurojus* Heft 1, 2022 <<https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Qui25.pdf>>, 291-311, 303.

<sup>105</sup> Für eine Kritik aus einer Gender-Perspektive, siehe Lempen, 65, die hervorhebt, dass die Backoffice-Lösung dem Anliegen zuwiderläuft, Frauen als Rollenmodelle in Berufen sichtbar zu machen, wo sie untervertreten sind. Dies ist vor allem für den Fall Bougnaoui (Software-Designerin) relevant.

<sup>106</sup> Hertig Randall/Kibboua, 321; Weiler, 885 ff.

Das Urteil *Wabe und Müller* stellt im Vergleich zum Urteil *Achbita* deutlich höhere Anforderungen an die Verhältnismässigkeitsprüfung. Zum einen muss die arbeitgebende Partei konkret nachweisen, dass die Neutralitätspolitik einem wirklichen Bedürfnis entspricht.<sup>107</sup> Zum anderen legt der Gerichtshof die Richtlinie 78/2000 im Lichte der europäischen Grundrechtecharta aus, was bedingt, dass alle betroffenen Rechtspositionen „*miteinander in Einklang gebracht werden und dass zwischen ihnen ein angemessenes Gleichgewicht besteht*“.<sup>108</sup> Somit entschied der Gerichtshof, dass die nationalen Gerichte bei der Beurteilung von Verboten religiöser Kennzeichen auch eine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne vorzunehmen haben. Er verdeutlicht auch beispielhaft, welche Grundrechte auf die Waagschale zu legen sind: der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 10 Charta), die Gedankens-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 21 Charta), das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 14 Abs. 3 Charta) und die unternehmerische Freiheit (Art. 16 Charta). Der Gerichtshof schweigt sich in den Urteilen *Müller und Waabe* sowie *S.C.R.* leider darüber aus, wie die einzelnen Rechtspositionen im Rahmen der zugrundeliegenden Rechtsstreitigkeiten zu gewichten sind.<sup>109</sup>

Kritik hat auch die Berücksichtigung der unternehmerischen Freiheit im Rahmen der Güterabwägung hervorgerufen. Es wird hervorgehoben, dass der EuGH bei anderen Diskriminierungsgründen wie bei der sexuellen Orientierung oder ethnischen Herkunft im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit und der Erforderlichkeit nie auf die unternehmerische Freiheit verweist<sup>110</sup> und finanzielle Erwägungen keine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen.<sup>111</sup> Der gesetzliche Diskriminierungsschutz sei notwendig, weil Märkte kein Heilmittel gegen Diskriminierungen sind („markets will not cure discrimination“).<sup>112</sup> Das regulatorische Eingreifen des Staates zielt auf die Korrektur dieses Marktversagens ab, indem es verhindert, dass Unternehmen diskrimi-

---

<sup>107</sup> Siehe Ferri, 304.

<sup>108</sup> *Wabe und Müller*, Rn. 85.

<sup>109</sup> Siehe die Kritik von Ferri, 304.

<sup>110</sup> Van den Brink, 878.

<sup>111</sup> Siehe Mulder, 1519: „Putting it bluntly, an employer may also have an interest in paying part-time workers less than full-time workers, given that it reduces the overall cost of running the business. However, we would not consider that interest when assessing whether the ‚particular disadvantage‘ can be justified under the scope of indirect sex discrimination. Indeed, financial considerations have been rejected as a possible objective justification within the context of indirect sex discrimination.“

<sup>112</sup> Siehe die Schlussanträge von Generalanwalt Maduro vom 10. Juli 2008 in der Rechtssache vom 12. März 2008 in der Rechtssache C-54/07, ECLI:EU:C:2008:155 – *Feryn*, Rn. 18, bezugnehmend auf *Sunstein Cass R., Why markets don't stop discrimination*, in: *Free markets and social justice*, Oxford 1997, 165. Siehe auch *Cloots*, 613.

nierenden Forderungen seitens der Kundschaft stattgeben und sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Unternehmen verschaffen, welche dem diskriminierenden Druck standhalten.

Die Bedenken an einer Berücksichtigung der unternehmerischen Freiheiten führt wieder zur Kritik zurück, dass eine Neutralitätspolitik in den meisten Fällen eine „verschleierte Diskriminierung“ („thinly veiled discrimination“)<sup>113</sup> darstellen dürfte. Wie bereits erwähnt, hat der EuGH diese Beweggründe als grundsätzlich unzulässig zurückgewiesen. Seine Argumentation enthält jedoch noch Zweideutigkeiten, die Zweifel daran aufkommen lassen, ob einer wegen subjektiven Kundenpräferenzen verabschiedeten Neutralitätsregel gänzlich ein Riegel geschoben wurde. Die Erwägungen des EuGH sind, wie dargelegt,<sup>114</sup> einer Auslegung zugänglich, welche diese Zweifel aus dem Weg räumen. Eine Güterabwägung zwischen den Rechten der betroffenen Arbeitnehmenden und der unternehmerischen Freiheit kommt folglich nicht in Betracht, wenn die arbeitgebende Partei in Wirklichkeit subjektive Präferenzen der Kundschaft berücksichtigen will.

Andere Konstellationen, in denen finanzielle Einbussen denkbar sind, dürften in den meisten Fällen von der Ausnahme der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2000/78 erfasst sein, die selbst eine direkte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag. Van den Brink führt das Beispiel eines Werbeunternehmens an, welches den Auftrag erhält, einen Werbespot für ein Shampoo zu drehen und eine Darstellerin sucht, die gewillt ist, ihre Haarpracht im Spot zur Schau zu stellen.<sup>115</sup>

Abgesehen von Anforderungen, die für die Ausübung der beruflichen Tätigkeit wesentlich und entscheidend sind, weist das vom EuGH als rechtmässig anerkannte Anliegen, im Unternehmen soziale Konflikte zu vermeiden, einen Bezug zur Wirtschaftsfreiheit auf. Wie oben dargelegt,<sup>116</sup> dürfte eine zu diesem Zwecke verabschiedete Neutralitätspolitik einer stringenten Prüfung im Lichte der Verhältnismässigkeit kaum je standhalten.

Relevant sein können unternehmerische Interessen in Rechtsstreitigkeiten, welche den bereits angesprochenen Problembereich der „angemessenen Vorkehrungen“ betreffen. Die Richtlinie (EU) 78/2000 sieht einen Anspruch auf

---

<sup>113</sup> Siehe Donegan Cara, Thinly veiled discrimination: Muslim women, intersectionality and the hybrid solution of reasonable accommodation and proactive measures, *European journal of legal studies* 2020, 143-179.

<sup>114</sup> Siehe oben, [C.III.1.](#)

<sup>115</sup> Van den Berg, 875.

<sup>116</sup> Siehe oben, [C.III.1.](#)

angemessene Vorkehrungen ausdrücklich nur im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsgrund der Behinderung vor (Art. 5). Angemessen sind solche Vorkehrungen, wenn sie die arbeitgebende Partei nicht „unverhältnismässig belasten“, was eine Güterabwägung zwischen den widerstreitenden Interessen bedingt. Beim Diskriminierungsgrund der Religion und der Weltanschauung kann das Interesse an einer angemessenen Vorkehrung bei der Prüfung von mittelbaren Ungleichbehandlungen im Rahmen der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne berücksichtigt werden.<sup>117</sup> Anders gesagt: machen Angestellte geltend, eine allgemein anwendbare Vorschrift, z.B. zu Feiertagen oder Firmenuniformen, benachteilige sie überproportional aufgrund der Religion, obliegt es den Arbeitgebern zu prüfen, ob eine Anpassung der Vorschrift oder Ausnahmen möglich sind, welche das Unternehmen nicht unverhältnismässig belasten. Eine Verweigerung des Dialogs und der Prüfung der verschiedenen Möglichkeiten, der Religionsfreiheit der Angestellten Rechnung zu tragen, lassen auf eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips schliessen. Im Rahmen der Güterabwägung darf das Anliegen, mit Kleidervorschriften ein bestimmtes „Corporate Image“ vermitteln zu wollen, nicht zu stark gewichtet werden. Dies legt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im bereits erwähnten Urteil *Eweida* nahe.<sup>118</sup>

Weil sich die Frage angemessener Vorkehrungen im Hinblick auf die Religion oder die Weltanschauung häufiger stellt als bei anderen Diskriminierungsgründen, mit Ausnahme der Behinderung, ist es nicht stossend, dass der EuGH im Zusammenhang mit der vorzunehmenden Güterabwägung auch die unternehmerische Freiheit erwähnt. Um dies mit einem Beispiel zu illustrieren: ein Unternehmen könnte die schlechtere Entlohnung von Teilzeitbeschäftigten, die zu einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führt, selbstverständlich nicht mit finanziellen Gründen rechtfertigen. Es könnte jedoch geltend machen, für einen kleinen Betrieb mit nur sehr wenigen Angestellten, der einen grossen Teil des Umsatzes am Samstag realisiert, sei es wirtschaftlich nicht tragbar, eine Arbeitnehmer\*in systematisch an diesem Tag von der Arbeitspflicht auszunehmen. Bei den angemessenen Vorkehrungen ist darauf zu achten, dass die vorgeschlagenen Alternativen für die betroffenen Angestellten zumutbar sind und nicht dem Grundanliegen des Diskriminierungsschutzes zuwiderlaufen. Die vom EuGH im Urteil *Achbita* entwickelte „Backoffice Lösung“ trägt dem erwähnten Vorbehalt nicht Rechnung. Abgesehen davon räumt sie den wirtschaftlichen Interessen ein zu starkes Gewicht

---

<sup>117</sup> Hertig Randall/Kibboua, 310 m.w.H.; Śledzińska-Simon Anna, Is there a place for the Islamic veil in the workplace? Managerial prerogatives and the duty of reasonable accommodation in the EU anti-discrimination governance, ERA Forum (17) 2016, 203–220, 218.

<sup>118</sup> Siehe oben, [C.III.1](#).

ein. Bei der Güterabwägung darf „unternehmensinternen Zwängen“, unter dem Blickwinkel der angemessenen Vorkehrungen, Rechnung getragen werden. Demgegenüber ist das im Urteil *Achbita* erwähnte Erfordernis, dass das Unternehmen keine zusätzliche Belastung tragen müsse,<sup>119</sup> zu stark an der Wirtschaftsfreiheit orientiert.<sup>120</sup>

Das auf die Suche eines Kompromisses ausgerichtete Gebot der angemessenen Vorkehrungen ist auf Konstellationen zugeschnitten, in denen eine allgemein anwendbare Regel Angehörige einer religiösen Minderheit ungebührlich belastet, weil deren Anliegen bei der Verabschiedung der Regel nicht mitgedacht wurden. Bei Unternehmen, die eine Neutralitätsregel verabschieden, mit dem Ziel, gewisse religiöse Kennzeichen, wie das Kopftuch, gegenüber der Kundschaft unsichtbar zu machen, dürfte dieser Ansatz wenig zielführend sein. Die arbeitgebende Partei wäre kaum gewillt, eine Ausnahme für das Kopftuch zuzugestehen, wenn es ihr gerade darum geht, ein Kopftuchverbot durchzusetzen.<sup>121</sup> In dieser Konstellation gilt es den Grundsatz ernst zu nehmen, dass die Neutralitätspolitik nicht auf diskriminierende Kundenwünsche ausgerichtet sein darf, um der Anwendung der Neutralitätsregel einen Riegel zu schieben.

Das Urteil *Wabe und Müller* enthält zusätzlich zur Notwendigkeit einer umfassenden Güterabwägung noch eine weitere Präzisierung der Rechtsprechung. Der EuGH stellt klärend fest, dass die Richtlinie (EU) 2000/78 lediglich einen Mindeststandard festlegt und die nationalen Gerichte gestützt auf die innerstaatlichen Grundrechte ein höheres Schutzniveau gegenüber Diskriminie-

---

<sup>119</sup> *Achbita*, Rn. 43: Das vorlegende Gericht hat zu prüfen, ob „ob es G4S, unter Berücksichtigung der unternehmensinternen Zwänge und ohne eine zusätzliche Belastung tragen zu müssen, möglich gewesen wäre, ihr in Anbetracht dieser Weigerung einen Arbeitsplatz ohne Sichtkontakt mit Kunden anzubieten, statt sie zu entlassen.“ (Hervorhebung durch die Autorin).

<sup>120</sup> Der U.S. Supreme Court hat in einem im Jahr 2023 ergangenen Urteil den Diskriminierungsschutz und die Religionsfreiheit der Arbeitnehmenden deutlich gestärkt. Entgegen der früheren Rechtsprechung (*Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U. S. 63 [1977]), haben Arbeitgebende nicht nur minimale Kosten hinzunehmen, sondern eine „erhebliche Kostensteigerungen im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer jeweiligen Tätigkeit“ („substantial increased costs in relation to the conduct of its particular business“) darzulegen; siehe U.S. Supreme Court, *Groff v. Dejoy*, 600 U.S. \_\_\_\_ (2023), 18.

<sup>121</sup> Denkbar wäre, dass sich die beiden Parteien auf das Tragen einer alternativen Kopfbedeckung (z.B. Mütze) einigen. Dieser Kompromiss dürfte jedoch für viele muslimische Frauen nicht akzeptabel sein und stösst auch bei den Arbeitgebenden teils auf Widerstand. Siehe hierzu den Fall S.C.R.L. (oben, [B.III.](#)), in welchem das Unternehmen einen solchen Kompromiss verworfen hatte, und BVerfGE 138, 296 betreffend eine Lehrerin, die als Kompromisslösung eine Wollmütze tragen wollte.

rungen gewährleisten können.<sup>122</sup> Das vorliegende deutsche Gericht bezog sich in seiner Frage auf die Rechtslage in Deutschland, wonach die Einschränkung der Religionsfreiheit den Nachweis einer *konkreten* Gefahr der betroffenen Rechtsgüter erfordert. Wie oben dargelegt,<sup>123</sup> reicht die abstrakte Gefährdung des Schulfriedens, der negativen Religionsfreiheit oder der konfessionellen Neutralität laut Bundesverfassungsgericht für die Rechtfertigung eines Kopftuchverbots nicht aus. Der EuGH hält in diesem Zusammenhang fest, dass sich die Anforderungen des nationalen Rechts, wonach die arbeitgebende Partei eine hinreichend konkrete Gefahr der Beeinträchtigung des rechtmässigen Ziels zu belegen hat, in den von der Richtlinie „festgelegten Rahmen in Bezug auf die Rechtfertigung einer mittelbaren Ungleichbehandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung fügt.“<sup>124</sup> Somit steht es den nationalen Gerichten offen, unter Rückgriff auf das nationale Recht einen besseren Diskriminierungsschutz zu gewährleisten. Sie können zum Beispiel zum Ergebnis gelangen, dass das blosses Tragen von religiösen Kennzeichen selbst gegenüber Kleinkindern keine konkrete Gefährdung der negativen Religionsfreiheit der Kinder oder des Erziehungsrechts der Eltern darstellt. Ebenso steht es ihnen offen zu argumentieren, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, Konflikten am Arbeitsplatz mit anderen Mitteln als mit Verboten von religiösen Kennzeichen zu begegnen. Intoleranz, Anfeindung und Ausgrenzung von religiösen Minderheiten ist weder gerechtfertigt, wenn sie von der Kundschaft, noch wenn sie von anderen Arbeitnehmenden ausgehen.

#### IV. Schlussgedanken

Die beiden Urteile *Waabe und Müller* sowie *S.C.R.L.* greifen verschiedene Kritikpunkte an den Urteilen *Achbita* und *Bouagnaoui* auf. Bedeutsam ist, dass der EuGH die firmeninterne Politik der religiösen und weltanschaulichen Neutralität nicht mehr vorbehaltlos als ein legitimes Rechtfertigungsinteresse anerkennt, sondern fordert, dass sie einem wirklichen Bedürfnis entspricht, wel-

---

<sup>122</sup> Diese Auslegung wird durchwegs positiv gewürdigt, doch ein Teil der Lehre merkt kritisch an, dass der Verweis des EuGH auf den nationalen Gerichten zustehenden Wertungsspielraum im Bereich des Diskriminierungsschutzes quer in der Landschaft liegt (siehe z.B. Howard 2022, 260 m.w.H.). Bei anderen Diskriminierungsgründen (z.B. Geschlecht, ethnische Herkunft, sexuelle Orientierung) wäre es schwer haltbar zu argumentieren, die Mitgliedstaaten könnten „im Hinblick auf die Vielfalt der von diesen verfolgten Ansätzen“ (*Müller und Waabe*, Rn. 86) und den fehlenden Konsens unterschiedliche Schutzniveaus gewährleisten. Anders gesagt, die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelte „Margin of Appreciation“ Doktrin kann nicht ohne weiteres von der Religionsfreiheit auf das Diskriminierungsgebot übertragen werden.

<sup>123</sup> Oben, [C.III.1](#).

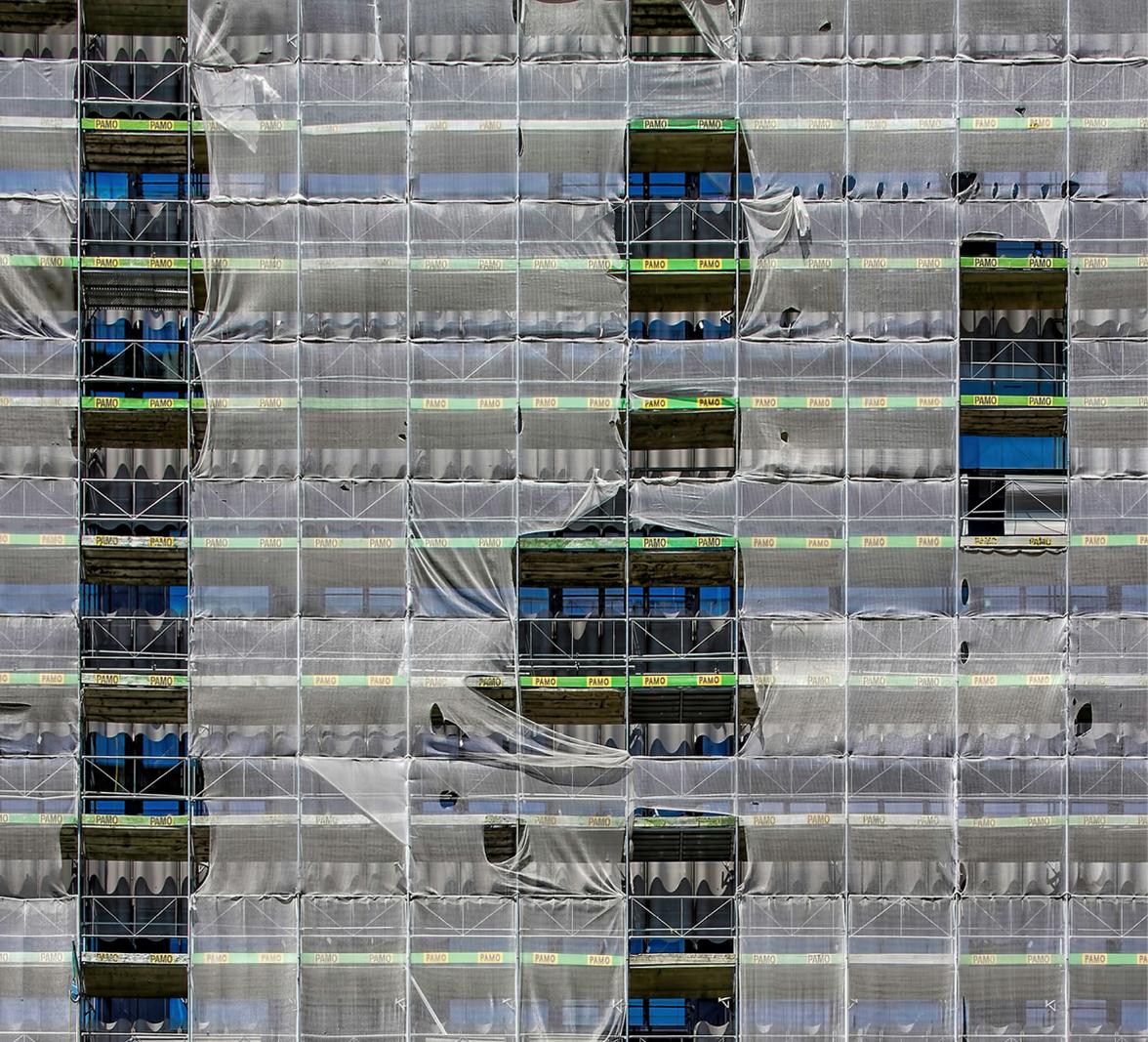
<sup>124</sup> *Waabe und Müller*, Rn. 85.

ches die arbeitgebende Partei nachzuweisen hat. Die Neutralitätspolitik stellt somit nicht mehr ein eigenständiges Ziel dar, sondern ein Mittel zur Verwirklichung anderer Interessen. Worin ein wirkliches Bedürfnis bestehen kann, klärt das Gericht nicht abschliessend, sondern beschränkt sich mit einem beispielhaften Verweis auf die in den Ausgangsverfahren angeführten Interessen (Schutz des Erziehungsrechts der Eltern und der Religionsfreiheit der Kinder; Vermeidung sozialer Konflikte), sowie auf die Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit. Die erwähnten Rechtfertigungsgründe sind alle auslegungsbedürftig und einer Interpretation zugänglich, welche Verbote religiöser Symbole gestützt auf eine Neutralitätspolitik nur in seltenen Fällen zulässt und insbesondere subjektive, auf Vorurteilen beruhende Kundenwünsche ausschliesst. Zu bedauern ist, dass die Ausführungen des EuGH zu den subjektiven Kundenpräferenzen zweideutig sind und der Gerichtshof kein eindeutigeres Signal zugunsten des Schutzes religiöser Minderheiten am Arbeitsplatz gesetzt hat.

Die Klarstellung, dass die europäische Rechtsprechung einen Mindeststandard darstellt, erlaubt es den nationalen Gerichten, den Begriff der „wirklichen Bedürfnisse“ eng auszulegen und im Rahmen der erforderlichen Güterabwägung die Anliegen des Diskriminierungsschutzes und der Religionsfreiheit stark zu gewichten. Diesem Umstand sollten die schweizerischen Gerichte Rechnung tragen, wenn sie zur Beurteilung von Kopftuchverboten in privaten Unternehmen die Rechtsprechung des EuGH als Inspirationsquelle beiziehen. Sie sollten auch gewillt sein, sich mit Problemfeldern auseinanderzusetzen, welche der EuGH trotz erheblicher Kritik seitens der Lehre in den Urteilen *Waabe und Müller* und *S.C.R.L.* ausgeblendet hat. Im Vordergrund steht hier die Prüfung von Kopftuchverboten im Lichte von Mehrfachdiskriminierungen. Im Unterschied zum EuGH ist der Menschenrechtsausschuss nicht davor zurückgeschreckt, Verbote religiöser Kleidung, die sich vorwiegend auf muslimische Frauen auswirken, als eine intersektionelle Diskriminierung aufgrund von Religion und Geschlecht einzustufen. Diese Rechtsprechung kann für die Schweiz, welche an den UNO-Pakt seit 1992 gebunden ist, wertvolle Impulse liefern.

Die europäische Rechtsprechung zu religiösen Symbolen am Arbeitsplatz lässt auf einige Schwachstellen im europäischen Diskriminierungsrecht schliessen. Der sektorielle Regelungsansatz ist einer holistischen, intersektionellen Analyse im Einzelfall abträglich, weil es nicht nahe liegt, in einem Einzelfall mehrere Richtlinien anzuwenden, um alle relevanten Diskriminierungsgründe sowie ihre Zusammenwirkungen gebührend zu berücksichtigen. Hinzu kommen Schwierigkeiten, die sich aus der kategoriellen Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Diskriminierungen ergeben. Das Gemeinschaftsrecht stellt an die Rechtfertigung von unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbe-

handlungen unterschiedliche Anforderungen, was die Gefahr birgt, dass indirekte Formen der Diskriminierung weniger ernst genommen und keiner stringenten Prüfung unterzogen werden. Diese Schwachstellen und Risiken sollten in der Schweiz berücksichtigt werden, wenn der Gesetzgeber die kritischen Impulse aus dem internationalen Menschenrechtsschutz aufgreift und den Ausbau des Diskriminierungsschutzes in privatrechtlichen Verhältnissen an die Hand nimmt.



**EuZ**  
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

**Christina Neier  
Recht und Regieren der EU in  
Krisenzeiten – das Exempel  
„Next Generation EU“**

AUSGABE:  
**02 | 2024**



# Recht und Regieren der EU in Krisenzeiten – das Exempel „Next Generation EU“

Christina Neier\*

## Inhalt

|      |   |      |
|------|---|------|
| A.   | <a href="#">Prolog</a>  | B 1  |
| B.   | <a href="#">Recht und Regieren in Krisenzeiten – Topoi</a>                                | B 3  |
| C.   | <a href="#">Recht der EU in Krisenzeiten</a>  | B 4  |
| I.   | <a href="#">Not kennt kein Gebot – der Klassiker</a>                                      | B 4  |
| II.  | <a href="#">Not kennt Gebot – die Moderne</a>   | B 5  |
| III. | <a href="#">Not kennt unionsrechtliche Gebote:<br/>das Unionsausnahmeverfassungsrecht</a> | B 6  |
| 1.   | <a href="#">Korpus</a>  | B 7  |
| 2.   | <a href="#">Bedeutung</a>   | B 9  |
| D.   | <a href="#">Regieren der EU in Krisenzeiten</a>   | B 11 |
| I.   | <a href="#">Die Stunde der Exekutive</a>  | B 11 |
| II.  | <a href="#">Zum unionalen Organgefüge im Allgemeinen</a>                                  | B 11 |
| III. | <a href="#">„Next Generation EU“ als Exempel</a>  | B 12 |
| 1.   | <a href="#">Der politische Weg</a>  | B 13 |
| 2.   | <a href="#">Die Dreifachabstützung</a>  | B 15 |
| 3.   | <a href="#">Rückschlüsse auf das unionale Organgefüge</a>                                 | B 18 |
| E.   | <a href="#">Fazit</a>   | B 21 |

## A. Prolog

Wie auch die ECSA Suisse Dreiländertagung 2023<sup>1</sup> bewies: Es gibt eine gewisse „Lust an der Krise“<sup>2</sup>. In der Europäischen Union fordert die jüngste Kumulation

---

\* Dr. iur. Christina Neier, Bsc., Habilitandin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich (UZH Alumni FAN- und UZH Postdoc Stipendiatin) sowie Lehrbeauftragte der FernUni Schweiz und der Universität Luzern ([christina.neier@ius.uzh.ch](mailto:christina.neier@ius.uzh.ch)).

<sup>1</sup> Dieser Beitrag beruht auf einem im Oktober 2023 an der ECSA (European Community Studies Association) Suisse Dreiländertagung gehaltenen Vortrag.

<sup>2</sup> Heike Delitz, Über die Lust an der Krise. Bericht vom 37. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, 6.-10. Oktober 2014 in Trier, SozW 2015, S. 95-103.

von Krisen<sup>3</sup> das Unionsrecht einmal mehr heraus – so die Eurokrise, die Migrationskrise, die Coronakrise und die kürzlich aufgetretene Energiekrise. Pointiert erfasste der ehemalige Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker dieses Phänomen mit dem Begriff „Polykrise“<sup>4</sup>. Von der Lust am Unionsrecht in der Krise speist sich dieser Beitrag.

Stand noch vor drei Jahrzehnten das *Erschaffen von* (Gemeinschafts- resp.) Unionsverfassungsrecht im Vordergrund – man denke nur an die zahlreichen Vertragsänderungen in den 1990er und 2000er Jahren –, verlangen die verschiedenen Krisen der letzten 15 Jahre nach einer *Stabilisierung durch* das Unionsverfassungsrecht. In Krisenzeiten wird auf das vorhandene Arsenal an Handlungsoptionen zurückgegriffen und versucht, zur „Normalität“<sup>5</sup> zurückzukehren. Dabei haben die zur Verfügung stehenden Instrumente oftmals Ausnahmecharakter: Erlaubt ist, unter den gegebenen Umständen, von der Regel abzuweichen. Das gilt für das „Ob“ und das „Wie“ gleichermaßen. In Krisenzeiten ist die öffentliche Entscheidungsgewalt befugt, mit besonderen Verfahren besondere Massnahmen zu ergreifen.

Die Corona-Pandemie war hiervon keine Ausnahme. Sie erforderte rasches, unionsweites Handeln. Und während in der Eurokrise noch in grossem Umfang auf völkerrechtliche Instrumente zurückgegriffen wurde,<sup>6</sup> gelang es den Unionsorganen, diese Gesundheitskrise mit Massnahmen innerhalb des Unionsrechts zu bewältigen. Die bedeutsamste dieser Massnahmen war das Wiederaufbauprogramm *Next Generation EU* (kurz: NGEU). Zugleich ist es ein illustratives Beispiel für ein neuartiges EU-Instrument, das durch ein eindrückliches Zusammenspiel der Unionsorgane zustande kam.

---

<sup>3</sup> Der Begriff „Krise“ wird hier nicht als ein rechtlicher, sondern als heuristischer Begriff verwendet; so auch *Anna-Bettina Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen 2020, S. 68–70. Erfasst werden mit diesem Begriff „Zeiten von Ungewissheit, Gefahr und Not“, so wie *Jasper Finke*, *Krisen. Ein Erklärungsversuch dynamischer Rechtsentwicklungen in Krisenzeiten*, Tübingen 2020, S. 3.

<sup>4</sup> *Jean-Claude Juncker*, Rede beim Festakt des Europäischen Forums Alpbach, Alpbach am 21.08.2016, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH\\_16\\_2863](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_16_2863)> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>5</sup> Zum Begriff der Normalität siehe *Tristan Barczak*, *Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*, 2. Aufl., Tübingen 2021, S. 108–116.

<sup>6</sup> So die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) und der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM); dahingegen stützte sich der – allerdings im Umfang begrenzte – Europäische Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) ebenfalls auf die Unionsverträge, in concreto Art. 122 Abs. 2 AEUV, siehe Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates vom 11. Mai 2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABl. L 118 vom 12.5.2010, S. 1.

## B. Recht und Regieren in Krisenzeiten – Topoi

In der (deutschsprachigen) rechtswissenschaftlichen Literatur zu Recht und Regieren in Krisenzeiten tauchen immer wieder bestimmte Thesen bzw. *Topoi* auf.<sup>7</sup> Ein zentraler Topos ist schon einige Jahrhunderte alt und lautet: „Not kennt kein Gebot“ bzw. im Lateinischen „necessitas legem non habet“. Mit anderen Worten: In einer faktischen Krisensituation finden Rechtsnormen keine Anwendung mehr. Ein weiterer wichtiger Topos ist etwas jüngeren Datums. Er geht auf den ehemaligen deutschen Bundesminister Gerhard Schröder zurück, der 1960 konstatierte: „Die Not ist die Stunde der Exekutive“<sup>8</sup>.

Dieser zweite Topos steht in engem Zusammenhang mit ersterem. Das Verfassungsrecht und die ebendort verankerte Gewaltenteilung seien für die Normallage konzipiert. In Krisenzeiten müsse davon vorübergehend abgewichen werden, indem die Regierung gestärkt und die Rechte des Volkes geschwächt werden.<sup>9</sup> Beide Topoi sind rechtsordnungsunspezifisch. Sie beanspruchen verallgemeinerungsfähige Beobachtungen und lassen sich als verfassungstheoretische Thesen an jeder Verfassung, auch jener des Unionsrechts, überprüfen.<sup>10</sup>

Sie dienen daher hier als Hintergrundfolie für die Analyse des Umgangs mit Recht und Regieren der EU in Krisenzeiten. Der folgende Abschnitt widmet sich unter dem ersten Topos dem Recht der EU in Krisenzeiten und etabliert das Unionsausnahmeverfassungsrecht. Anschliessend wird im Sinne des zweiten Topos der Frage nachgegangen, für wen in der Coronakrise bei der Errichtung von Next Generation EU die Stunde geschlagen hat.

---

<sup>7</sup> M.w.N. Kaiser (Fn. 3), S. 24–34.

<sup>8</sup> Gerhard Schröder (CDU), Protokolle des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, 124. Sitzung, 28. September 1960, S. 7177 C.

<sup>9</sup> Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, 6. Aufl., Princeton 2009, S. 5; hierzu auch Kaiser (Fn. 3), S. 30.

<sup>10</sup> Kaiser (Fn. 3), S. 24 f.

## C. Recht der EU in Krisenzeiten

### I. Not kennt kein Gebot – der Klassiker

Der Gemeinplatz „Not kennt kein Gebot“ lässt sich bis ins Mittelalter – und weiter – zurückverfolgen.<sup>11</sup> Auch heute noch taucht er regelmässig in rechtswissenschaftlichen<sup>12</sup> und journalistischen<sup>13</sup> Abhandlungen auf.

Als klassischer Vertreter dieses Topos gilt *Carl Schmitt*.<sup>14</sup> Seiner berühmten Schrift „Politische Theologie“ von 1922 zufolge gilt die Rechtsordnung nur in der Normallage; der über den „Ausnahmestand“<sup>15</sup> entscheidende Souverän stehe „außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung“<sup>16</sup>. Im Ausnahmefall trete das Recht zurück,<sup>17</sup> und es obliege dem Souverän, ohne rechtliche Schranken und ohne oppositionelle Instanzen, Entscheidungen zur Abwendung der Not zu treffen.<sup>18</sup>

So oft wie Schmitt als *der* „Theoretiker des Ausnahmestands“ nach wie vor angeführt wird, so oft wird seine Theorie (und er selbst)<sup>19</sup> kritisiert. Böte das Recht nicht Hand, Krisen<sup>20</sup> zu bewältigen, würde auf dessen Steuerungspo-

---

<sup>11</sup> M.w.N. Horst Fuhrmann, *Einladung ins Mittelalter*, 5. Aufl., 1997, S. 256 f. Zum Ursprung des Prinzips im *Decretum Gratiani* siehe *Giorgio Agamben*, *Ausnahmestand*, Frankfurt am Main 2004, S. 33 f.

<sup>12</sup> Siehe beispielhaft *Peter Häberle & Markus Kotzur*, *Die Covid-19-Pandemie aus der kulturwissenschaftlichen Perspektive einer europäischen und universalen Verfassungslehre*, NJW 2021, S. 132–137, S. 134; *Kaiser* (Fn. 3), S. 25 und S. 207 ff.; *Andreas Kley*, „Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.“ – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, S. 268–276, S. 275; *Matthias Mahlmann*, *Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie*, in: *Walter* (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft in der Pandemie*, Berlin 2021, S. 69–104, S. 74 mit Fn. 9.

<sup>13</sup> Siehe beispielhaft *Thomas Allmendinger*, „Not kennt kein Gebot“, NZZ vom 9.10.2008.

<sup>14</sup> *Matthias Jestaedt*, *Carl Schmitt (1888–1985)*, in: *Häberle/Kilian/Wolff* (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, Berlin/Boston 2015, S. 313–336, S. 321.

<sup>15</sup> Zum offenen und umstrittenen Begriff des Ausnahmestands statt vieler *Kaiser* (Fn. 3), S. 49–53, und *Barczak* (Fn. 5), S. 74–85.

<sup>16</sup> *Carl Schmitt*, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 11. Aufl., Berlin 2021, S. 14.

<sup>17</sup> *Ibid.*, S. 18.

<sup>18</sup> *Ibid.*, S. 13 ff. (vgl. *ibid.* auch auf S. 9: „Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbare wäre. Die Ordnung muß hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat.“).

<sup>19</sup> Mit zunehmendem zeitlichen Abstand verlagere sich die Auseinandersetzung hingegen von der Person zum Werk, so *Jestaedt* (Fn. 14), S. 327.

<sup>20</sup> Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass Schmitt mit dem Ausnahmestand, ohne hierfür eine konkrete Definition zu liefern, in erster Linie an bürgerkriegsähnliche Zustände gedacht hat (so *Barczak* [Fn. 5], S. 154), während der hier verwendete Krisenbegriff offener ist

tenzial verzichtet.<sup>21</sup> Zudem könne in einem demokratischen Rechtsstaat die Staatsgewalt nicht von der Verfassung entbunden werden; sie bleibe ausnahmslos dem Recht verpflichtet.<sup>22</sup>

Nichts anderes kann für die EU als Rechtsgemeinschaft<sup>23</sup> gelten, die gerade das Recht an die Stelle der Macht treten lässt<sup>24</sup>. Die Unionsorgane sind an das Unionsrecht gebunden, unabhängig davon, ob sie nun „business as usual“ betreiben oder eine Krise zu bekämpfen haben. Letztlich zeigt die – auch im Unionsrecht<sup>25</sup> – zunehmende rechtliche Einhegung von Notsituationen:<sup>26</sup> Not kennt eben doch Gebot.

## II. Not kennt Gebot – die Moderne

Die moderne Rechtswissenschaft bekennt sich daher zum *intra-legal-approach*: Krisensituationen sind, wie auch die Normallage, von der Rechtsordnung umfasst, die handelnden Staatsorgane an deren Vorschriften gebunden.<sup>27</sup> Krisenregelungen garantieren, in geordneten Bahnen die Krise zu überwinden und zur Normalität zurückzukehren.

*Anna-Bettina Kaiser* hat in ihrer Habilitationsschrift aus dem Jahr 2020 für das (deutsche) öffentliche Recht ein Schichtenmodell entwickelt, wobei die Zuordnung einer Verfassungsbestimmung zu den vier Schichten von deren Krisen-

---

für andere, weniger gewaltsame Notsituationen – wie etwa eine Wirtschaftskrise, eine Pandemie oder eine Naturkatastrophe.

<sup>21</sup> Kaiser (Fn. 3), S. 26.

<sup>22</sup> Barczak (Fn. 5), S. 170 f.

<sup>23</sup> Vgl. zu dieser Charakterisierung und der damit verbundenen Diskussion Armin von Bogdandy, *Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise*, EuR 2017, S. 487–511; Martin Nettesheim, „Gegründet auf Werten...“: Das Narrativ der Wertegemeinschaft und der Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas – Bedeutung und Gehalt von Narrativen für die europäische Integration*, Baden-Baden 2019, S. 91–110, S. 99–103.

<sup>24</sup> So Walter Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf/Wien 1969, S. 33.

<sup>25</sup> Vgl. nur etwa die Einfügung der Solidaritätsklausel des Art. 222 AEUV mit dem Vertrag von Lissabon sowie des Art. 136 Abs. 3 AEUV im Nachgang der Eurokrise.

<sup>26</sup> Vgl. Jens Kersten, *Ausnahmestand?*, JuS 2016, S. 193–203, S. 202.

<sup>27</sup> Siehe so u.a. Barczak (Fn. 5), S. 170 ff.; Kaiser (Fn. 3), S. 126 ff.; Günter Frankenberg, *Im Ausnahmestand*, Kritische Justiz 2017, S. 3–18, S. 14–16. Vgl. aber Steffen Augsberg, *Denken vom Ausnahmestand her. Über die Unzulässigkeit der anormalen Konstruktion und Destruktion des Normativen*, in: Arndt et al. (Hrsg.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*, Baden-Baden 2009, S. 17–39, S. 30, wonach die Verrechtlichung des Ausnahmestands diesen in die Normalität übersetze.

bezug abhängt.<sup>28</sup> Die hier interessierende dritte Schicht erfasst das von ihr begrifflich eingeführte „Ausnahmeverfassungsrecht“. Darunter versteht sie die „Gesamtheit der verfassungsrechtlichen Regelungen, die der Bewältigung krisenhafter Situationen gelten“<sup>29</sup>. Dieser neue Begriff anerkennt, dass das Verfassungsrecht auf die sich im Laufe der Zeit in ihrer Art wandelnden Krisen mit eigenen Regelungen reagiert hat.

Kaiser präsentiert zugleich, wenn auch nur in aller Kürze, ein *europäisches Ausnahmeverfassungsrecht*. Dieses erfasse einerseits die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>30</sup>, indem sie mit Art. 15 erlaubt, im Falle eines Notstands von deren Garantien abzuweichen.<sup>31</sup> Andererseits widmeten sich die Verträge der Europäischen Union mit zahlreichen Bestimmungen konkreten Krisensituationen, darunter, neben Art. 122 AEUV,<sup>32</sup> insbesondere die Bestimmung des Art. 347 AEUV, die den Mitgliedstaaten impliziert erlaubt, in Krisenzeiten von den Binnenmarktregeln abzuweichen.<sup>33</sup>

### **III. Not kennt unionsrechtliche Gebote: das Unionsausnahmeverfassungsrecht**

Dem Konzept des Ausnahmeverfassungsrechts soll hier gefolgt werden, überzeugt es in seiner Schlüssigkeit und Prägnanz. Da die nachfolgende Analyse die EMRK aussen vor lässt und sich auf das Unionsrecht beschränkt, ist hier in dessen die Rede vom „Unionsausnahmeverfassungsrecht“.<sup>34</sup> Denn: Die Not ist zwar in erster Linie Regelungsgegenstand des nationalen Rechts; doch gibt es heute zunehmend auch unionsrechtliche Gebote.<sup>35</sup>

---

<sup>28</sup> Kaiser (Fn. 3), S. 63–68.

<sup>29</sup> Kaiser (Fn. 3), S. 76 (Hervorhebung im Original).

<sup>30</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

<sup>31</sup> Kaiser (Fn. 3), S. 84, bezeichnet dies als „negatives Ausnahmeverfassungsrecht“.

<sup>32</sup> Zu dieser Bestimmung noch ausführlicher unter [C.III.1](#).

<sup>33</sup> Mit weiteren Beispielen Kaiser (Fn. 3), S. 80–84.

<sup>34</sup> Vgl. aus der englischsprachigen Literatur z.B. das – allerdings nur grob skizzierte – Konzept des „EU emergency law“ (Hervorhebung im Original) von Bruno De Witte, Guest Editorial: EU emergency law and its impact on the EU legal order, CMLR 2022, S. 3–18, S. 4 ff.

<sup>35</sup> Was von Ernst-Wolfgang Böckenförde im Rahmen der Eurokrise noch in Frage gestellt wurde, in: Kennt die europäische Not kein Gebot?, NZZ vom 21.6.2010.

# 1. Korpus

Der Korpus des Unionsausnahmeverfassungsrechts<sup>36</sup> umfasst die *krisenbedingten Ausnahmeregelungen* der EU-Verträge<sup>37</sup>. Die Ausnahme betrifft die zur Verfügung stehenden Instrumente und Verfahren; der Grund für die Ausnahme liegt in der Bewältigung einer Krise. Ermittelt werden die krisenbedingten Ausnahmeregelungen mit dem klassischen Auslegungskanon.<sup>38</sup> Zumeist lässt der Wortlaut die Ausnahme(situation) erkennen. Sie muss sich aber auch mit Hilfe der Systematik und des Zwecks der Regelung begründen lassen. Mitunter verdeutlichen die Materialien, an welche Krisensituationen bei der verfassungsrechtlichen Verankerung der Notregelung gedacht wurde.

Mittlerweile enthalten die Verträge eine Reihe von Bestimmungen, die dem Unionsausnahmeverfassungsrecht zugerechnet werden können, was im Einzelnen noch näher zu eruieren wäre.<sup>39</sup> Als Teilgehalt lässt sich jedenfalls Art. 122 AEUV ausmachen. Das ist auch jene Bestimmung, die für die Massnahmen der EU zur Überwindung der Coronakrise – zumindest in ihrer wirtschaftlichen Komponente – zentral war. Sie lautet:

„(1) Der Rat kann auf Vorschlag der Kommission unbeschadet der sonstigen in den Verträgen vorgesehenen Verfahren im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten über die der Wirtschaftslage angemessenen Massnahmen beschliessen, insbesondere falls gravierende Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren, vor allem im Energiebereich, auftreten.

(2) Ist ein Mitgliedstaat aufgrund von Naturkatastrophen oder aussergewöhnlichen Ereignissen, die sich seiner Kontrolle entziehen, von Schwierigkeiten betroffen oder von gravierenden Schwierigkeiten ernstlich bedroht, so kann der Rat auf Vorschlag der Kommission beschliessen, dem betreffenden Mitgliedstaat unter bestimmten Bedingungen einen finanziellen Beistand der Union zu gewähren. Der Präsident des Rates unterrichtet das Europäische Parlament über den Beschluss.“

In der Regel ist die Kompetenz der Union im Bereich der Wirtschaftspolitik gemäss Art. 5 Abs. 1 AEUV<sup>40</sup> auf den Erlass von Koordinierungsmassnahmen beschränkt. *Systematisch* betrachtet bilden daher die Handlungsbefugnisse des Art. 122 AEUV – Beschluss von der Wirtschaftslage angemessenen Massnah-

---

<sup>36</sup> Vgl. zum Korpus des deutschen Ausnahmeverfassungsrechts Kaiser (Fn. 3), S. 77–79.

<sup>37</sup> Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union (EUV) und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Abl. C 202 vom 7.6.2016, S. 1.

<sup>38</sup> Kaiser (Fn. 3), S. 77.

<sup>39</sup> Zu denken ist beispielsweise auch an Art. 42 Abs. 7 EUV, Art. 78 Abs. 3 AEUV, Art. 136 Abs. 3 AEUV, Art. 222 AEUV und Art. 347 AEUV.

<sup>40</sup> Siehe zudem Art. 2 Abs. 3, Art. 119 Abs. 1 und Art. 121 Abs. 1 AEUV. Vgl. hierzu EuGH, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:675, Pringle, Rn. 51 und 64.

men (Abs. 1) sowie finanzieller Beistand der Union (Abs. 2) – eine Ausnahme von dieser Regel.<sup>41</sup> Auch der Wortlaut des Abs. 1 weist mit der Formulierung „unbeschadet der sonstigen in den Verträgen vorgesehenen Verfahren“ auf den Ausnahmecharakter hin.<sup>42</sup> Obgleich das Verweiswort „unbeschadet“ weder allgemeinsprachlich noch fachsprachlich eindeutig geklärt ist,<sup>43</sup> kann die Formulierung insoweit verstanden werden, als diese Norm nur zur Anwendung kommen darf, wenn damit kein „Schaden“ für andere Vertragsbestimmungen einhergeht.<sup>44</sup> Grund und Zweck der weitreichenden Handlungsbeugnisse der Union, also der Ausnahme, ist die Überwindung wirtschaftlicher Schwierigkeiten, beispielsweise – aber nicht nur – gravierender Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren (Abs. 1), bzw. die Bewältigung von Naturkatastrophen oder aussergewöhnlichen Ereignissen, die sich der Kontrolle des betroffenen Mitgliedstaates entziehen (Abs. 2). In diesem Sinne führten unter anderem auch, nun den *historischen* Blick einnehmend, die Schwierigkeiten in der Energieversorgung 2006 in Folge der Dispute zwischen Russland und der Ukraine dazu, dass der Lissaboner Vertragsgeber mit Art. 122 AEUV seine Vorgängerbestimmungen nur leicht modifiziert<sup>45</sup> beibehalten hat.<sup>46</sup>

Wenngleich das Unionsverfassungsrecht keine formalisierte Kategorie des Krisenrechts kennt, lassen sich daher Bestimmungen wie Art. 122 AEUV als krisenbedingte Ausnahmeregelungen identifizieren. Ähnlich sieht es die Europäi-

---

<sup>41</sup> Die Ausnahmestellung von Art. 122 AEUV im Rahmen der wirtschaftspolitischen Kompetenzverteilung auch betonend Ulrich Häde, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV – AEUV. Kommentar, Art. 122 AEUV Rn. 2; Doris Hattenberger, in: Schwarze/Becker/Hatje/Scho (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 122 AEUV Rn. 1; Franz C. Mayer & Philipp Lütkemeyer, Hamilton in Brüssel? Europa- und verfassungsrechtliche Aspekte der Reform des EU-Eigenmittelsystems und des Next Generation-Programms der EU, KritV 2020, S. 317–350, S. 328.

<sup>42</sup> So auch der Juristische Dienst des Rates in seinem Gutachten zu den Vorschlägen zu Next Generation EU vom 24.6.2020, 9062/20, Rn. 121.

<sup>43</sup> Johanna Wolff, „Unbeschadet“ – Zum praktischen Verständnis eines beliebten Wortes in deutschen und europäischen Normen und Verträgen, JZ 2012, S. 31–35.

<sup>44</sup> Vgl. auch das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates (Fn. 42), Rn. 121, wonach die Anwendung von Art. 122 Abs. 1 AEUV nicht zur Aushöhlung oder Umgehung anderer vertraglicher Rechtsgrundlagen führen dürfe.

<sup>45</sup> So die Einfügung von „im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“ und der Hinweis auf den Energiebereich in Abs. 1 sowie die kosmetische Streichung des Erfordernisses einer qualifizierten Mehrheit im Rat in Abs. 2, was sich bereits aus Art. 16 Abs. 3 EUV ergibt.

<sup>46</sup> Vgl. die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates zur Tagung vom 21. und 22. Juni 2007, 11177/07 CONCL 2, S. 22; hierzu auch Matthias Roth, Poland as Policy Entrepreneur in European External Energy Policy: Towards Greater Energy Solidarity vis-à-vis Russia?, Geopolitics 2011, S. 600–625, S. 616–618.

sche Kommission, wenn sie schreibt: „Art. 122 TFEU allows for targeted derogations from standard rules in exceptional crisis situations.“<sup>47</sup> Und auch der Rat vertritt die Auffassung, Art. 122 AEUV sollte „unter normalen Umständen“, für die andere Vertragsbestimmungen gelten, keine Anwendung finden.<sup>48</sup>

## 2. Bedeutung

Der Zuordnung einer Vertragsbestimmung, wie etwa jener des Art. 122 AEUV, zum Unionsausnahmeverfassungsrecht kann in einem ersten Zugriff eine normative, eine analytische und eine heuristische Bedeutung beigemessen werden.

In *normativer* Hinsicht ist, erstens, für eine differenzierte Anwendung des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* nach Art. 5 Abs. 4 EUV zu argumentieren, wonach Massnahmen gestützt auf solche Ausnahmeregelungen in einer strengen Konnexität zur Krise stehen müssen.<sup>49</sup> Umgekehrt widerspräche es dem *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, würden die in Krisenzeiten zugelassenen Instrumente auch in Normalzeiten verwendet werden, wären sie dann gerade nicht erforderlich und angemessen.<sup>50</sup> Zweitens spielt der Ausnahmecharakter bei der *Auslegung* der Norm eine Rolle. Unmittelbare Assoziation ist die bekannte Formel des EuGH: „Ausnahmen sind eng auszulegen“.<sup>51</sup> Im Grunde geht es jedoch nicht darum, die Bestimmungen des Unionsausnahmeverfassungs-

---

<sup>47</sup> Europäische Kommission, Q & A: Next Generation EU – Legal Construction, QANDA/20/1024, 9.6.2020, Abschn. 3. Kritisch hierzu Päivi Leino-Sandberg & Matthias Ruffert, Next Generation EU and its Constitutional Ramifications: A Critical Assessment, CMLR 2022, S. 433–472, S. 446, nach denen sich diese Ansicht nicht aus dem Wortlaut ergebe, sondern aus der klassischen Theorie zum Ausnahmezustand, wonach die normalen verfassungsrechtlichen Verfahren verlassen werden könnten. Dagegen ist vorzubringen, dass auch Art. 122 AEUV ein verfassungsrechtliches Verfahren bietet, namentlich ein Nicht-Gesetzgebungsverfahren, in dem der Rat als alleiniger Gesetzgeber auftritt; zu Art. 122 AEUV als Nicht-Gesetzgebungsverfahren siehe Nicholas Otto, Die Vielfalt unionaler Rechtsetzungsverfahren. Eine verfassungs- und verfahrenstheoretische Rekonstruktion der Funktions- und Organisationslogiken des Rechtsetzungsverfahrensrechts der Europäischen Union, Tübingen 2022, S. 112 f.

<sup>48</sup> Siehe Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates (Fn. 42), Rn. 121.

<sup>49</sup> Auf die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Kompetenz der EU in Krisenzeiten aufmerksam machte bereits Christopher Unseld, Verhältnismässig krisensicher – Wie Gerichte auf den Ausnahmezustand reagieren, in: Bauerschmidt et al. (Hrsg.), Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krise, Baden-Baden 2015, S. 141–187, S. 168 f.

<sup>50</sup> Vgl. Barczak (Fn. 5), S. 619 f.

<sup>51</sup> Ausführlich zu dieser Formel Marie Herberger, „Ausnahmen sind eng auszulegen“. Die Ansichten beim Gerichtshof der Europäischen Union, Berlin 2017. Früher auch schon Theodor Schilling, *Singularia non sunt extendenda*. Die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1996, S. 44–57.

rechts anhand anderer Methoden zu interpretieren als die übrigen Normen des Primärrechts.<sup>52</sup> Vielmehr gilt es, sie einerseits als Ausnahmen zu erkennen („Wahrnehmungsgebot“), um sie „treu und sensibel“<sup>53</sup> auszulegen, und sie andererseits ihrem Zweck entsprechend nur auf die geregelte Krisensituation anzuwenden und nicht räumlich und zeitlich auszuweiten („Ausweitungsverbot“).<sup>54</sup> Beide Ausprägungen der normativen Bedeutung des Unionsausnahmerechts kommen bei den einschlägigen Vertragsbestimmungen gleichwohl auch ohne dieses Konzept zum Tragen.

Dennoch erweist es sich als nützlich, wie seine beiden anderen Funktionen unterstreichen. In *analytischer* Hinsicht<sup>55</sup> vermag nämlich ein solcher *Schlüsselbegriff*, die krisenorientierten Primärrechtsbestimmungen systematisch zu bündeln. Auf diese Weise können strukturelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede identifiziert sowie Inkonsistenzen aufgedeckt werden. Schliesslich erweist sich die Zuordnung einer Vertragsbestimmung zum Unionsausnahmerechts in ihrer *heuristischen* Funktion als *Problemindikator*<sup>56</sup>: Sie macht darauf aufmerksam, dass sich Rechtssetzende und Rechtsanwendende in einem Bereich befinden, der besonderer juristischer und politischer Sensibilität bedarf. Gleichermassen mögen die Ausnahmeregel als *Vorboten* künftige Regeln andeuten.<sup>57</sup> Deren regelmässige Anwendung kann ein Indiz dafür sein, dass eine Änderung der Regel selbst notwendig ist.<sup>58</sup>

Im Ergebnis verspricht das Konzept des Unionsausnahmerechts, das Recht der Europäischen Union für Krisenzeiten kohärent zu erfassen und

---

<sup>52</sup> Vgl. auch Karl Riesenhuber, Die Auslegung, in: ders. (Hrsg.), Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2. Aufl., Berlin/New York 2010, Rn. 62.

<sup>53</sup> Franz Reimer, Apologie der Ausnahme. Rechtstheoretische Perspektiven, in: Kube/Reimer (Hrsg.), Ausnahmen brechen die Regel (Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht, Bd. 12), Berlin 2019, S. 71–89, S. 86.

<sup>54</sup> Zum Wahrnehmungs- und Ausweitungsgebot von Ausnahmen im Allgemeinen siehe Reimer (Fn. 53), S. 86; in eine ähnliche Richtung, auf das Unionsrecht bezugnehmend, Herberger (Fn. 51); vgl. auch Riesenhuber (Fn. 52), Rn. 62. Siehe im Übrigen das BVerfG, Urteil vom 6.12.2022, 2 BvR 547/21 und 2 BvR 798/21, Rn. 174, das in Art. 122 AEUV „eine grundsätzlich eng auszulegende Ausnahmevorschrift“ erkennt.

<sup>55</sup> Vgl. die analytische Dimension als „begrifflich-systematische Durchdringung des geltenden Rechts“ Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 23.

<sup>56</sup> Reimer (Fn. 53), S. 89.

<sup>57</sup> Ibid., S. 87. Vgl. zum bekannten Narrativ, dass aus der Ausnahme die neue Regel wird, Agamben (Fn. 11), S. 8 f.

<sup>58</sup> Niklas Luhmann, Kontingenz und Recht, Berlin 2013 [entstanden 1971], S. 277, siehe auch ebd., wonach „schon die einmalige Zulassung einer Ausnahme unter der Voraussetzung der Kontinuität des Systems Konsequenzen für die künftige Behandlung gleichartiger Fälle hat und so einen ersten Schritt zur Änderung der Regel impliziert.“

einen Kristallisationspunkt für den wissenschaftlichen Diskurs – aber auch darüber hinaus<sup>59</sup> – zu bieten. Seine normative und heuristische Bedeutung schlägt sich im nachfolgenden zweiten Teil dieser Untersuchung nieder.

## **D. Regieren der EU in Krisenzeiten**

### **I. Die Stunde der Exekutive**

Der zweite der Untersuchung zugrunde liegende Topos geht, wie bereits erwähnt, auf *Gerhard Schröder* zurück, der 1960 im Deutschen Bundestag folgende Wortmeldung abgab:

„Die Ausnahmesituation ist die Stunde der Exekutive, weil in diesem Augenblick gehandelt werden muß [...] Eine akute Lungenentzündung [...] wird nicht dadurch bekämpft, daß ein Ärztekongreß nach längeren Vorbereitungen einberufen wird, sondern dadurch, daß der nächsterreichbare Arzt [...] Penicillin verordnet, und zwar sofort.“<sup>60</sup>

Der Grund für „die Stunde der Exekutive“<sup>61</sup> wird sohin in der *zeitlichen Dringlichkeit* gesehen. Krisensituationen erfordern schnelles und pragmatisches Handeln, was im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens, das von langer Dauer und Komplexität geprägt ist, nur bedingt möglich ist.<sup>62</sup> Die Covid-19-Pandemie war im Verfassungsstaat denn auch nicht eine Stunde, sondern Wochen und Monate der Exekutive.<sup>63</sup>

### **II. Zum unionalen Organgefüge im Allgemeinen**

Die EU kennt bekanntlich keine klassische, dem Verfassungsstaat entsprechende Gewaltenteilung.<sup>64</sup> Vielmehr ist ihre Organstruktur geprägt vom Prin-

---

<sup>59</sup> Vgl. die Aufnahme der Habilitation *Kaisers* (Fn. 3) in die Sachbuch-Bestenliste in *Die Zeit* vom 24.6.2020, unter <[www.zeit.de/2020/27/leseempfehlungen-sachbuch-bestenliste-juli-august](http://www.zeit.de/2020/27/leseempfehlungen-sachbuch-bestenliste-juli-august)> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>60</sup> *Schröder* (Fn. 8), S. 7177 C.

<sup>61</sup> Zu dieser Formel im Kontext der Corona-Pandemie *Tristan Barczak*, *Die „Stunde der Exekutive“*. Rechtliche Kritik einer politischen Vokabel, *Recht und Politik* 2020, S. 458–468.

<sup>62</sup> Vgl. die Schweiz betreffend *Bernhard Waldmann*, *Staatsrechtliche Herausforderungen*, in: *Uhlmann/Höfler* (Hrsg.), *Notrecht in der Corona-Krise*. 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich 2021, S. 3–29, S. 9 f. M.w.N. zur Beteiligung des (Schweizer) Parlaments während der Corona-Pandemie *Mahlmann* (Fn. 12), S. 70–76.

<sup>63</sup> M.w.N. zur Schweiz und zu Deutschland *Mahlmann* (Fn. 12), S. 86–90.

<sup>64</sup> *Martin Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, München 2023, Art. 13 EUV Rn. 1. Vgl. auch *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung. Legitimation*

zip der Funktionen(zu)teilung:<sup>65</sup> Der Europäische Rat legt die politischen Leitlinien fest, die Kommission hält das Initiativmonopol, Rat und Parlament fungieren als Gesetzgeber, und der Europäische Gerichtshof kontrolliert die Rechtmässigkeit ihres Handelns.

Art. 10 Abs. 2 EUV statuiert die duale Legitimationsstruktur der EU, macht aber keine Vorgaben zur (Intensität der) Beteiligung der Organe am Rechtssetzungsverfahren.<sup>66</sup> Handeln sie im Rahmen ihrer Kompetenzen, ist ihr Handeln positivrechtlich demokratisch legitimiert.<sup>67</sup> Die in den Kompetenzbestimmungen vorgesehenen Rechtssetzungsverfahren mit den unterschiedlichen Beteiligungsformen der Unionsorgane lassen jedoch – oder gerade deshalb – Rückschlüsse auf die institutionelle Tiefenstruktur der Union zu.<sup>68</sup>

Wessen Stunde schlug nun während der Covid-19-Pandemie? Die der im Europäischen Rat und im Rat vertretenen Mitgliedstaaten, die des Integrationsmotors Kommission oder die des Parlaments als Vertretung der Unionsbürger:innen? Und hatte der EuGH die Gelegenheit, deren Handlungen zu kontrollieren?

### III. „Next Generation EU“ als Exempel

Das mit 750 Mrd. Euro in seinem Umfang bislang unübertroffene Wiederaufbauprogramm Next Generation EU ist ein illustratives Exempel – ob gut oder warnend<sup>69</sup> soll nachfolgend aufgezeigt werden – für das komplexe Zusammenspiel der Unionsorgane in Krisenzeiten.

---

und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005, S. 209 ff.

<sup>65</sup> *Nettesheim* (Fn. 64), Rn. 1; *Christian Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV – AEUV. Kommentar*, Art. 13 EUV Rn. 9.

<sup>66</sup> *Otto* (Fn. 47), S. 101, 200 ff. A.M. wohl *Christian Calliess & Moritz Hartmann*, *Zur Demokratie in Europa: Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit*, Tübingen 2014, S. 11, nach denen die demokratische Legitimation der EU von einer paritätischen Beteiligung von Parlament und Rat an der Gesetzgebung ausgeht.

<sup>67</sup> *Martin Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, München 2023, Art. 10 EUV Rn. 32.

<sup>68</sup> Vgl. *Martin Nettesheim*, „Next Generation EU“: Die Transformation der EU-Finanzverfassung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2020, S. 381–437, S. 411.

<sup>69</sup> Durch eine solche Wertung unterscheidet sich nach Kant der Begriff des Exempels vom Begriff des Beispiels, hierzu *Günther Buck*, *Kants Lehre vom Exempel*, *Archiv für Begriffsgeschichte* 1967, S. 148–183, insbes. S. 156.

## 1. Der politische Weg

Next Generation EU wurde in erster Linie vom Europäischen Rat und der Europäischen Kommission getragen und vorangetrieben.<sup>70</sup> So ersuchten nur wenige Wochen nach Ausbruch der Covid-19-Pandemie in Europa, am 26. März 2020, die Mitglieder des Europäischen Rates die Euro-Gruppe, Vorschläge zur Unterstützung der Wirtschaft auszuarbeiten.<sup>71</sup> Die Kommission präsentierte am 15. April 2020 ihre eigene Idee eines Unterstützungsinstruments, dessen Mittel sie, – den Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) von 2010<sup>72</sup> im institutionellen Gedächtnis<sup>73</sup> – ermächtigt durch Art. 122 AEUV, am Kapitalmarkt aufnehmen soll.<sup>74</sup> Nur wenige Tage später befürwortete die damalige deutsche Bundeskanzlerin Angela Merkel, Art. 122 Abs. 2 AEUV zu aktivieren.<sup>75</sup>

Der Europäische Rat nahm kurz darauf den Ball wieder auf, billigte den in der Zwischenzeit erarbeitete Bericht der Euro-Gruppe<sup>76</sup> und beauftragte die Kommission, einen Vorschlag für ein mit dem mehrjährigen Finanzrahmen ver-

---

<sup>70</sup> Vgl. für eine detaillierte Nachzeichnung des politischen Weges von NGEU David M. Herszenhorn, Lili Bayer & Rym Momtaz, The coronavirus recovery plan that von der Leyen built, Politico vom 16.7.2020. M.w.N. auch Bruno De Witte, The European Union's Covid-19 Recovery Plan. The Legal Engineering of an Economic Policy Shift, CMLR 2021, S. 635–682, S. 638 ff.

<sup>71</sup> Gemeinsame Erklärung der Mitglieder des Europäischen Rates vom 26. März 2020, Pkt. 14, abrufbar unter <[www.consilium.europa.eu/media/43085/26-vc-euco-statement-de.pdf](http://www.consilium.europa.eu/media/43085/26-vc-euco-statement-de.pdf)> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>72</sup> Verordnung (EU) Nr. 407/2010 (Fn. 6).

<sup>73</sup> Politico (Fn. 70). Zudem lag zu diesem Zeitpunkt bereits der Vorschlag der Verordnung zum den Arbeitsmarkt betreffenden SURE-Programm vor, das sich ebenso auf Art. 122 AEUV stützt; siehe sodann im Mai 2020 in Kraft tretend die Verordnung (EU) 2020/672 des Rates vom 19. Mai 2020 zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE) im Anschluss an den COVID-19-Ausbruch, ABl. L 159 vom 20.5.2020, S. 1.

<sup>74</sup> Erklärung der Kommissionspräsidentin von der Leyen auf der Pressekonferenz zur Reaktion der EU auf die Coronavirus-Krise vom 15.4.2021, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/statement\\_20\\_664](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/statement_20_664)> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>75</sup> Vgl. <[www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/statement-von-bundeskanzlerin-merkel-nach-der-sitzung-des-corona-kabinetts-1745252](http://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/statement-von-bundeskanzlerin-merkel-nach-der-sitzung-des-corona-kabinetts-1745252)> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>76</sup> Europäischer Rat, Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic, Press Release 223/20 vom 9.4.2020.

knüpfte<sup>77</sup> Aufbauinstrument auszuarbeiten.<sup>78</sup> Dabei mahnte Merkel die Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen: „Don't forget to talk to us“.<sup>79</sup> Ebenso warnte das *Europäische Parlament* die Kommission: Das Aufbauinstrument dürfe nicht ausserhalb der Gemeinschaftsmethode angesiedelt werden; das Parlament müsse an der Definition, Verabschiedung und Umsetzung des Programms beteiligt werden und ein Mitentscheidungsrecht haben.<sup>80</sup>

Ende Mai 2020 veröffentlichte die Kommission ihren finalen Vorschlag zu NGEU.<sup>81</sup> Unter Federführung der deutsch-französischen Allianz<sup>82</sup> fand er im Juli 2020 breite Unterstützung im Europäischen Rat.<sup>83</sup> Die Staats- und Regierungschefs stimmten im Wesentlichen dem Umfang des Aufbauprogramms zu und änderten lediglich die Aufteilung zwischen Zuschüssen und Darlehen.<sup>84</sup> Obgleich vom Europäischen Parlament aufgrund der Rechtsgrundlage und der damit fehlenden Mitentscheidung kritisiert,<sup>85</sup> verabschiedete der Rat als primärer Gesetzgeber die Rechtsakte schliesslich Ende 2020 bzw. Anfang 2021.

---

<sup>77</sup> Während Frankreich ursprünglich für ein eigenständiges Unterstützungsprogramm plädierte, erkannte die Kommission den grösseren Verhandlungsspielraum bei einer Verbindung mit dem gerade in Diskussion stehenden mehrjährigen Finanzrahmen, hierzu Politico (Fn. 70).

<sup>78</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 23. April 2020, abrufbar unter <[www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020/](http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020/)> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>79</sup> Politico (Fn. 70).

<sup>80</sup> Resolution of the Parliament on the new multiannual financial framework, own resources and the recovery plan, 2020/2631(RSP), 13.5.2020.

<sup>81</sup> Mitteilung der Kommission vom 27.5.2020, Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan, COM(2020) 442 final.

<sup>82</sup> Deutsche Bundesregierung, Deutsch-französische Initiative zur wirtschaftlichen Erholung Europas nach der Coronakrise, Pressemitteilung vom 18.5.2020, abrufbar unter <[www.bundesregierung.de/breg-de/service/archiv/deutsch-franzoesische-initiative-zur-wirtschaftlichen-erholung-europas-nach-der-coronakrise-1753760](http://www.bundesregierung.de/breg-de/service/archiv/deutsch-franzoesische-initiative-zur-wirtschaftlichen-erholung-europas-nach-der-coronakrise-1753760)> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023); hierzu auch Politico (Fn. 70) und De Witte (Fn. 70), S. 641.

<sup>83</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates zur ausserordentlichen Tagung vom 17.-21. Juli 2020, EUCO 10/20.

<sup>84</sup> Zum Vergleich der Zahlen des Kommissionsvorschlags und jener der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates Jorge Núñez Ferrer, Reading between the lines of Council agreement on the MFF and Next Generation EU, CEPS Policy Insights No. 2020-18, Juli 2020.

<sup>85</sup> Resolution of the Parliament on the conclusions of the extraordinary European Council meeting of 17-21 July 2020, 2020/2732(RSP), 23.7.2020, „[Members] regretted [...] the legal basis chosen to set up the recovery instrument which does not give a formal role to elected Members of the European Parliament.“

## 2. Die Dreifachabstützung

Damit ist bereits angedeutet: NGEU setzt sich aus verschiedenen Rechtsakten zusammen, genauer: aus drei Rechtsakten mit drei verschiedenen Rechtsgrundlagen. In der Literatur ist treffend die Rede von „skilful legal construction“<sup>86</sup> und „creative legal engineering“<sup>87</sup>, von „Legal-Hightech“<sup>88</sup> und „a very innovative legal architecture“<sup>89</sup>.

Das Aufbauprogramm ist nach einem Drei-Stufen-Modell konzipiert. Die erste Stufe betrifft die *Mittelbeschaffung*. Mit der gemäss Art. 311 Abs. 3 AEUV erfolgten Änderung des Eigenmittelbeschlusses<sup>90</sup> wurde die Kommission ermächtigt, bis 2026 bis zu 750 Mrd. Euro (zu Preisen von 2018; zwischenzeitlich: 806,9 Mrd. Euro) am Kapitalmarkt aufzunehmen.<sup>91</sup> Ebenso geregelt ist dort die Rückzahlung dieser Mittel: Bis spätestens Ende 2058 muss die Union die Verbindlichkeiten mit Mitteln aus ihrem Haushalt begleichen.<sup>92</sup> Reichen diese nicht aus, berechtigt der Eigenmittelbeschluss die Kommission, auf die Mitgliedstaaten zurückzugreifen – allerdings nur „als letztes Mittel“, wenn das benötigte Kapital nicht anderweitig, etwa durch kurzfristige Finanzierung am Kapitalmarkt, beschafft werden kann.<sup>93</sup>

Auf der zweiten Stufe regelt die auf Art. 122 AEUV gestützte EURI-Verordnung (*European Union Recovery Instrument, EURI*)<sup>94</sup> die *Mittelverwendung*. Als „control room“<sup>95</sup> verteilt die Verordnung die Anleiheerlöse auf verschiedene Programme und Massnahmen. Gleichzeitig legt der Rechtsakt die Art der finanziellen Unterstützung fest: Erstmals in der Unionsgeschichte erfolgt diese nicht

---

<sup>86</sup> Leino-Sandberg & Ruffert (Fn. 47), S. 437.

<sup>87</sup> De Witte (Fn. 70), S. 638.

<sup>88</sup> Frank Schorkopf, Die Europäische Union auf dem Weg zur Fiskalunion. Integrationschritt durch den Rechtsrahmen des Sonderhaushalts „Next Generation EU“, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 121 vom 9.10.2020, S. 11.

<sup>89</sup> Alberto de Gregorio Merino, The Recovery Plan: Solidarity and the living constitution, EU Law Live vom 6.3.2021.

<sup>90</sup> Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates vom 14.12.2020 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, Euratom, ABl. L 424 vom 15.12.2020, S. 1.

<sup>91</sup> Art. 5 Abs. 1 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053.

<sup>92</sup> Art. 5 Abs. 2 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053.

<sup>93</sup> Art. 9 Abs. 4 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053.

<sup>94</sup> Verordnung (EU) 2020/2094 des Rates vom 14.12.2020 zur Schaffung eines Aufbauinstruments der Europäischen Union zur Unterstützung der Erholung nach der COVID-19-Krise, ABl. L 433 vom 22.12.2020, S. 23 (EURI-Verordnung).

<sup>95</sup> Merino (Fn. 89), S. 4.

nur in Form von Darlehen (*borrowing for borrowing*),<sup>96</sup> sondern auch – etwas mehr als die Hälfte der Mittel – in Form von nicht rückzahlbaren Zuschüssen an die Mitgliedstaaten (*borrowing for spending*).<sup>97</sup>

Erst die dritte Stufe vollendet den Zweck von NGEU, indem durch Sekundärrechtsakte zu Unionsprogrammen die *Mittelverwaltung* festgelegt wird. Eine prominente Rolle spielt dabei, schon ihres Umfangs wegen (fast 90% der NGEU-Mittel), die gemäss Art. 175 Abs. 3 AEUV erlassene Aufbau- und Resilienzfazilität (*Recovery and Resilience Facility*, RFF).<sup>98</sup> Die RFF-Verordnung verteilt die durch die EURI-Verordnung zugewiesenen Mittel an die Mitgliedstaaten unter der Voraussetzung, dass diese die geplanten Reformen und Investitionen in Fazilitäts- und Resilienzplänen ausweisen,<sup>99</sup> die vom Rat vorab zu genehmigen sind<sup>100</sup>.

Während bei den bisherigen unionalen Aufbauprogrammen EFSM und SURE einzig Art. 122 AEUV als Rechtsgrundlage herangezogen wurde,<sup>101</sup> kam demnach bei NGEU eine *Dreifachabstützung* zum Einsatz. War diese „Art. 311-Art. 122-Art. 175-Dramaturgie“<sup>102</sup> rechtlich zwingend?

Zunächst der Blick auf die *Einnahmenseite* von NGEU: Art. 122 AEUV schliesst seinem Wortlaut nach die Ausgabe von Anleihen durch die Union nicht aus.<sup>103</sup> Ein finanzieller Beistand nach Abs. 2 setzt dennotwendig die Verfügung über finanzielle Mittel voraus, was für eine *implied power* spricht. Wie bei EFSM<sup>104</sup> und SURE<sup>105</sup> hätte sich daher die Mittelaufnahme am Kapitalmarkt auf Art. 122

---

<sup>96</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b EURI-Verordnung (EU) 2020/2094.

<sup>97</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a EURI-Verordnung (EU) 2020/2094.

<sup>98</sup> Verordnung (EU) 2021/241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.2.2021 zur Einrichtung der Aufbau und Resilienzfazilität, ABl. L 57 vom 18.2.2021, S. 17 (RFF-Verordnung).

<sup>99</sup> Art. 14 und Art. 17 RFF-Verordnung (EU) 2021/241.

<sup>100</sup> Art. 20 RFF-Verordnung (EU) 2021/241.

<sup>101</sup> Beachte: Als Rechtsgrundlage für die EFSM-Verordnung (EU) Nr. 407/2010 diene ausschliesslich Abs. 1 des Art. 122 AEUV, für die SURE-Verordnung (EU) 2020/672 hingegen sowohl dessen Abs. 1 als auch dessen Abs. 2.

<sup>102</sup> Ulrich Hufeld, Europäische Wirtschafts- und Währungsunion: Das System, in: Broemel (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht. Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, Baden-Baden/Zürich-St. Gallen/Wien 2022, S. 71 ff., Rn. 194.

<sup>103</sup> Vgl. zudem *Nettesheim* (Fn. 68), S. 392 f., wonach in der Praxis der letzten Jahrzehnten ein Einverständnis über eine ungeschriebene Kompetenz der Union zur Anleiheemission gesehen werden kann. Dahingegen negiert *Caroline Heber*, Europarechtliche Grenzen für den Wiederaufbaufonds, *EuR* 2021, S. 416–453, S. 437 f., Art. 122 AEUV als Rechtsgrundlage für Fremdmittelbeschaffung der Union; diese Bestimmung betreffe nur die Ausgabenseite.

<sup>104</sup> Vgl. 2 Abs. 1 EFSM-Verordnung (EU) Nr. 407/2010.

<sup>105</sup> Vgl. 4 SURE-Verordnung (EU) 2020/672.

Abs. 2 AEUV stützen lassen, zumal NGEU wie das erstgenannte Programm<sup>106</sup> durch den Unionshaushalt abgesichert ist. Der Rückgriff auf den Eigenmittelbeschluss hatte daher weniger rechtliche als politische Gründe. Dieser erfordert die Ratifikation durch alle EU-Mitgliedstaaten,<sup>107</sup> was nicht nur die Akzeptanz und demokratische Legitimation dieses umfangreichen Aufbauprogramms erhöht, sondern auch künftige Abänderungen der Mittelbeschaffung und -rückzahlung erschwert.<sup>108</sup>

Deckt Art. 122 AEUV die *Ausgabenseite* von NGEU?<sup>109</sup> Als krisenbedingte Ausnahmeregel ist eine Konnexität zwischen dem finanziellen Beistand und der zu bekämpfenden Krise erforderlich. Gerade dieser Punkt kann kritisch gesehen werden: Die über NGEU erhaltenen Mittel können die Mitgliedstaaten auch für Reformen in Richtung einer nachhaltigen, klimaneutralen und digitalen Wirtschaft einsetzen<sup>110</sup> – was ökologisch und ökonomisch sinnvoll ist, aber nicht zwangsläufig notwendig, um die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie zu meistern.<sup>111</sup> Es fehlt an der Dringlichkeit solcher Massnahmen, um sie zwingend auf Art. 122 AEUV abzustützen.<sup>112</sup> Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird ebenso wie das Ausweitungsverbot, wenn nicht verletzt, so doch tangiert.

---

<sup>106</sup> Deshalb auch die Begrenzung der Anleiheemission durch die Eigenmittel-Obergrenze, vgl. Art. 2 Abs. 2 EFSM-Verordnung (EU) Nr. 407/2010. Demgegenüber wurde in Art. 11 SURE-Verordnung (EU) 2020/672 ein von den Mitgliedstaaten einzurichtendes Garantiesystem geschaffen.

<sup>107</sup> Vgl. Art. 311 Abs. 3 S. 3 AEUV.

<sup>108</sup> De Witte (Fn. 70), S. 663; Nettesheim (Fn. 68), S. 388 und S. 393 mit Fn. 41. Mayer & Lütkemeyer (Fn. 41), S. 336, sind darüber hinaus der Auffassung, dass es bei NGEU im Gegensatz zum EFSM aufgrund der nicht rückzahlbaren Zuschüsse zu einem Finanzierungsdefizit kommen werde, der Rückgriff auf den Eigenmittelbeschluss deshalb geboten sei.

<sup>109</sup> Im Übrigen wäre weiter zu diskutieren, ob eine Doppelabstützung der EURI-Verordnung auf Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 122 AEUV notwendig war oder der Rückgriff auf den zweiten Absatz genügt hätte.

<sup>110</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 EURI-Verordnung (EU) 2020/2094; Art. 3 und Art. 4 RFF-Verordnung (EU) 2021/241.

<sup>111</sup> Kritisch auch Leino-Sandberg & Ruffert (Fn. 47), S. 450; Nettesheim (Fn. 68), S. 410–411; Schorkopf (Fn. 88), S. 12, sowie auch BVerfG, Urteil vom 6.12.2022, 2 BvR 547/21 und 2 BvR 798/21, Rn. 176–178.

<sup>112</sup> Vgl. hierzu auch EuGH, C-5/73, ECLI:EU:C:1973:109, *Balkan Import Export GmbH*, Rn. 14 f., der darauf hinweist, dass Art. 103 EWGV – die Vorläufernorm von Art. 122 Abs. 1 AEUV – herangezogen werden kann, um „notwendige[] Dringlichkeitsmaßnahmen“ zu erlassen.

Der Rückgriff auf die Krisenregelung des Art. 122 AEUV ist auch deshalb problematisch, weil das Parlament hier nur eine geringe Rolle spielt.<sup>113</sup> Es muss vom Rat lediglich über seinen Beschluss unterrichtet werden.<sup>114</sup> Im Rahmen von NGEU konnte das Parlament letztlich zwar doch noch ein Wörtchen mitreden, indem es als Co-Gesetzgeber die RFF-Verordnung gemäss Art. 175 Abs. 3 AEUV verabschiedete. Doch wird dort die Verwaltung der Mittel nur näher konkretisiert, so wie sie in der EURI-Verordnung bereits verteilt worden sind<sup>115</sup>. Letztgenannter Rechtsakt verdeutlicht mit seiner Rechtsgrundlage in Art. 122 AEUV, dass es sich um ein einmaliges, vorübergehendes Kriseninstrument handelt.<sup>116</sup> Auch die Kommission vertrat die Ansicht, dass ein solch umfangreiches Finanzpaket zusätzlich zum Unionshaushalt und ausserhalb des jährlichen Budgetverfahrens nur unter Rückgriff auf diese Ausnahmeregelung möglich ist.<sup>117</sup> Schliesslich hätte auch die Bestimmung zur Kohäsionspolitik (Art. 175 Abs. 3 AEUV) einer neuen – weiten – Interpretation bedurft, wenn sie allein die Verteilung dieses umfangreichen Finanzpakets hätte absichern sollen.<sup>118</sup>

### 3. Rückschlüsse auf das unionale Organgefüge

Im Grossen und Ganzen vermag die Dreifachabstützung – ebenjene Kombination – das NGEU-Wiederaufbauprogramm zu tragen. Die EU-Organe handelten im Rahmen der ihnen durch die Verträge übertragenen Kompetenzen und gemäss den dort festgelegten Rechtsetzungsverfahren. Das institutionelle Gleichgewicht, das zentrale Kennzeichen des organisatorischen Aufbaus der Union,<sup>119</sup> blieb gewahrt.<sup>120</sup> Nichtsdestoweniger illustriert dieses Beispiel, wer das Zepter in der Hand hat, wenn es darum geht, politisch, sozial und wirt-

---

<sup>113</sup> So auch *Nettesheim* (Fn. 68), S. 409 f.; in diese Richtung auch *Leino-Sandberg & Ruffert* (Fn. 47), S. 447.

<sup>114</sup> Eine Unterrichtungspflicht statuiert nur Art. 122 Abs. 2 AEUV, wohingegen dessen Abs. 1 überhaupt keine Mitwirkung des Parlaments vorsieht. Bei einer Doppelabstützung auf beide Absätze, wie bei der EURI-Verordnung, ist das Parlament daher zwingend zu unterrichten. Vgl. hierzu die Rechtsprechung des EuGH, wonach bei einer Doppelabstützung die Mitwirkung des Parlaments nicht umgangen werden darf, EuGH, C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, *Parlament / Rat*, Rn. 45–77.

<sup>115</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 EURI-Verordnung (EU) 2020/2094.

<sup>116</sup> Dieser Aspekt sei ein besonderes Anliegen Deutschlands und der sog. „frugal four“ gewesen, so *De Witte* (Fn. 70), S. 641; vgl. auch *ders.* (Fn. 34), S. 10.

<sup>117</sup> Europäische Kommission (Fn. 47).

<sup>118</sup> Vgl. *De Witte* (Fn. 70), S. 658, 680; *Leino-Sandberg & Ruffert* (Fn. 47), S. 444.

<sup>119</sup> EuGH, C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217, *Rat / Kommission*, Rn. 64; EuGH, C-425/13, ECLI:EU:C:2015:483, *Kommission / Rat*, Rn. 69.

<sup>120</sup> Hierzu auch *De Witte* (Fn. 70), S. 668 f., 674.

schaftlich gewichtige Reaktionsmassnahmen in unsicheren Zeiten zu ergreifen – auf den oben genannten Topos zurückkommend, wessen Stunde in der Pandemie schlug.

Zuvörderst schlug – auf den verschiedenen Mitwirkungsebenen – die *Stunde der Mitgliedstaaten*. Die entscheidenden Impulse – die Beauftragung der Euro-Gruppe und der Kommission mit der Ausarbeitung von Vorschlägen sowie die detaillierten Schlussfolgerungen vom Juli 2020<sup>121</sup> – setzte der *Europäische Rat*. Wie schon in anderen Krisen<sup>122</sup> verkörperte dieser eindrücklich seine Rolle als federführendes Organ (Art. 15 Abs. 1 EUV).<sup>123</sup> Die gesellschaftlich und politisch schwierige Krisenzeit, aber auch die gerade laufenden Verhandlungen über den mehrjährigen Finanzrahmen erforderten von den Staats- und Regierungschefs ein rasches und einvernehmliches Vorgehen. Dafür sorgten einmal mehr die beiden Gründungsstaaten Deutschland und Frankreich.

Die Mitgliedstaaten in ihrer Vertretung im Rat waren denn auch die primären Rechtsetzer von NGEU. Die Änderung des Eigenmittelbeschlusses bedurfte nach Art. 311 Abs. 3 AEUV ihrer Einstimmigkeit, der Erlass der EURI-Verordnung nach Art. 122 AEUV ihrer qualifizierten Mehrheit. Bei der RFF-Verordnung fungierte der Rat gemeinsam mit dem Parlament als Co-Gesetzgeber. Und schliesslich hatten die Mitgliedstaaten ein gewichtiges Mitspracherecht dadurch, dass die Mittelbeschaffung nicht in der EURI-Verordnung, sondern im Eigenmittelbeschluss geregelt wurde, was nicht nur Einstimmigkeit, sondern eben auch Ratifikation auf nationaler Ebene voraussetzte.

Desgleichen hatte die *Kommission ihre Stunde*. Sie war mit ihrer ersten Idee zu einem frühen Zeitpunkt, Mitte April 2020, ebenfalls eine massgebliche Impulsgeberin, nicht zuletzt, weil gerade sie über die notwendigen personellen und fachlichen Ressourcen für ein rasches Handeln verfügt.<sup>124</sup> Ende Mai machte sie – dann bereits mit Merkels und Macrons Rückhalt – von ihrem Initiativmonopol Gebrauch, und ihr Vorschlagstext diktierte die anschliessende Diskussion und Rechtsetzung.

---

<sup>121</sup> Nach De Witte (Fn. 70), S. 672, wirke die 65-seitige Schlussfolgerung „very much like legislative drafting“.

<sup>122</sup> M.w.N. De Witte (Fn. 34), S. 15. Vgl. aus politikwissenschaftlicher Sicht die Rolle des Europäischen Rates als Krisenmanager *Lucas Schramm & Wolfgang Wessels*, *The European Council as a crisis manager and fusion driver: assessing the EU's fiscal response to the COVID-19 pandemic*, *Journal of European Integration* 2023, S. 257–273.

<sup>123</sup> Ähnlich *Elena Waigel*, „Next Generation EU“. Aufbau, Rechtsgrundlage und Refinanzierung der eigenen Verschuldung der Europäischen Union im Eigenmittelsystem, Baden-Baden 2023, S. 28.

<sup>124</sup> Vgl. De Witte (Fn. 34), S. 15 f.

Das *Parlament* hingegen sah sich überwiegend mit *Wartezeiten* konfrontiert. Weder beim Verabschieden des Eigenmittelbeschlusses noch beim Erlass der EURI-Verordnung hatte es ein Entscheidungsrecht. Bei ersterem wurden seine Mitglieder lediglich angehört, bei letzteren gar nur nachträglich unterrichtet. Man mag das fehlende parlamentarische Mitspracherecht des Art. 122 AEUV grundsätzlich – im Sinne des zweiten Topos – mit der Dringlichkeit von Reaktionsmassnahmen in Krisenzeiten begründen können.<sup>125</sup> Jedoch dauerte das Rechtsetzungsverfahren zur EURI-Verordnung nicht nur wenige Tage wie damals bei der EFSM-Verordnung,<sup>126</sup> sondern mehrere Monate.<sup>127</sup> Die dritte Stufe von NGEU, die RFF-Verordnung, trat sogar erst im Februar 2021 in Kraft. Es wäre demnach ausreichend Zeit geblieben, eine andere rechtliche Struktur zu implementieren und dabei ein oder zwei Runden im Plenarsaal zu drehen. Das *Parlament* durfte dem NGEU-Programm nur noch nachträglich und indirekt mit der Annahme der RFF-Verordnung zustimmen. Bedauerlicherweise konnte die einzig direkte Vertretung der Unionsbürger:innen, obgleich ihre Entscheidungsbefugnisse in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich ausgebaut wurden bis hin zur Kompetenz als Haushalts(co)gesetzgeberin, bei einem solch wichtigen Schritt in Richtung „Fiskalunion“<sup>128</sup> lediglich eine Nebenrolle einnehmen.<sup>129</sup>

Der *EuGH* als judikative Gewalt im EU-Organgefüge wird voraussichtlich keine Gelegenheit mehr erhalten, sich zu den Rechtsgrundlagen des NGEU und den damit verbundenen Verbands- und Organkompetenzen zu äussern. Seine Stunde hat in diesem Zusammenhang nicht geschlagen. Damit bleibt das unionale Gerichtssystem, „das zur Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechts dient“<sup>130</sup>, bei der rechtlich neuartigen und politisch aufgeladenen Konstruktion des NGEU schlichtweg

---

<sup>125</sup> Das könnte nach *De Witte* (Fn. 34), S. 10, ein Gedanke des Vertragsgebers gewesen sein.

<sup>126</sup> Am 9.5.2010 veröffentlichte die Kommission ihren Vorschlag, COM(2010) 2010 final; am 11.5.2010 nahm der Rat die EFSM-Verordnung (EU) Nr. 407/2010 an, die sodann am 12.5.2010 publiziert wurde und am 13.5.2010 in Kraft trat.

<sup>127</sup> Hierauf verweisend *De Witte* (Fn. 70), S. 668 f.

<sup>128</sup> *Dirk Meyer*, Next Generation EU. Neues Eigenmittelsystem weist in eine Fiskalunion, *EuZW* 2021, S. 16–22; *Schorkopf* (Fn. 88); hierzu bereits früher u.a. *Hermann-Josef Blanke & Stefan Pilz* (Hrsg.), Die „Fiskalunion“. Voraussetzungen einer Vertiefung der politischen Integration im Währungsraum der Europäischen Union, Tübingen 2014; *Christian Calliess & Christopher Schoenfleisch*, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion“? – Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrags, *JZ* 2012, S. 477–487.

<sup>129</sup> Vgl. auch *De Witte* (Fn. 70), S. 668 f.; *Nettesheim* (Fn. 68), S. 396.

<sup>130</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, *Beitritt der EU zur EMRK*, Rn. 174.

„zahnlos“<sup>131</sup>. Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass sich aber das deutsche Bundesverfassungsgericht mit dem NGEU-Programm befasst hat: Anfang Dezember 2022 erkannte es im Eigenmittelbeschluss keinen Ultra-vires-Akt, und stellte gleichzeitig fest, Art. 122 AEUV sei als Rechtsgrundlage für die EURI-Verordnung „jedenfalls nicht unvertretbar“.<sup>132</sup>

## E. Fazit

Das Wiederaufbauprogramm Next Generation EU ist nicht das erste finanzielle Unterstützungsinstrument der EU, aber das bislang grösste und einzigartigste. Es ist zugleich ein *gutes und ein warnendes Exempel*<sup>133</sup>: gut, weil es ein erfolgreiches Zusammenspiel der mitgliedstaatlichen Kräfte in Krisenzeiten demonstriert; warnend, weil das demokratisch stark legitimierte Parlament in den zentralen Punkten nicht mitentscheiden konnte. Letztlich offenbart sich hier einmal mehr die gegenwärtige Tiefenstruktur des unionalen Organgefüges.<sup>134</sup>

Dennoch oder gerade deshalb sind die Bestimmungen des Unionsausnahmeverfassungsrechts mit Bedacht auszulegen und anzuwenden. Auf sie sollten nur solche Massnahmen gestützt werden, die zur Bewältigung einer Krise erforderlich und angemessen sind. Denn jedes neue Kriseninstrument ist ein Wegbereiter, ein *Vorbote*<sup>135</sup> für künftige Massnahmen in gleichgelagerten Fällen, die ihrerseits das unionale Organgefüge in Krisenzeiten zementieren, d.h. die mitgliedstaatliche Einflussosphäre stärken und das direkt gewählte Europäische Parlament schwächen.

---

<sup>131</sup> Leino-Sandberg & Ruffert (Fn. 47), S. 463 (eigene Übersetzung).

<sup>132</sup> BVerfG, Urteil vom 6.12.2022, 2 BvR 547/21 und 2 BvR 798/21. Siehe hierzu die Kommentierungen von Peter Hilpold, Next Generation EU und die „Einnahmensouveränität“: Das EU-Eigenmittelsystem vor dem BVerfG. Zugleich Bspr. von BVerfG 6.12.2022 – 2 BvR 547/21, 2 BvR 798/21, EuZW 2023, S. 169–175; Dirk Meyer, EU-Gemeinschaftskredite NextGeneration EU. Urteil des Bundesverfassungsgerichts ermöglicht Fiskalunion ohne Vertragsänderung, EuZW 2023, S. 221–226; Matthias Ruffert, Nikolaus 2.0, Verfassungsblog vom 9.12.2022.

<sup>133</sup> Vgl. oben Fn. 69.

<sup>134</sup> Vgl. Nettessheim (Fn. 68), S. 411.

<sup>135</sup> Vgl. oben Fn. 57.



**EuZ**  
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:  
**03 | 2024**

LEITARTIKEL:

**Chayanis Aueamnuay / Carmen  
Berjón / Stella Galehr / Luca Graf /  
Andreas Heinemann**  
**Digital Regulation in the European  
Union**

# Digital Regulation in the European Union

Chayanis Aueamnuay/Carmen Berjón/Stella Galehr/Luca Graf/  
Andreas Heinemann\*

## Content

|      |  |      |
|------|--|------|
| A.   | <a href="#">Introduction</a>                                       | C 2  |
| B.   | <a href="#">Digital Markets Act (DMA)</a>                          | C 4  |
| I.   | <a href="#">Context</a>  | C 4  |
| II.  | <a href="#">Content</a>  | C 6  |
| 1.   | <a href="#">Core Platform Services and Gatekeepers</a>             | C 6  |
| 2.   | <a href="#">Substantive Rules</a>                                  | C 7  |
| III. | <a href="#">Assessment</a>   | C 7  |
| IV.  | <a href="#">Outlook</a>  | C 8  |
| C.   | <a href="#">Digital Services Act (DSA)</a>                         | C 9  |
| I.   | <a href="#">Context</a>  | C 9  |
| II.  | <a href="#">Content</a>  | C 10 |
| 1.   | <a href="#">Subject matter and scope</a>                           | C 10 |
| 2.   | <a href="#">Which providers of online services are covered?</a>    | C 10 |
| 3.   | <a href="#">Obligations for providers of intermediary services</a> | C 11 |
| III. | <a href="#">Assessment</a>   | C 11 |
| IV.  | <a href="#">Outlook</a>  | C 12 |
| D.   | <a href="#">Data Act (DA)</a>                                      | C 13 |
| I.   | <a href="#">Context</a>  | C 13 |
| II.  | <a href="#">Content</a>  | C 13 |
| 1.   | <a href="#">Notions</a>  | C 13 |
| 2.   | <a href="#">Data access</a>  | C 14 |
| 3.   | <a href="#">Important exemptions</a>                               | C 15 |
| 4.   | <a href="#">Enforcement</a>  | C 15 |
| III. | <a href="#">Assessment</a>   | C 15 |
| IV.  | <a href="#">Outlook</a>  | C 16 |
| E.   | <a href="#">Data Governance Act (DGA)</a>                          | C 17 |
| I.   | <a href="#">Context</a>  | C 17 |

---

\* Chayanis Aueamnuay, MLaw, Carmen Berjón, MLaw, Stella Galehr, MLaw and LLM (UC Berkeley), and Luca Graf, MLaw and LLM (King's College London), are predoctoral assistants at the Chair of Commercial, Economic and European Law of Prof. Dr. Andreas Heinemann, University of Zurich, Faculty of Law.

|      |   |      |
|------|---|------|
| II.  | <a href="#">Content</a>   | C 17 |
| 1.   | <a href="#">Data held by public sector bodies</a>                                 | C 17 |
| 2.   | <a href="#">Data intermediaries</a>   | C 18 |
| 3.   | <a href="#">Data altruism</a>   | C 19 |
| 4.   | <a href="#">European Data Innovation Board (EDIB)</a>                             | C 19 |
| 5.   | <a href="#">Restriction of international data transfers</a>                       | C 19 |
| III. | <a href="#">Assessment</a>  | C 20 |
| IV.  | <a href="#">Outlook</a>   | C 21 |
| F.   | <a href="#">European Health Data Space (EHDS)</a>                                 | C 21 |
| I.   | <a href="#">Context – The EHDS: Crafting a Path for Electronic Health Data</a>    | C 21 |
| II.  | <a href="#">Content – Background and General Provisions</a>                       | C 22 |
| 1.   | <a href="#">Primary use (Art. 3 seq. EHDS proposal)</a>                           | C 22 |
| 2.   | <a href="#">Secondary use (Art. 33 seq. EHDS proposal)</a>                        | C 23 |
| III. | <a href="#">Assessment – Balancing Convenience with Data Security and Privacy</a> | C 23 |
| IV.  | <a href="#">Outlook</a>   | C 25 |
| G.   | <a href="#">Artificial Intelligence Act (AI Act)</a>                              | C 25 |
| I.   | <a href="#">Context</a>   | C 25 |
| II.  | <a href="#">Content</a>   | C 27 |
| III. | <a href="#">Assessment</a>  | C 28 |
| IV.  | <a href="#">Outlook</a>   | C 30 |
| H.   | <a href="#">Perspectives</a>  | C 30 |

## A. Introduction

Walter Hallstein, the first president of the European Commission (serving from 1958 to 1967), called the Commission the “motor” of European integration. Ever since, the presidents of the European Commission have tried to react to the challenges of their time by adopting ambitious programs that were intended to solve the problems of the present and shape the future. One milestone was the Delors Commission’s goal of achieving the single market by the end of 1992. In a similar vein, the Juncker Commission defined the goal of creating a “Digital Single Market” in 2015. This was based on the finding that very few consumers were shopping online in other Member States at the time, and that small and medium enterprises were not seizing the digital opportunities either. The regulatory hurdles were to be torn down by a series of measures, e.g. by the abolition of roaming charges (“roam like at home”), simple cross-border contract rules for consumers and businesses, easier cross-border parcel delivery, the prevention of unjustified geo-blocking

and the cross-border portability of online content services. Moreover, under the Juncker Commission, the General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>1</sup> was passed.

The von der Leyen Commission (2019-2024) is building on the work of its predecessors. It has commemorated the 30<sup>th</sup> birthday of the single market in 2023 and has made further work on a digital single market one of its six priorities. So, alongside the “European Green Deal” for example, “A Europe fit for the Digital Age” has launched a “Digital Decade” that is supposed to implement concrete targets and objectives by 2030. Nothing less is intended than a digital transformation that will extend far beyond the economic sphere. The basic text is the “European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade”, a joint declaration by the European Parliament, the Council and the European Commission, that connects the digital transformation to the European Union (EU)’s core values such as human dignity, freedom, equality and solidarity (Recital 1 of the Preamble). The declaration is more symbolic than legal since it has a “declaratory nature” and therefore “does not affect the content of legal rules or their application” (Recital 10 of the Preamble).<sup>2</sup> However, the declaration clarifies the significance of the general legal provisions for digital environments and places them in a general context. For example, the text vividly articulates: “What is illegal offline, is illegal online” (Recital 3 of the Preamble). And as far as the foundations of the economic system and the Internet are concerned, the declaration states that “everyone should have the possibility to compete fairly and innovate in the digital environment” (no. 11) and advocates “a neutral and open Internet where content, services, and applications are not unjustifiably blocked or degraded” (no. 3 b of the Declaration).

The different European strategies in the field of the digital economy are not easy to disentangle. Many initiatives overlap since a new Commission regularly has the ambition to add a new layer without necessarily discontinuing older projects. Therefore, the Digital Agenda for Europe from 2010, the “Digital Single Market” strategy from 2015, the “second Digital Agenda for Europe” from 2020 composed of the strategic communications “Shaping Europe’s Digital Future” and “Europe’s Digital Decade” are the expression of an increas-

---

<sup>1</sup> 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 L 119, 4 May 2016, 1–88.

<sup>2</sup> Therefore, the European Declaration on Digital Rights has been published in the “C” series of the EU Official Journal, not in “L”, see OJ 2023, 23 January 2023, C 23/1.

ingly pronounced digital strategy, which also has an international background. Digital Sovereignty shall be strengthened, and the EU wants to set its own standards, rather than following those of others.

The aim of this article is to provide an overview of the complex field of digital regulation in the EU by presenting the most important legislative texts. As dozens of measures are planned, a choice has to be made. In accordance with the European Commission's "clear focus on data, technology, and infrastructure"<sup>3</sup>, the Digital Markets Act (DMA) is placed at the beginning since its rules for gatekeepers and core platform services are essential for the entire architecture of the Internet and fair and open markets. While only a small number of very large Internet platforms are subject to this regulation, the Digital Services Act (DSA) contains rules for all providers of intermediary, hosting or platform services, whether they are large or small, with the intensity of regulation depending on their size. The DSA aims to prevent illegal activities and disinformation online and to effectively protect fundamental rights. As data is key to the digital economy, the European Commission has adopted a European Data Strategy that extends the single market objective to data. Several legislative acts are part of this strategy, for example the Data Act (DA) that provides rules on data sharing with respect to product data and related service data, the Data Governance Act (DGA) that aims to make more data available by promoting the development of trustworthy data-sharing systems, and the European Health Data Space (EHDS), that creates the first common EU data space for a specific sector. Finally, with respect to technology, the Artificial Intelligence Act (AI Act) will be portrayed. The AI Act would be a world first and has the potential to set a global standard for a technology with disruptive potential.

## **B. Digital Markets Act (DMA)**

### **I. Context**

The digital revolution has considerably stimulated competition by facilitating market access, accelerating transactions, expanding markets geographically and increasing the pressure to innovate to new dimensions. On the other hand, important economies of scale and scope, the ability to intermediate between different user groups, strong network effects, vertical integration as well as the control of large amounts of data and of intellectual property rights

---

<sup>3</sup> <[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en)>.

have led to lock-in effects and to considerable economic power.<sup>4</sup> As this power has not always been used responsibly, competition authorities have come into play. In Europe, the Google cases should be mentioned, especially *Google Shopping*<sup>5</sup> and *Google Android*<sup>6</sup>. However, the application of competition law (in particular Art. 102 TFEU) to these cases is complicated: Relevant markets have to be defined, dominance has to be proven and abusive behaviour has to be shown. It is not helpful that recent case law has created ambiguities regarding the correct application of Art. 102 TFEU, in particular with respect to the necessity of an *as efficient competitor* test (AEC test).<sup>7</sup> Moreover, the duration of procedures in Art. 102 TFEU cases has become unacceptable and stands in contrast to the dynamics of the digital economy.<sup>8</sup>

Against this background, it is not surprising that the European Commission has chosen a different path to solve the competition problems posed by the large Internet platforms. The result is the Digital Markets Act (DMA) which

---

<sup>4</sup> See the economic analysis of the platform economy in Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), OJ L 265, 12 October 2022, 1–66, Recital 2.

<sup>5</sup> EC, Commission Decision of 27 June 2017, Case AT.39740 – Google Search (*Shopping*); largely confirmed by the General Court: GC, Judgement of the General Court of 10 November 2021, Case T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – Google and Alphabet/Commission (*Google Shopping*); an appeal is pending before the European Court of Justice under case number C-48/22 P; see the opinion of Advocate General Kokott of 11 January 2024, Case C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:14.

<sup>6</sup> EC, Commission Decision of 18 July 2018, Case AT.40099 – Google Android; largely confirmed by the General Court: GC, Judgement of the General Court of 14 September 2022, Case T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541 – Google and Alphabet/Commission (*Google Android*); an appeal is pending before the European Court of Justice under case number C-738/22 P.

<sup>7</sup> See for example Di Giovanni Bezzi Raffaele, Anticompetitive Effects and Allocation of the Burden of Proof in Article 102 Cases: Lessons from the Google Shopping Case, JECLAP 2022, 112–124, 112; Heinemann Andreas, Comment on European Court of Justice, Lietuvos geležinkeliai AB/European Commission, EuZW 2023, 285–292, 292; regarding the future of the AEC test in the Guidelines on exclusionary abuses announced by the European Commission see Neven Damien J, The As-Efficient Competitor Test and Principle. What Role in the Proposed Guidelines?, JECLAP 2023, 565–581, 565.

<sup>8</sup> See for example the *Intel* case on the question of fidelity rebates that began with the complaint of the main competitor AMD in 2000 and is still not over, but pending a second time before the European Court of Justice (C-240/22 P); see the opinion of Advocate General Medina of 18 January 2024, Case C-240/22 P, ECLI:EU:C:2024:65. The procedure is further complicated by the fact that the Commission has since taken a new decision regarding the “naked restrictions” part of the case, which in turn has been challenged and is pending before the General Court (case T-1129/23).

was adopted in 2022 and became applicable on 2 May 2023.<sup>9</sup> The DMA is a new form of *ex ante* regulation for platform companies that control access to the Internet as gatekeepers. The new rules are not competition law in the proper sense, but are based on the internal market competence (Art. 114 TFEU). Contrary to traditional competition law, the DMA does not require an individual assessment of market positions or of the behaviour in question on a case by case basis and does not admit an efficiency defence or other objective justifications.<sup>10</sup> The hope is that this will speed up procedures considerably and maintain competition in the platform economy.

## II. Content

On the one hand, the DMA defines the concept of “core platform services” and “gatekeepers”, i.e. the conditions under which a firm falls within the scope of the DMA (1.). On the other hand, the rules are specified to which designated gatekeepers are subject (2.).

### 1. Core Platform Services and Gatekeepers

Only firms that run a “core platform service” are potential gatekeepers. Art. 2(2) DMA contains a list that exhaustively enumerates such core platform services, e.g. online intermediation services, online search engines, online social networking services, video-sharing platform services, operating systems and web browsers. According to Art. 3 DMA, however, a platform service provider in this sense can only be deemed a gatekeeper if it has a significant impact on the internal market (e.g. annual EU turnover  $\geq$  EUR 7.5 billion Euro or market capitalization  $\geq$  EUR 75 billion), if its core platform service is an important gateway for business users to reach end users (e.g.  $\geq$  45 million monthly active end users in the EU and  $\geq$  10 000 yearly active business users in the EU), and if it enjoys an entrenched and durable position (e.g. if the thresholds mentioned were met in each of the last three years). The presumptions triggered by the thresholds can be rebutted; on the other hand, one can also be declared a gatekeeper below the thresholds.

---

<sup>9</sup> Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), OJ L 265/1.

<sup>10</sup> Cf. Recitals 5 and 10 Regulation (EU) 2022/1925.

The designation as gatekeeper is constitutive. In September 2023, the European Commission designated six gatekeepers with a total of 22 core platform services.<sup>11</sup> These are the five companies traditionally known as GAFAM plus the Chinese company ByteDance that runs the video hosting service TikTok. As two of the major technology companies have meanwhile changed their names, the new abbreviation MAMBAA is suggested here.<sup>12</sup>

## 2. Substantive Rules

Designated gatekeepers have to comply with the DMA obligations for each of the designated core platform services. The catalogues of dos and don'ts in articles 5 to 7 form the nucleus of the DMA. They have been inspired by competition law cases,<sup>13</sup> but through the transformation into platform law they have gained autonomy. For example, gatekeepers must not combine personal data from a core platform service with any other data from the gatekeeper or third parties ("data silos"), prevent consumers from accessing businesses outside the gatekeeper's platform or do "self-preferencing", i.e. rank more favourably its own services compared to products of a third-party. Moreover, gatekeepers are obliged to inform advertisers and publishers in a timely manner about the details and calculation of prices and fees, to enable end users to un-install any software applications on the operating system of the gatekeeper, to allow third parties to inter-operate with the gatekeeper's services as well as to provide business users access to the data they generate and to grant end users effective portability of data.

## III. Assessment

The DMA constitutes an innovative approach to tackle the concentration of power in digital markets. While it is impossible to eliminate the strong economic forces of centralization such as economies of scale, network effects and control of big data, it is feasible to ensure that as much competition as possible is maintained in the markets neighbouring the gatekeepers' central platform services. The DMA is a response to shortcomings in the application

---

<sup>11</sup> <[https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-six-gatekeepers-under-digital-markets-act-2023-09-06\\_en](https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-six-gatekeepers-under-digital-markets-act-2023-09-06_en)>. Several appeals are pending before the General Court regarding the designation as gatekeeper or as a core platform service or the opening of a market investigation under the DMA, see pending cases T-1077/23, T-1078/23, T-1079/23, T-1080/23.

<sup>12</sup> MAMBAA: Meta, Alphabet, Microsoft, ByteDance, Amazon and Apple.

<sup>13</sup> See Caffarra Cristina/Scott Morton Fiona, *The Digital Markets Act: A Translation*, World Commerce Review, Spring 2021.

of traditional competition law. The procedures have become too slow, which is partly due to an incomplete economic approach that only takes into account the substantive law, but not the costs and duration of the procedure. The DMA takes an extreme swing in the opposite direction. Based on a “more legal approach”, the terms of gatekeeper and core platform services are defined in a formal manner, with great weight being given to presumptions, and lists of specific obligations and prohibitions are established. Neither relevant markets are to be defined, nor is an efficiency justification permitted. This is intended to avoid the lengthy disputes of classical competition law.

The question can be asked if the DMA would have been necessary if traditional competition law had been applied more effectively in the past. But perhaps even then, given the strong concentration tendencies in the digital economy, it would have been necessary to install a special mechanism to protect competition. Against this backdrop, the regulatory innovation introduced by the DMA should be viewed positively.

#### **IV. Outlook**

As the official title of the DMA indicates, its goal is to keep the digital sector contestable and fair. As the DMA itself emphasises, this task is enormous since some of the high-tech companies “exercise control over whole platform ecosystems in the digital economy and are structurally extremely difficult to challenge or contest” (Recital 3 DMA). It remains to be seen if the DMA will be up to its ambitions. In any case, the first steps are encouraging: The European Commission has designated the first gatekeepers and core platform services. Much will now depend on whether the application of the new rules will be as effective as planned. Will the designated gatekeepers comply voluntarily, or will lengthy proceedings arise which is what the new type of ex ante regulation was supposed to avoid? As the DMA covers a wide range of business strategies, there will certainly be turbulent developments here.

## C. Digital Services Act (DSA)

### I. Context

A landmark new set of EU rules for a safer and more responsible online environment has been launched with the entry into force of the DSA<sup>14</sup>, which came into full effect for all regulated entities on 17 February 2024.<sup>15</sup> The aim of the DSA is to improve the governance of digital services and markets in the EU by setting out harmonised rules for a safe, predictable and trusted online environment for consumers in the use of online platforms and digital services. These harmonised rules should create a level playing field for the digital economy in the EU, while facilitating innovation and competition in the internal market and effectively protecting fundamental rights.<sup>16</sup> Ultimately, this regulation is about responding to the need to regulate the digital space arising from digital transformation and the increased use of intermediary services.<sup>17</sup> It is for this reason that some have justifiably referred to the DSA as a *European constitution for the Internet*.<sup>18</sup> As a result, the EU, bestowed with the legislative function, is being described as *the Global Regulator of the Internet*.<sup>19</sup>

With the application of the DSA, a wide range of online intermediaries and platforms, including marketplaces, social networks, content sharing platforms, app stores and online travel and accommodation platforms that provide intermediary services, will be subject to due diligence obligations to combat illegal content, online disinformation or other societal risks.<sup>20</sup> The DSA creates comprehensive new obligations for digital services that connect consumers to goods, services or content, without being sector-specific. In other words, the DSA is a piece of regulation with a horizontal effect.<sup>21</sup>

---

<sup>14</sup> 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 L 277, 27 October 2022, 1–102.

<sup>15</sup> Art. 93 para 2 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>16</sup> Art. 1 para 1 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>17</sup> Recital 1 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>18</sup> See <<https://europe-calling.de/en/europe-calling-dsa-deal/>>.

<sup>19</sup> See Tourkochoriti Ioanna, The Digital Services Act and the EU as the Global Regulator of the Internet, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 24, No. 1, 2023, 129.

<sup>20</sup> <[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_en)>.

<sup>21</sup> Steinrötter Björn, Digital Services Act, in: Steinrötter Björn (ed.), *Europäische Plattformregulierung DSA | DMA | P2B-VO | DGA | DA | AI Act | DSM-RL: Rechtshandbuch*, Baden-Baden 2023, 24.

## II. Content

### 1. Subject matter and scope

To achieve its objectives of empowering and protecting users, preventing the dissemination of illegal content, and increasing transparency and accountability online, the DSA classifies online service providers into different categories. Each of these categories contains a set of specific obligations that online service providers must comply with. Given the nature of online services, which operate in a borderless world, the DSA applies the principle of substantial connection.<sup>22</sup> As a result, online service providers offering their services in the European Single Market are subject to the DSA, regardless of where they are established.<sup>23</sup>

### 2. Which providers of online services are covered?

The DSA categorises providers of intermediary services according to their role, size and the impact of their services in the online ecosystem. These categories include intermediary services, hosting services, online platforms and very large online platforms and very large online search engines (often referred to as “VLOPs and VLOSEs” for service providers reaching an average of 45 million or more online recipients in Europe<sup>24</sup> – equivalent to 10% of the EU population<sup>25</sup>). The European Commission has currently designated 20 VLOPs and 2 VLOSEs.<sup>26</sup> As the name suggests, service providers falling within the scope of VLOPs and VLOSEs must comply with additional rules because they are considered to pose a particular risk of spreading illegal content and causing social harm.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Art. 3 point (e) Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>23</sup> Art. 2 para 1 in conjunction with the definition provided for in Art. 3 point (d) Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>24</sup> Art. 33 para 1 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>25</sup> Recital 76 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>26</sup> The list of designated VLOPs and VLOSEs as of 1 March 2024 is available on <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/list-designated-vlops-and-vloses>>.

<sup>27</sup> <[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_en)>.

### 3. Obligations for providers of intermediary services

All providers of intermediary services falling within the scope of the DSA are required to comply with the general obligations laid down in Art. 4 to 15. While Art. 16 to 18 lay down further obligations for a broader category of providers of hosting services, Art. 19 to 32 lay down additional requirements for online platforms – classified as a subcategory of hosting services – such as social networks. The additional obligations relate to the fact that online platforms not only store users’ information, but also make this information available to the public as a main feature of the services they offer.<sup>28</sup> Although providers of intermediary services do not have a general duty of monitoring or active investigation to identify the illegal content that they transmit or store,<sup>29</sup> they do have a general duty to remove or disable access to such content once they become aware of its illegality.

As regards VLOPs and VLOSEs, additional obligations beyond those set out in the aforementioned Articles are contained in Art. 33 to 48. These obligations, which focus on enhancing users’ rights and protecting users engaged in online services, required VLOPs and VLOSEs, for example, to assess the impact and risks of their services on critical issues. These risks include, for example, negative impacts on electoral processes, public security, users’ physical and mental well-being, and fundamental rights such as freedom of expression and non-discrimination.<sup>30</sup> To mitigate these risks, VLOPs and VLOSEs need to take appropriate measures, such as adapting their content moderation tools to address the identified risks, or incorporating age verification and parental control tools in their services to protect children’s rights when the users concerned are minors.<sup>31</sup>

### III. Assessment

As Margrethe Vestager – Executive Vice-President of the European Commission – emphasised in an interview when asked what consumer organizations and users of digital services wanted to see in this legislation – “what is illegal in the real world [will] also [be] seen and treated as illegal in our online world”.<sup>32</sup> It seems fair to say that the DSA serves this purpose and improves the governance of digital services and online markets. Through the designation of

---

<sup>28</sup> Recital 13 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>29</sup> Art. 8 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>30</sup> Art. 34 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>31</sup> Art. 35 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>32</sup> <<https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/1-239322>>.

national Digital Services Coordinators, Member States will now be equipped with a full range of powers to monitor illegal content and goods in the digital world on an ongoing basis and to enforce this Regulation.<sup>33</sup> For major players, designated as VLOPs and VLOSEs, the DSA grants the European Commission both supervisory and sanction powers.

Failure to comply with an obligation set out in the DSA could result in a fine of up to 6% of the annual global turnover of the provider of intermediary service concerned.<sup>34</sup> The possibility of being subject to this substantial financial penalty will undoubtedly put providers of intermediary services on notice that any company that fails to comply diligently with the obligations imposed by the DSA may now face greater legal and financial risks.

#### **IV. Outlook**

Following the establishment of the DSA framework, which harmonises the conditions for the provision of intermediary services within the EU, the next challenge will undoubtedly be the effectiveness of its application. The principle of substantial connection embedded in the DSA, which makes its rules applicable to digital service providers regardless of their place of establishment or location, implies that its effects will be felt beyond the territories of the EU Member States and will have a global impact. Such a phenomenon is characterised as the “Brussels Effect”.<sup>35</sup>

In the context of the DSA, the Brussels effect has already raised some concerns in the United States, where many major players in digital services and online platforms are based. One of the concerns expressed is that the DSA’s goal of combating illegal content or online disinformation may come at the expense of restricting freedom of expression due to the imperfection of the relevant detection technologies used to distinguish legal from illegal content.<sup>36</sup> There is also a possibility that the application of the rules under the DSA could lead to conflicts with American laws due to the diverging views of the two regimes on the regulation and protection of freedom of expression or speech.<sup>37</sup> In either case, content moderation will inevitably become a challenge for online platforms that have their place of operation or substantial connection in both the EU and the United States.

---

<sup>33</sup> Art. 49 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>34</sup> Art. 52 para 3 Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>35</sup> Bradford Anu, *The Brussels Effect*, *Nw. U. L. Rev.*, Vol. 107(1) 2012, 19–22.

<sup>36</sup> Tourkochoriti, 138–144.

<sup>37</sup> See Nunziato Dawn Carla, *The Digital Services Act and the Brussels Effect on Platform Content Moderation*, *Chicago Journal of International Law*: Vol. 24: No. 1, Article 6, 115–128.

## **D. Data Act (DA)**

### **I. Context**

The DA focuses on a specific type of data: Data that is generated, collected or stored by companies through the use of products or services. While focused on a specific type of data, the act carries vast implications as its scope covers a large part of the data economy. Until the DA, manufacturing companies either exclusively held and developed this data, or it remained dormant, unused for innovation. The DA changes this landscape, allowing both companies and users to utilise user data. This shift has dual implications: Firstly, it breathes new life into existing data, fostering economic value through innovative uses. Secondly, it empowers users to understand the data they generate, enabling them to make informed decisions about its use.

The DA already entered into force on 11 January 2024 and will become applicable 20 months later, i.e. on 11 September 2025.

### **II. Content**

The DA focuses on access to data throughout sectors and industries, and in particular on the relationship between different actors. The underlying premise is that the potential of data can only be fully harnessed if access to and the use of data, as well as the value derived from it, is fairly allocated and not restricted to a few companies.<sup>38</sup> In a nutshell: The DA stipulates what fair access to, and the use of product or device generated data should look like, by determining who may access, which data in the data economy and under what conditions.

#### **1. Notions**

The definition of ‘data’ is very broad and captures “any digital representation of acts, facts or information and any compilation” of the three concepts. A ‘product’ under the DA is any item with the ability to generate “data concerning its use or environment, and that is able to communicate [that] data”, e.g., via an Internet connection or a nearby telephone networks. Broadly speaking, the DA therefore applies to Internet of Things (IoT) devices, such as fitness tracker

---

<sup>38</sup> Cf. Recital 2 Regulation (EU) 2023/2854 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act), OJ L, 2023/2854, 22 December 2023.

devices, smart home technologies, such as fridges, to production machinery, car data, and so on. Importantly, the DA's scope excludes products whose primary function is data storage or processing, such as, Cloud services. The 'user' can be a natural or a legal person. Therefore, the DA applies to both, B2B and B2C relationships. The 'data holder' is the legal or natural person, who has the right, or in some cases the obligation, to make the data available to 'data recipients', legal or natural persons other than the users, for commercial purposes.<sup>39</sup>

## 2. Data access

The DA mandates manufacturers to provide users *by default* with direct access to data generated by their products. Additionally, users must be informed, upon contract conclusion, about the types of data likely to be generated, how to access them, and about any intentions to share data with third parties.<sup>40</sup> In cases where data are not directly accessible through the product, users should have the ability to request this data through a simple process. Manufacturers must provide the requested data without undue delay, without charge, and, where relevant, in real-time.<sup>41</sup> Users can also enable third parties to request data. Again, the request must be addressed without undue delay, free of charge to the user, in real-time, and the data must be of the same quality as is available to the data holder.<sup>42</sup> The third party may be a data intermediary (as provided for in the DGA) and in this capacity facilitate sharing.<sup>43</sup> However, where data holders make data available in a B2B relationship, the data holder may ask for reasonable compensation and must comply with FRAND (fair, reasonable, and non-discriminatory) terms.<sup>44</sup> In order to further prevent unfair contractual

---

<sup>39</sup> Art. 2 paras 1, 2, 5, 6, 7 Regulation (EU) 2023/2854.

<sup>40</sup> Art. 3 paras 1, 2 Regulation (EU) 2023/2854.

<sup>41</sup> Art. 4 para 1 Regulation (EU) 2023/2854; on the possible configuration of "data accessibility by default", see Mendelsohn Juliane/Richter Philipp, § 20 Plattformspezifische Vorgaben des Data Acts, in: Steinrötter Björn, Europäische Plattformregulierung, Baden-Baden 2023, para 21.

<sup>42</sup> Art. 5 para 1 Regulation (EU) 2023/2854.

<sup>43</sup> See part E. Data Governance Act.

<sup>44</sup> See Art. 8 para 1 Regulation (EU) 2023/2854; some perceive the high transaction costs that come with the need to negotiate a contract with FRAND conditions as an obstacle to fulfilling the DA's objectives, see Kerber Wolfgang, Governance of IoT Data: Why the EU Data Act Will not Fulfill its Objectives, GRUR International 2023, 123.

terms in data sharing agreements, the DA restricts the terms one party can unilaterally impose in an order to strengthen the weaker party's negotiating position.<sup>45</sup>

### 3. Important exemptions

Entities designated as gatekeepers under the DMA<sup>46</sup> are not an eligible third party to request data.<sup>47</sup> Considering the significant economic influence wielded by gatekeepers, it would be disproportionate in relation to the data holders to subject them to access obligations and have gatekeepers as its beneficiaries.<sup>48</sup> Further there exists an additional limitation, whereby a third party is prohibited from exploiting its rights under the DA to gain a competitive advantage in markets where the data holder and the third party may be competing directly.<sup>49</sup> The sharing obligations also do not apply to micro, small and medium-sized enterprises.<sup>50</sup>

### 4. Enforcement

The enforcement of the DA lies within competent authorities in the Member States.<sup>51</sup> If a natural or legal person finds that their rights have been violated, they may lodge a complaint with the competent authority. When it comes to enforcing the DA regarding personal data, the responsibility remains with the Data Protection Authorities.<sup>52</sup>

## III. Assessment

The DA addresses a critical concern whereby manufacturers have historically maintained de facto exclusive control over generated data, depriving users and other stakeholders of potential benefits. This disparity is particularly pronounced considering existing interoperability provisions primarily focused

---

<sup>45</sup> Recital 58 et seq., Art. 13 et seq. Regulation (EU) 2023/2854; discussed also in more detail by Graf von Westphalen-Friedrich, *Das Datengesetz und seine umfassende AGB-Kontrolle für KMUs*, *EuZW* 2023, 1121 et seq.

<sup>46</sup> See part. B Digital Markets Act.

<sup>47</sup> Art. 5 para 2 Regulation (EU) 2023/2854.

<sup>48</sup> Recital 40 Regulation (EU) 2023/2854; some fear that gatekeepers could nonetheless access IoT data streams through backdoors, see Kerber, 130.

<sup>49</sup> Recital 32 Regulation (EU) 2023/2854.

<sup>50</sup> Art. 7 Regulation (EU) 2023/2854.

<sup>51</sup> Art. 31 para 1 Regulation (EU) 2023/2854.

<sup>52</sup> Art. 3 para 2 point h in combination with Art. 31 para 3 point b Regulation (EU) 2023/2854.

on personal data, which are now extending to encompass broader data sets. The underlying rationale is to mitigate network effects and reintroduce competitive dynamics into digital markets.<sup>53</sup>

Additionally, the DA provides notable exemptions for micro, small, and medium-sized enterprises, as well as gatekeepers, to accommodate differences in size as well as protect trade secrets. However, a concern arises regarding the potential breadth of these exemptions, which could hinder the act's objectives. Specifically, there is uncertainty about how trade secrets are protected under these exemptions, potentially leading to the withholding of certain data. Determining ex-ante whether a claim of trade secret protection is legitimate or veiled protectionism poses a challenge.<sup>54</sup>

It is essential to recognise that the DA does not supersede the GDPR. In cases involving personal data, provisions of the GDPR apply and require a lawful basis for processing. The DA itself does not constitute a lawful basis in this context.

#### **IV. Outlook**

Given the scope of the DA across various sectors and stakeholder levels, significant impacts are anticipated for both users and companies. Users are likely to have heightened awareness regarding the types of data generated by their behaviours, potentially leading to more informed utilization of this information. For instance, users may leverage data insights to explore cheaper alternatives in product aftermarkets, such as seeking out repair services. The extent to which different market sectors capitalise on these opportunities remains to be observed. As mentioned above, the DA will become applicable on 11 September 2025. The timing of the DA's implementation also aligns with the growing number of Artificial Intelligence (AI) applications. With the concurrent enforcement of the AI Act, there is a clear imperative for the availability and quality of data to feed and steer AI applications.

---

<sup>53</sup> Some criticise that the right to data portability under Art. 20 GDPR failed to achieve its goals and are skeptical as to why the mechanism of the Data Protection Act should work better, see Kerber 125 et seq.

<sup>54</sup> See Kerber, 126.

## **E. Data Governance Act (DGA)**

### **I. Context**

The DGA, as the name suggests, establishes a governance framework for the handling and sharing of data. The DGA is thus closely linked to the DA, as it creates processes and structures for the sharing of data between companies, individuals, and the public sector. By fostering trust in data sharing and strengthening available mechanisms, the DGA aims to increase the availability of data. Increased availability and quality of data shall consequently lead to more innovation and overall improved data use. So, while the DA sets out if and what data must be made accessible, the DGA stipulates *how* data can be shared.<sup>55</sup> The DGA has entered into force on 23 June 2022 and became applicable from 24 September 2023.

### **II. Content**

The DGA contains three key topics that will be further discussed: the reuse of certain categories of public sector data, data intermediation services, and so-called data altruism.

#### **1. Data held by public sector bodies**

The DGA encourages the reuse of data held by public bodies, which safeguard such data for reasons such as commercial or statistical confidentiality, protection of intellectual property rights, and data protection rights.<sup>56</sup> Public sector bodies include institutions such as public libraries, archives, museums, theatres and public broadcasting services.<sup>57</sup> Some data, such as data stored by public companies, as well as data stored for reasons of public security, defence or national security, do not fall within the scope of application.<sup>58</sup>

The DGA restricts exclusive use agreements to ensure that data is shared as freely as possible.<sup>59</sup> To increase transparency, public sector bodies must share the terms for reuse and those terms must be fair, transparent and

---

<sup>55</sup> See Schreiber Kristina et al, *Das neue Recht der Daten-Governance*, Baden-Baden 2023, 40.

<sup>56</sup> Art. 3 para 1 Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act), OJ L 152, 3 June 2022, 1-44.

<sup>57</sup> See Specht-Riemenschneider, Artikel 2, in: Specht Louisa/Hennemann Moritz (eds), *Handkommentar zum Data Governance Act*, para 147.

<sup>58</sup> Art. 2 para 2 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>59</sup> Art. 4 Regulation (EU) 2018/1724.

proportionate. The information must be shared via a “single information point” set up in each Member State, where also the permission for reuse of the data may be requested.<sup>60</sup> Essentially, this is intended to streamline and simplify access to data held by public sector bodies. These organisations have the discretion to impose fees for permitting the reuse of data. However, to incentivise reuse for non-commercial purposes and reuse by SMEs and start-ups, public bodies may provide data to these companies at a reduced price or even free of charge.<sup>61</sup>

It is important to mention that the DGA does not create any obligation for public sector bodies to share data, it merely sets up and harmonises the conditions under which they can do so.<sup>62</sup> The Member States continue to decide which data should be made available, to what extent and for what purposes.

## 2. Data intermediaries

The DGA regulates data intermediation services and sets out the ground rules for their operation. Data intermediaries are services that aim to establish business relationships involving the sharing of data, between data subjects and data holders on the one hand, and data users on the other. The act includes services that enable data subjects to exercise their data protection rights.<sup>63</sup> In order to become a data intermediary, the entity must meet certain requirements and must be registered with the competent authorities.<sup>64</sup> Intermediaries must not use the data for purposes other than putting them at disposal for data users. They must further ensure that access to their service is fair, transparent, and non-discriminatory for data subjects, data holders, and data users.<sup>65</sup> Data intermediaries shall operate as reliable coordinators of data sharing within the EU, providing a level playing field for all parties involved.<sup>66</sup>

Each Member State designates a competent authority responsible for the supervision and monitoring of data intermediary services. If a competent authority confirms that an intermediary service meets the requirements, that

---

<sup>60</sup> Art. 5 paras 1, 2 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>61</sup> Art. 6 paras 1, 4 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>62</sup> Art. 1 para 2 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>63</sup> Art. 2 para 11 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>64</sup> Art. 11 para 1 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>65</sup> Art. 12 lit a, f Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>66</sup> For an overview of different types of data intermediaries, see Carovano Gabriele/Finck Michele, *Regulating data intermediaries: The impact of the Data Governance Act on the EU's data economy*, CLSR 2023, 4.

service may use the designation “data intermediation services provider recognized in the Union” and the corresponding logo. This ensures that intermediaries are easily recognizable throughout the EU and benefit from the trust that the strict regulation is intended to create.

### 3. Data altruism

The third concept introduced by the DGA is data altruism. As the name suggests, it aims to promote the use of data for altruistic purposes. Data altruism describes the voluntary sharing of non-personal data by a data subject on the basis of consent, making data available to further objectives of general interest, such as projects related to healthcare, combating climate change, or for scientific purposes.<sup>67</sup> In order for people to “donate” their data, a culture of trust must be created and it must be ensured that the data is used for the stated purposes.<sup>68</sup> For this reason, like data intermediation services, organizations that fulfill the requirements laid down under the DGA, can – voluntarily – register with the competent authorities and carry the label “EU recognized Data Altruism Organisation” together with the corresponding logo.

### 4. European Data Innovation Board (EDIB)

To effectively implement the DGA, a new expert group is formed: the European Data Innovation Board. The board is composed of representatives from competent authorities, representatives of the European Data Protection Board, relevant EU agencies such as the EU Agency for Cybersecurity (ENISA), as well as other stakeholders, e.g., relevant industry representatives, academics and civil society.<sup>69</sup> The EDIB is tasked to coordinate national practices and strategies and provide support and advice to the Commission.

### 5. Restriction of international data transfers

The DGA establishes a regime for international transfers of non-personal data. The aim is to protect publicly held data that is being reused from foreign governmental access as well as to protect trade secrets and prevent infringements of intellectual property rights or industrial espionage.<sup>70</sup> Appropriate

---

<sup>67</sup> Art. 2 para 16 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>68</sup> It remains to be seen whether there is such an advantage or whether the bureaucratic effort is too great to obtain the certification, see also HK DGA-Specht-Riemenschneider, Artikel 11, para 18.

<sup>69</sup> Art. 29 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>70</sup> Recital 20 Regulation (EU) 2018/1724.

safeguards including technical, legal and organizational, must therefore be taken for transfers that could conflict with EU law or national law of a Member State.<sup>71</sup> In contrast to the known mechanism under the GDPR, not all transfers underlie this regime, but only those that create a potential conflict of law.<sup>72</sup> The Commission will provide for model standard contractual clauses or can adopt an adequacy decision if the level of protection is essentially equivalent to that of the EU. The need for implementing an adequacy decision will be identified by the introduced European Data Innovation Board.<sup>73</sup>

### III. Assessment

One important aspect of the DGA is that it will lead to increased awareness regarding data value. This can empower individuals and also SMEs to take a more active role in the data economy, by sharing and accessing data. This helps leveraging the full potential of data that is currently unused. The DGA provides for strict regulation of data intermediaries, which is aimed at fostering trust in data sharing. However, some question whether the DGA thereby truly enables data sharing or restricts it even further by imposing too many rules,<sup>74</sup> and whether its means contradict with its ends.<sup>75</sup>

Additionally, as with the DA, the DGA is not creating a legal basis for the processing of personal data and explicitly states the parallel application of the GDPR.<sup>76</sup> On the one hand, this ensures that the protection of personal data of data subjects is not undermined. On the other hand, remaining data protection hurdles and a lack of legal certainty with regards to the GDPR application may hinder the full potential of data sharing.<sup>77</sup> Another critical aspect to consider is the system established for international transfers, which mirrors the structure of the GDPR. The implementation of the GDPR in this regard has brought about numerous challenges, particularly concerning data transfers to jurisdictions with disproportionate government access. Despite the abundance of paperwork, doubts persist whether the mechanism is suitable to safeguard data.

---

<sup>71</sup> Art. 31 para 1 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>72</sup> See HK DGA-Specht-Riemenschneider, Artikel 31, para 12.

<sup>73</sup> Cf. Recital 21 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>74</sup> See von Ditfurth Lukas/Lienemann Gregor, The Data Governance Act - Promoting or Restricting Data Intermediaries? CRNI 2022, 270-295.

<sup>75</sup> See Carovano/Finck, 1.

<sup>76</sup> Art. 1 para 3 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>77</sup> See Savary Fiona, § 19 Plattformspezifische Vorgaben des Data Governance Acts, in: Steinrötter Björn, Europäische Plattformregulierung, Baden-Baden 2023, para 17; also von Ditfurth /Lienemann, 287.

The DGA also applies without prejudice to applicable competition law.<sup>78</sup> Therefore, while the DGA aims to foster collaboration around data use, it is crucial for entities to ensure that, while making use of new opportunities, they comply with competition law.<sup>79</sup>

## **IV. Outlook**

As of the writing of this article, the DGA has only been applicable for a few months, and there has been limited observable impact. A single data intermediary is listed on the Commission's website,<sup>80</sup> and no altruistic organizations thus far.<sup>81</sup> However, it is important to recognise that realising the long-term benefits of the setup of the DGA may require time, particularly as it is closely intertwined with other upcoming EU texts, such as the DA.<sup>82</sup>

## **F. European Health Data Space (EHDS)**

### **I. Context – The EHDS: Crafting a Path for Electronic Health Data**

Everybody wants it – no one has it (yet). The access to a Europe-wide pool of electronic health data. While the ambitions in this area are high, given the enormous potential that lies in the use of health data, the current barriers are even higher. However, while Switzerland is entangled in endless discussions regarding the secondary use of data, the EU took some actual steps towards the creation of a European Health Data Space (EHDS).<sup>83</sup> In May 2022 the European Commission unveiled its proposal for a EHDS, marking the initial step in aligning with its proposed “EU data strategy”.<sup>84</sup> The main objectives

---

<sup>78</sup> Art. 1 para 4 Regulation (EU) 2018/1724.

<sup>79</sup> Cooperation of data use still underlies competition law concerns, see Mendelsohn/Richter, para 11.

<sup>80</sup> <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-intermediary-services>>.

<sup>81</sup> <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-altruism-organisations>>.

<sup>82</sup> See also Carovano/Finck, 14.

<sup>83</sup> For the current situation in Switzerland, see: Sprecher Franziska, Digitalisierung im Gesundheitswesen – Zum Umgang mit Gesundheitsdaten und zur Schaffung von Gesundheitsdatenräumen, in: Epiney Astrid, Havalda Stefanie, Zlätescu Petru Emanuel (eds), Datenschutz und Gesundheitsschutz / Protection des données et protection de la santé, Zürich 2023, 29–44, 32.

<sup>84</sup> Communication from the Commission on a European strategy for data, COM (2020) 66 final; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space, COM (2022) 197 final.

of the EHDS are to encourage greater sharing of health data for primary use and to improve access to health data for secondary purposes, therefore facilitating control of personal health data for individuals on the one hand, and promoting access to relevant electronic health data to researchers, innovators and policy-makers on the other hand.<sup>85</sup> In order to achieve these aspiring goals, the proposal foresees the establishment and implementation of common technical standards and infrastructure.<sup>86</sup>

## II. Content – Background and General Provisions

The fact that the EHDS is the first of the data spaces to be created is not surprising, given the existing challenges in optimising efforts to improve the sharing of health data.<sup>87</sup> This is attributed to various legal and technical barriers, coupled with a general reluctance to share data.<sup>88</sup> In particular, the lack of uniform implementation and interpretation of the GDPR concerning health data has led to considerable legal uncertainty.<sup>89</sup> Additionally, the CBHC Directive<sup>90</sup>, which partially deals with the cross-border sharing of health data in Europe, has demonstrated ineffectiveness due to the voluntary nature of the guidelines established within its framework.<sup>91</sup> The European Commission's draft regulation aims to address these shortcomings. In essence, the proposal strives to enhance the sharing of health data through two main approaches:

### 1. Primary use (Art. 3 seq. EHDS proposal)

Today, individuals face difficulties in accessing and controlling their personal electronic health data, both in their own country and at the EU level.<sup>92</sup> The EHDS proposal seeks to enhance individual control over health data in relation to primary use by introducing certain rights and mechanisms complementing GDPR subject rights.<sup>93</sup> In particular, the proposal provides for individuals to have free access to their personal electronic health data and for each individual to be able to add or amend certain information in their electronic

---

<sup>85</sup> COM (2022) 197 final, 2.

<sup>86</sup> Li Wenkai/Quinn Paul, *The European Health Data Space: An expanded right to data portability?*, *Computer Law & Security Review* 52 (2024), 1-13, 1.

<sup>87</sup> Sprecher Franziska, *Gesundheitsdatenraum Schweiz*, *LSR* 2022, 131-133, 131.

<sup>88</sup> Li/Quinn, 5.

<sup>89</sup> COM (2022) 197 final, 1.

<sup>90</sup> Directive (EU) 2011/24 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross border healthcare, *OJ L* 88, 4 April 2011, 45-65.

<sup>91</sup> See Art. 14 Directive (EU) 2011/24; COM (2022) 197 final, 3.

<sup>92</sup> COM (2022) 197 final, 1.

<sup>93</sup> Li/Quinn 5.

health record (EHR).<sup>94</sup> Furthermore, by including the establishment of common standards and technical specifications for electronic health records, the Commission aims at creating a pan-European infrastructure to facilitate the sharing of essential components of EHRs across Europe.<sup>95</sup>

## 2. Secondary use (Art. 33 seq. EHDS proposal)

Not only the individual, but also research and innovation should benefit from easier access to electronic health data. The so-called secondary use of health data refers to the processing of electronic health data for specific purposes defined in chapter IV of the proposal.<sup>96</sup> Accordingly, electronic health data can be processed for secondary use *i.a.* for scientific research, activities for reason of public interest, for education and teaching activities and for the development and innovation of medicinal products or services.<sup>97</sup> However, seeking access to and processing electronic health data to take decisions detrimental to an individual, to exclude an individual from the benefit of insurance contracts and for advertising or marketing purposes is prohibited.<sup>98</sup> In order to enable the availability of data for these purposes, the EHDS proposes the establishment of so-called *health data access bodies*, designated by the Member States.<sup>99</sup> Data users seeking access to specific datasets must fulfil certain access requirements and have an obligation to explain the intended use, the reasons and the purpose of the access.<sup>100</sup> If the authorisation is granted, the health data access body requests the health data from the data holder, who shall put it at the disposal of the former within two months from receiving the request.<sup>101</sup>

### III. Assessment – Balancing Convenience with Data Security and Privacy

At first glance, the facilitated access to one's electronic health data may seem appealing, as certain processes, such as obtaining a medical prescription in another Member State, will be simplified. However, the risk of a data leak or of health data being used for purposes not foreseen in the EHDS could – if

---

<sup>94</sup> Art. 3 para 2 and 6 COM (2022) 197 final.

<sup>95</sup> Li/Quinn 5.

<sup>96</sup> Art. 2 para 2 point e COM (2022) 197 final.

<sup>97</sup> Art. 34 COM (2022) 197 final.

<sup>98</sup> Art. 35 COM (2022) 197 final.

<sup>99</sup> Art. 36 COM (2022) 197 final.

<sup>100</sup> Art. 45 COM (2022) 197 final.

<sup>101</sup> Art. 41 para 4 COM (2022) 197 final.

realised – undermine the credibility of the European institutions and citizens’ trust in them. Acknowledging this risk, the Parliament’s Committees on the Environment, Public Health and Food Safety (ENVI) and on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE) foresee in their joint report the mandatory storage of personal electronic health data within the EU which shall mitigate the risk of a data leakage.<sup>102</sup> However, further critique extends beyond general security concerns regarding the EHDS’ infrastructure, with specific apprehension surrounding data protection. An instance of this is the disapproval of the European Data Protection Board (EDPB) and the European Data Protection Supervisor (EDPS) to include data generated by wellness applications in the secondary use of health data under chapter IV of the proposal.<sup>103</sup> According to the EDPB and the EDPS, wellness applications generate significant volumes of highly invasive data (e.g. via mobile devices or wearables such as smart-watches) that differ in characteristics and quality requirements from those generated by medical devices.<sup>104</sup> While it might be possible to separate health data from other data types, making inferences about habits, including food practices, remains possible, which could result in unveiling highly sensitive information, such as religious orientation.<sup>105</sup> Moreover, the use of wellness applications for secondary use also reflects an invitation for Big Tech to strengthen their position in the EHR market and puts important market considerations at risk.<sup>106</sup> While recognizing the importance of providing individuals with convenient access to their health records, an unquestioning promotion of interoperability, without considering market imbalances, increases the likelihood of intensifying the reliance of crucial public functions on Big Tech and their infrastructures.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> Report A9-0395/2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the European Health Data Space (COM(2022)0197 – C9-0167/2022 – 2022/0140(COD)), 291.

<sup>103</sup> EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2022 on the Proposal for a Regulation on the European Health Data Space, 4.

<sup>104</sup> Joint Opinion 03/2022, 4; Sprecher (2023), 29.

<sup>105</sup> Joint Opinion 03/2022, 4.

<sup>106</sup> See e.g. Amazon partnering with One Medical to create the Amazon Clinic, <<https://www.forbes.com/sites/katiejennings/2023/11/08/amazon-primes-new-one-medical-discount-undercuts-amazon-clinic-prices/>>; Terzis Petros/Santamaria Echeverria Enrique, Interoperability and governance in the European Health Data Space regulation, *Medical Law International* 2023, 1-9, 4.

<sup>107</sup> Terzis/Santamaria Echeverria, 4.

## IV. Outlook

At time of writing, Parliament's Committees ENVI and LIBE adopted their joint report. Worth mentioning is the creation of a partial or entire opt-out mechanism for natural persons regarding the secondary use of health data.<sup>108</sup> The rapporteurs stress that in order to ensure the right to object under Art. 21 para 6 GDPR, an opt-out mechanism with regards to the secondary use of health data should be provided.<sup>109</sup> Although the opt-out model does not go far enough for many data protectionists because it is difficult to reconcile with the principle of digital self-determination, this step significantly restricts the Commission's former plan to create a European Health Data *Paradise* for researchers, innovators and public authorities.<sup>110</sup>

## G. Artificial Intelligence Act (AI Act)

### I. Context

*"We had one objective: to deliver a legislation that would ensure that the ecosystem of AI would develop with a human-centric approach, respecting fundamental rights and European values."*<sup>111</sup>

– Brando Benifei (co-rapporteur of the European Parliament on the AI Act trilogue).

Although the looming shadow of a (supposedly overdue)<sup>112</sup> Skynet may not have been on the mind of the EU institutions during the negotiations of the AI Act, the words above nevertheless suggest that the so-called "alignment problem"<sup>113</sup> is not merely relegated to the realm of science fiction. The AI Act puts forward an answer to the problem: alignment with European values.

The definitive version of the text is not yet available, as the Member States still have to vote on its final iteration. Consequently, the purpose of this

---

<sup>108</sup> Report A9-0395/2023, 290.

<sup>109</sup> Report A9-0395/2023, 290.

<sup>110</sup> Sprecher (2023), 43.

<sup>111</sup> Benifei Brando, Press conference of 9 December 2023, available at <<https://newsroom.consilium.europa.eu/events/20231206-artificial-intelligence-act-trilogue/142864-2-press-conference-part-2-20231209>>.

<sup>112</sup> According to the original terminator movie, the human resistance lead by John Connor is bound to destroy Skynet's defence system in 2029.

<sup>113</sup> For a seminal discussion on the AI alignment problem see Bostrom Nick, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford 2017.

contribution will be to give a general overview of the AI Act on the basis of its latest version.<sup>114</sup>

The AI Act sets up a legal framework with multiple, conflicting goals. It seeks to foster the development and use of AI in the internal market while also guaranteeing a high level of protection of European values such as health, safety, protection of fundamental rights, democracy, the rule of law, and environmental protection. According to the architects of the AI Act, these targets will be achieved through a combination of measures fostering innovation (with a particular focus on SMEs), and clear and robust rules which protect European values. The balance sought should enable the EU to remain a global leader in the development of secure, trustworthy, and ethical AI.<sup>115</sup>

The EU's chosen legislative instrument for AI regulation follows a proportional, risk-based approach. The AI Act consequently imposes its most stringent requirements only on those AI systems which present a high risk for such violations to occur and outright prohibits only certain AI applications which present unacceptable risks. The last residual category only deals with transparency obligations.<sup>116</sup> AI systems which do not fall under any of these risk categories are not subjected to any obligations under the AI Act. Yet, they remain subject to other EU laws like the General Product Safety Regulation when AI systems are integrated into other products<sup>117</sup> or the GDPR when AI systems process biometric personal data.<sup>118</sup>

The AI Act sets up a regulatory framework in which Member States and the EU (through the newly founded AI Office) collaborate in directing and overseeing private actors' own governance choices. The AI Office will be mainly responsible for the oversight of the most powerful General Purpose AI (GPAI) models

---

<sup>114</sup> For the latest (leaked) version of the text of 21 January 2024 see <<https://artificial-intelligenceact.eu/wp-content/uploads/2024/01/AIA-Final-Draft-21-January-2024.pdf>>; for the older, official text see Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts, COM/2021/206 final.

<sup>115</sup> Para 15 (Recital 5) AI Act.

<sup>116</sup> Para 24 (Recital 14) AI Act.

<sup>117</sup> See Regulation (EU) 2023/988 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 on general product safety, amending Regulation (EU) No 1025/2012 of the European Parliament and of the Council and Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and the Council, and repealing Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council and Council Directive 87/357/EEC, OJ L 135, 23 May 2023, 1–51.

<sup>118</sup> See Regulation (EU) 2016/679, see in particular Art. 9 Regulation (EU) 2016/679.

(e.g. ChatGPT and Dall-E), while national authorities will play a more prominent role (mostly in terms of market surveillance) in enforcing the rest of the AI Act.<sup>119</sup>

As such, the AI Act should not be understood as a regulatory instrument for AI as a technology itself but rather only for certain applications of AI. In particular, it shows features characteristic of product safety/liability regulations.

## II. Content

The AI Act differentiates between three risk levels: unacceptable risks, high risks, and low risks.<sup>120</sup> Additionally, GPAIs (although this last point is still the subject of contention) will be subjected to additional specific obligations, independently of whether the GPAI itself represents a high-risk application or whether it may be a component of another high-risk application.<sup>121</sup>

Art. 5 lists AI applications prohibited by the Act as they pose “unacceptable risks”. There are four main categories, with the first three applying across the board (points a, b and c), and the last one only to law enforcement (point d).

Points a and b respectively prohibit AI applications which use subliminal (and other comparable intentional manipulation techniques), and those that exploit particular groups’ vulnerabilities (stemming, for example, from disabilities, or specific social/economic circumstances).<sup>122</sup> Point c instead bans the use of AI for the evaluation of individuals (or groups) for social scoring based on social behaviour or personal characteristics.<sup>123</sup>

Point d is, at the moment, the most contentious of the “prohibited” practices, which finds itself in a debate between privacy and security.<sup>124</sup> It restricts the use of AI for real-time remote biometric identification in publicly accessible spaces. However, it also contains a list of exceptions. Examples are the search

---

<sup>119</sup> See EC, Commission Decision of 24 January 2024 establishing the European Artificial Intelligence Office, OJ C, C/2024/1459, 14 February 2024; see in particular Art. 3 AI Act; see also para 90 (Recital 80) AI Act.

<sup>120</sup> Para 24 (Recital 14) AI Act.

<sup>121</sup> Para 67a (Recital 57a) AI Act.

<sup>122</sup> Paras 181-182a (Art. 5(1) point a and b) AI Act.

<sup>123</sup> Paras 183-186 (Art. 5(1) point c) AI Act.

<sup>124</sup> <<https://www.euronews.com/my-europe/2024/01/30/could-the-eus-artificial-intelligence-act-increase-mass-surveillance-systems>>.

for victims of human trafficking, the prevention of terrorism but also broader categories such as the search for suspects of certain crimes,<sup>125</sup> for which Member States established a maximum prison sentence of at least four years.<sup>126</sup>

Title III covers AI Systems deemed “high risk” based on either Annex II or Annex III. Art. 6 (1) applies to AI systems which fall, either directly or through their integration as safety components of products, under certain EU harmonisation legislations. Examples range from toy safety regulation to civil aviation and machinery.<sup>127</sup> Art. 6 (2) instead is based on Annex III, which then classifies AI systems as high-risk directly through the Act itself. Examples are biometric identification systems, safety components of critical infrastructure, applications which impact education/vocational training, employment, and access to essential services.<sup>128</sup> It is also worth noting that, based on Art. 7, the Commission is empowered, under certain conditions, to update Annex III.

The last category of risks is focused on transparency. Art. 52 imposes transparency requirements on AI systems that, although not deemed high-risk, are going to interact with natural persons (this definition also includes all GPAIs). The purpose of this obligation is to enable individuals to be aware when they interact with an AI, give consent prior to their processing of biometric data, and be aware that the content they are exposed to has been altered (e.g. deepfakes).<sup>129</sup>

### III. Assessment

The AI Act’s chosen product liability approach shows several advantages. First, it pre-empts the fragmentation that would ensue from each Member State’s adoption of their individual AI regulations. Second, the risk-based approach allows prioritisation of the most serious risks and allows SMEs to reduce compliance costs. At the same time, reliance on private actors’ self-governance would reduce the public resources needed for monitoring compliance.<sup>130</sup> Third, the product safety regulation approach falls well within the area of competency and expertise of the EU as a mainly sectoral regulator, well poised to protect values like health and safety.

---

<sup>125</sup> For the list see para 806a (Annex IIa) AI Act.

<sup>126</sup> See para 189 (Art. 5(1) point d(iii)) AI Act.

<sup>127</sup> Para 200 (Art.6(1)) and paras 785-806 (Annex II) AI Act.

<sup>128</sup> See para 203 (Art.6(2)) and paras 807-837c (Annex III) AI Act.

<sup>129</sup> Paras 513-516a (Art. 52) AI Act.

<sup>130</sup> <<https://www.euronews.com/next/2024/02/01/commissions-staffing-and-financing-of-ai-office-raises-eyebrows-in-capitals>>.

However, this approach, biased towards the logic of market integration, is not without its shortcomings. At a conceptual level, the assessment of risks to fundamental rights does not follow the same logic of product safety, which is instead geared towards the protection of health/safety. To summarise a complex topic, the latter aims to establish technical parameters where it does not matter whether the system barely meets the minimum requirements or surpasses them with flying colours (i.e. a satisficing logic), whereas the former requires fundamental rights to be protected and promoted to the maximum extent, and only the least possible restrictions are accepted (best exemplified by the principle of proportionality's maximisation logic).<sup>131</sup> In this regard, the adoption of a separate type of assessment—which follows one of the two underlying logics, depending on whether the European value at stake is health/safety or the protection of a fundamental right—would have been a welcomed improvement. Such a change would also be realistic since the “high risk” classification based on either Annex II or Annex III mentioned above, already seems to reflect the health/safety and fundamental rights dichotomy to some degree.

The contrast between the two opposing logics can be observed in Art. 6 (2a) and (2b), which allows providers to exempt themselves from the substantive rules for high-risk systems if they deem that their AI System, despite falling under Annex III, nevertheless does not pose “significant risk of harm” to the values protected by the Act.<sup>132</sup> While this approach indeed reduces compliance and monitoring costs, it is perhaps underestimated how the person with the ability to decide what and why (i.e. on the basis of which logic) something poses “significant risks of harm” will radically change the impact of the Act.

From a completely opposite perspective, it has been questioned whether the AI Act is going to harm innovation. This sentiment has been most prominently echoed by Macron's words, “we will regulate things that we will no longer produce or invent”.<sup>133</sup> This objection can be countered by the fact that, as history teaches us, innovation's impact is never inherently beneficial (or harmful) but rather the outcome of political decisions which we make as a

---

<sup>131</sup> For a more in-depth discussion see Almada Marco/Petit Nicolas, *The EU AI Act: A Medley of Product Safety and Fundamental Rights?*, RSC Working Paper 2023/59, available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4617276](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4617276).

<sup>132</sup> See paras 203b-203k (Art. 6 (a) and(b)) AI Act.

<sup>133</sup> <https://www.ft.com/content/9339d104-7b0c-42b8-9316-72226dd4e4c0>.

society.<sup>134</sup> The AI Act is supposed to inject European values into the direction that innovation should take. Not every innovation should be sought, but only those that are compatible with fundamental rights and other basic values.

## IV. Outlook

The AI Act's text was adopted by the European Parliament and Council in December 2023 after three days of "marathon talks". It is now the turn of the Member States, which will discuss the text during the coming months. In particular, at the time of writing, the bloc of France, Germany, and Italy seem to oppose the text. Should the Act nevertheless be approved by the Member States, it is not expected to enter into force before 2025.<sup>135</sup>

## H. Perspectives

The overview of six key texts for the digital sphere illustrates the EU's great ambitions in the area of digital regulation. The DMA attempts to control bottleneck power, provides for a special mechanism against the tipping of markets and thus aims to counteract concentration trends with the overall objective to strengthen competition in markets that rely on the use of gatekeeper platforms. The DSA constitutes a European constitution for the Internet and contains rules with a horizontal effect that are intended to create a reliable online environment for consumers in the use of online platforms and digital services. While the DA provides for new rules on the access to data generated by IoT-Devices, the DGA establishes a general system of how data can be shared. Both regulations seek to improve the availability of data and thereby to increase its actual use. The EHDS project, on the other hand, would create the first common EU data space for a specific area, in which data sharing would be encouraged for primary use (individual use of health data) and secondary use (e.g. research and innovation). Finally, the AI Draft not only provides for transparency requirements and special product safety rules based on a risk-based approach but has the ambition to safeguard fundamental rights and values in the most disruptive area of the digital sphere.

All the texts presented here have one goal in common: to promote innovation in various ways. The fundamental question therefore is whether the European approach to regulation is suited to achieving this goal. On the one hand, it

---

<sup>134</sup> See Acemoglu Daron/Johnson Simon, *Power and Progress: Our Thousand-Year Struggle Over Technology and Prosperity*, UK 2023.

<sup>135</sup> <<https://www.theverge.com/2023/12/14/24001919/eu-ai-act-foundation-models-regulation-data>>.

is certainly conducive to innovation when data is made accessible that would otherwise have remained hidden and unused. Moreover, it seems obvious that the rules for the traditional economy should also apply in the digital world. On the other hand, the question may be raised as to whether further-reaching obligations, for example with respect to gatekeepers or AI, will impair the incentives for innovation. It cannot be overlooked that the accents are set differently here. With regard to interoperability, for example, the European and American approaches differ: while Europe traditionally points to the innovation-promoting effects of disclosure obligations, the USA rather tends to emphasise its innovation-dampening risks. On a more general level, with regard to the latest technologies, there is a risk that the EU will only be the world champion of AI regulation, while the US remains the world champion of AI.<sup>136</sup> Instead of relying on a “Brussels Effect”, it would be desirable if similar regulatory requirements could be achieved at a worldwide level. The Executive Order on AI by the American President creates hope for convergence.<sup>137</sup> However, it is crucial to go one step further and take the necessary measures in the global forums such as the WTO, in other words to strengthen rules-based multilateralism again. Nothing has changed in the truism that global problems can only be solved globally. This statement is particularly true for the challenges of the digital world.

---

<sup>136</sup> Heller Piotr, Weltmeister der Regulierung, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung of 17 December 2023, 53.

<sup>137</sup> President Joseph R. Biden, Executive Order 14110 of 30 October 2023 on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence <[www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence](https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence)>.



**EuZ**  
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

**Dorian Jano**  
**EU Accession Criteria and**  
**Procedures: Up for the Challenge?**

AUSGABE:

**04 | 2024**



# EU Accession Criteria and Procedures: Up for the Challenge?

Dorian Jano\*

## Table of Contents

|     |   |      |
|-----|---|------|
| A.  | <a href="#">Introduction</a>  | D 2  |
| B.  | <a href="#">Pre-Copenhagen Criteria – The Debate on the Origin of the Accession Criteria</a>  | D 3  |
| I.  | <a href="#">The Debate on the Evolution of Accession Criteria: Shifting from Geopolitical to Political Criteria</a>   | D 3  |
| II. | <a href="#">Democratic Principles in EU Accession: From Initial Prerequisites (1962) to Reinforcement (1973-1978) and Formalization (1993) of Democratic Values</a> | D 6  |
| C.  | <a href="#">Post-Copenhagen Criteria – The Many Faces of the Current Accession Criteria</a>   | D 7  |
| I.  | <a href="#">Institutionalization of EU Accession Criteria: Legal Framework and Ongoing Adjustments</a>  | D 7  |
| II. | <a href="#">From Classical to Multi-Step EU Accession Procedures: Introducing Flexibility, Reversibility, and Uncertainty</a>                                       | D 11 |
| D.  | <a href="#">Challenges and the Way Forward with the Accession Criteria</a>  | D 13 |
| I.  | <a href="#">Navigating the Challenges of Evolving Accession Criteria and Procedures</a>   | D 13 |
| II. | <a href="#">Rethinking EU Accession: Reclaiming Normative Consistency and Prioritizing Democratic Values</a>  | D 15 |
| E.  | <a href="#">Concluding Remarks</a>  | D 17 |

---

\* Assoc. Prof. Dr. Dorian Jano, PhD, is Jean Monnet Lecturer at the University of Amsterdam and Research Fellow of the ERC SolRoutes (101053836) project at the University of Genoa. The research reported here was conducted within the framework of the Jean Monnet Module on Enlargement and External Relation of the European Union (ENLARGEU, 101085529), funded by the EU. This work reflects only the views and opinions of the author, and the granting authority cannot be held responsible for them.

## A. Introduction

Russia's invasion of Ukraine has brought the issue of EU enlargement back to the forefront of the European Union's policy agenda. While Russia's war has rekindled the enlargement process, it has also sparked debates about the long-term continuity and credibility of the process, raising questions about the consistency of EU membership priorities and values and the pressing security concerns overshadowing long-term democratic transformations.

Since the “big bang” Eastern enlargement, the European Union's transformative power become central to EU enlargement studies, focusing on EU conditionality and compliance with accession criteria (Europeanization research) rather than mere EU membership.<sup>1</sup> Concerns have emerged regarding post-accession compliance in certain EU Member States (e.g., Hungary, Poland) and the limited transformative impact of EU accession criteria in Southeastern European countries (e.g., Bulgaria, Romania). The current complex enlargement process emphasizes the pivotal role of accession criteria and procedures in shaping the pathways to the EU membership process. The EU has evolved its accession procedures and criteria to ensure that aspiring member states express their willingness and demonstrate their capability and commitment to meet the EU's political, economic, and legal standards. The EU and its Member States consider stricter accession conditionality and additional obligations essential to (effectively) prepare aspiring members thoroughly before they become full members. However, since 2008, the EU has faced internal challenges, often called the “polycrisis”. This situation temporarily slowed the enlargement process, placing it on a temporary standby. During this period, the EU's focus on internal reform challenges disadvantaged candidate countries and the enlargement process.

Building on this context, our prior study in the 2000s examined the EU's approach towards the Western Balkans. We acknowledged the EU's irreversible enlargement strategy in the region and noted that EU membership

---

<sup>1</sup> Studies on EU enlargement involve two key research stages: the first one is an ontological examination of the incentives driving the enlargement process, that is the politics of EU Enlargement, including that of the EU member states and the applicants, answering the “why” question; the second one, a post-ontological stage, focus on the effects of enlargement (Europeanization) and addresses “how” and “to what extent” the process has altered potential candidate states. See *Schimmelfennig, F./Sedelmeier, U.*, Theorizing EU enlargement: Research Focus, Hypotheses, and the State of Research, *Journal of European Public Policy* 2002 9(4), pp. 500 – 528; *Grabbe, H.*, Europeanization Goes East: Power and Uncertainty in the EU Accession Process, in: *Featherstone, K./Radaelli, C.* (eds.), *The Politics of Europeanization*, Oxford University Press/Oxford, 2003, pp. 303 – 330.

would have taken more time than initially predicted. We argued that the primary concern at that time was not *whether* but *when* to achieve EU membership.<sup>2</sup> Two decades later, echoing the French President's statement, the predominant question on the current EU enlargement is not *whether* and *when* to enlarge but *how* to enlarge efficiently amidst the dynamic shifts in the geopolitical landscape.<sup>3</sup> The recent revival of the process underscores the need for a balanced approach that addresses both internal and external issues. The evolving landscape of EU enlargement, influenced by geopolitical events, security concerns, and internal challenges, necessitates carefully examining accession criteria and procedures.

This article explores the historical trajectory of EU accession criteria and procedures, unraveling the debates and shifts from pre- to post-Copenhagen eras. It scrutinizes the origins and evolution of membership norms, emphasizing the transition from geopolitical considerations to political criteria. The examination spans democratic principles' emergence in the accession process, tracing their development from initial prerequisites in the 1960s to formalization in 1993 with the Copenhagen Criteria. The post-Copenhagen phase is dissected, detailing the institutionalization of accession criteria and the transformation of procedures from the classical to multi-step EU Accession Procedures. Unveiling challenges, the article navigates the complexities of evolving criteria, advocating for a re-evaluation to reclaim normative consistency and prioritize democratic values back into the EU accession process.

## **B. Pre-Copenhagen Criteria – The Debate on the Origin of the Accession Criteria**

### **I. The Debate on the Evolution of Accession Criteria: Shifting from Geopolitical to Political Criteria**

The genesis of accession criteria and procedures in the context of EU enlargement triggers continuous scholarly debate, with varying perspectives on its origins.

---

<sup>2</sup> See Jano, D., EU–Western Balkans Relations: The Many EU Approaches, The Journal of the International University Institute of European Studies (IUIES) 2008 2(1), pp. 143 – 160.

<sup>3</sup> French President Emmanuel Macron's speech at the Globsec Conference in Bratislava stated, "For us, the question is not whether we should enlarge – we answered that question a year ago – nor when we should enlarge – for me, as swiftly as possible – but rather how we should do it." Closing speech by the President of the French Republic, 31 May 2023, available at <<https://www.elysee.fr/en/emmanuel-macron/2023/06/01/globsec-summit-in-bratislava>>.

The mainstream view suggests that earlier enlargements lacked explicit criteria. Scholars like Daniel C. Thomas argue about the evolution and the changing nature of the EU membership norms over time. He identifies four critical junctures with normative shifts in the European Community's self-definition that have consequently shaped the membership norms or triggered pressure for change in the existing accession criteria.<sup>4</sup> The initial democratic principles were established as essential criteria for membership due to aspirating states' contested and illiberal political context and the role of non-state EU actors.<sup>5</sup> On the other hand, other scholars exploring the historical evolution of the European Community's engagement with democratic and human rights have challenged the mainstream narrative, offering a different perspective on the origins and development of the EU's democratic and human rights regimes. They argue that democratic standards have been a consistent set of core norms and values since the inception of the European Community or even earlier, supporting the idea of a firm commitment to democratic principles by the European Community. Hartmut Behr argues that EU accession and its political ideas and practices are intricately linked to the legacies of 19th-century imperial rule.<sup>6</sup> Gráinne de Búrca contends that the European Community has been devoted to democratic ideals since its establishment, inspiring and influencing the Statute of the Council of Europe (1949) and, notably, the draft treaty for a European Political Community (1953).<sup>7</sup> At the same time, Emma De Angelis and Eirini Karamouzi associate the formal establishment of democratic principles with the 1978 Declaration on Democracy, which played a

---

<sup>4</sup> "...identify four eras in the evolution of EU membership norms over seven decades. From the signing of the Treaty of Rome in 1957 through the end of 1961, the EEC defined itself as a community of non-Communist states and expected any state seeking membership to fit this norm. Through the remainder of the 1960s, the EEC defined itself as a community of non-Communist parliamentary democracies. Starting about 1970 and continuing for another thirty-five years, the EEC (and later EC then EU) defined itself as a community of liberal democracies. Most recently, since about 2006, the EU has lacked a dominant conception of itself as a political community and thus of what type of state is eligible for membership". See Thomas, D. C., *The Limits of Europe: Membership Norms and the Contestation of Regional Integration*, Oxford University Press/Oxford, 2021, pp. 25 – 26.

<sup>5</sup> See Thomas, D. C., *Constitutionalization through enlargement: The contested origins of the EU's democratic identity*, *Journal of European Public Policy*, 2006 13(8), pp. 1190 – 1210.

<sup>6</sup> See, for example, Behr, H., *The European Union in the legacies of imperial rule? EU accession politics viewed from a historical comparative perspective*, *European Journal of International Relations*, 2007 13(2), pp. 239 – 262.

<sup>7</sup> De Búrca, G., *The Road not taken: The EU as a global human rights actor*, *The American Journal of International Law*, 2011 105(4), pp. 649 – 693.

crucial role in shaping the Community's approach to enlargement and served as a mechanism for consolidating emerging democracies within the European framework.<sup>8</sup>

Although there is no conclusive agreement on the origins of accession criteria, scholars generally acknowledge that core principles, although not explicitly articulated from the start, gradually became more concrete and formal over time, with increased scrutiny and comprehensive procedures. Thus, the historical evolution of accession criteria for countries seeking EU membership has been complex and dynamic. It has transitioned from an initial emphasis on geographic requirements laid down in the treaties founding the European Communities,<sup>9</sup> aiming to pursue peace and stability in Europe, to incorporating crucial political conditions such as democracy, the rule of law, and human rights. The initial emphasis on geography addressed practical considerations and post-war Europe's geopolitical context (European Non-Communist states), laying the foundational principle for the evolution of subsequent accession criteria. As the European Community progressed toward more political cooperation and economic integration and other European countries expressed their desire to become a part of it, additional criteria, including democratic governance, economic stability, and shared values, became the community's and membership's integral norms to ensure compatibility. The shift in emphasis from geography to democratic norms reflected the founding members' goal of preventing future conflicts among European nations and building a united Europe based on mutual interests and shared values. This transition marked a notable shift in the accession criteria of the European Community, moving from a geopolitically centered approach to more inclusive democratic eligibility standards.

---

<sup>8</sup> See *De Angelis, E./Karamouzi, E., Enlargement and the historical origins of the European Community's democratic identity 1961–1978, Contemporary European History, 2016 25, pp. 439 – 458.*

<sup>9</sup> “The treaties which founded the European Communities only mentioned a geographical criterion. Articles 98 of the European Coal and Steel Community, Article 237 of the European Economic Community, and Article 205 of Euratom stated that ‘any European State may apply to become a member of the Community’ (EEC and Euratom) or ‘accede to the present Treaty’” (ECSC). See *Janse, R., The Evolution of the political criteria for accession to the European Community 1957–1973, European Law Journal, 2018 24(1), pp. 57 – 76.*

## II. Democratic Principles in EU Accession: From Initial Prerequisites (1962) to Reinforcement (1973-1978) and Formalization (1993) of Democratic Values

A debate on democratic principles in the EU association and accession process emerged during the 1960s in response to several European states expressing interest in joining the European Community. Although the first countries to join, Denmark, Ireland, and the United Kingdom, had no significant problems with their democratic credentials, the persistence of dictatorships and authoritarianism in Mediterranean countries (Greece, Spain, Portugal, and Turkey) prompted the Community to focus on crafting political terms for future relationships, being either association with or accession to the European Community.<sup>10</sup> In 1962, the Birkelbach Report initiated a formal change in the prerequisites for joining the European Community, indicating the political and institutional aspects of the accession or association process with the EC, emphasizing democracy as an essential requirement for Community membership. Subsequent initiatives, including the Declaration on European Identity (1973), the Joint Declaration on Fundamental Rights (1977), and the Declaration on Democracy (1978), reinforced the notion of democracy and commitment to democratic values as a precondition for European Community membership.<sup>11</sup> These initiatives, coupled with other declarations and resolutions by the European Parliament, the Commission, and the Council on the issue of democracy as a fundamental value, played a crucial role in shaping the political discourse, criteria, and decisions on EU accession, eventually

---

<sup>10</sup> Greece was the first country to submit its formal application in June 1959, and sign the Association Agreement with the EEC in June 1961 but was suspended in 1967 during the 'Junta coup d'état' and military dictatorship. Spain's first formal request to join the European Community was in February 1962, but it was ignored because of Franco's dictatorial regime. Portugal requested to start the talks with the European Community in May 1970, but the accession talks were out of the question for as long as the country was under the authoritarian regime of Salazar. The European Community's political decision to suspend association and accession agreements with these Mediterranean countries was driven by their lack of alignment with democratic and human rights values, which the European Community aimed to uphold and advance. The principled stance on democracy and human rights became the normative foundation influencing decision-making on enlargement. See Verney, S., *Justifying the second enlargement: promoting interests, consolidating democracy or returning to the roots?*, in: H. Sjursen (ed.), *Questioning EU Enlargement: Europe in Search of Identity*, Routledge, 2006, pp. 19 – 43; Ekiert, G., *Dilemmas of Europeanization: Eastern and Central Europe after the EU enlargement*, *Acta Slavica Iaponica*, 2008 25, pp. 1 – 28, p. 2; Lippert, B., *Turkey as a special and (almost) dead case of EU enlargement policy*, in: *EU-Turkey Relations: Theories, institutions, and policies*, Cham: Springer International Publishing 2021, pp. 267 – 293, p. 270.

<sup>11</sup> For more on the argument see *De Angelis/Karamouzi* (footnote 8).

leading to the formalization of the now-known “Copenhagen criteria” for EU membership.<sup>12</sup> Established in 1993, the Copenhagen criteria not only codified existing enlargement practices<sup>13</sup> but also constitutionalized the democratic values of the European Community.<sup>14</sup> While they formally institutionalized the political, economic, and institutional aspects relevant to EU accession for the first time, they did not represent clear U-turns from preceding enlargement processes.<sup>15</sup> Instead, they have been continuously and progressively elaborated, becoming more articulate and systematic.<sup>16</sup> Furthermore, the prominence and significance of the political, economic, and institutional criteria in advancing or impeding enlargement, along with the level of scrutiny applied, differs in their relative importance across the different rounds of enlargements.<sup>17</sup>

## **C. Post-Copenhagen Criteria – The Many Faces of the Current Accession Criteria**

### **I. Institutionalization of EU Accession Criteria: Legal Framework and Ongoing Adjustments**

The Copenhagen criteria, established in 1993, serve as fundamental conditions for EU membership, assessing a country’s readiness to join the EU based on the institutional stability for democracy, a functioning market economy, and the ability to fulfill EU membership obligations.<sup>18</sup> Initially designed for

---

<sup>12</sup> See *Thomas* (footnote 4), p. 1206 – 1207; *De Angelis/Karamouzi* (footnote 8), p. 442 – 457.

<sup>13</sup> See *Kochenov*, D., Behind the Copenhagen façade: The meaning and structure of the Copenhagen political criterion of democracy and the rule of law, *European Integration Online Papers*, 2004 8, p. 23.

<sup>14</sup> *Thomas* (footnote 4); *Thomas*, D. C., Constitutionalization through enlargement: the contested origins of the EU’s democratic identity, *Journal of European Public Policy*, 2006 13, pp. 1190 – 1210.

<sup>15</sup> Even here, scholars take different approaches and consider the formal endorsement of the accession criteria at the Copenhagen European Council of 1993 as a U-turn in the enlargement process (e.g. see: *Dehousse, F./Coussens, W.*, The enlargement of the European Union: Opportunities and threats. *Studia Diplomatica*, 2001 54(4), pp. 1 – 139), whereas others, for example, have argued that the (Copenhagen) political criteria, except minority protection, were firmly established earlier in 1973 (e.g. see: *Janse* footnote 9).

<sup>16</sup> For details see *Hillion*, C., The Copenhagen criteria and their progeny, in: *Hillion*, C. (ed.), *EU Enlargement: A Legal Approach*, Hart/Oxford, 2004.

<sup>17</sup> See: *Wallace*, H., Enlarging the European Union: Reflections on the challenge of analysis, *Journal of European Public Policy*, 2002 9(4), pp. 658 – 665; *Kochenov* (footnote 13).

<sup>18</sup> Accession criteria, also known as the Copenhagen criteria, were established by the Copenhagen European Council in 1993 and strengthened by the Madrid European Council

Central and Eastern European Countries, these criteria have become standard accession conditions and crucial reference points for any enlargement policy or strategy. However, across various EU enlargement rounds, these criteria underwent incremental and asymmetric adjustments, guided by core principles and enriched with new elements. While not explicitly stated in the EU treaties, they supplement the provisions of Article 49 and Article 2 of the Treaty on the European Union (TEU), indicating a more formalized and institutionalized approach to the EU enlargement process.<sup>19</sup> Article 49 of the Treaty specifies that any European state respecting the values outlined in Article 2 (human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law, and respect for human rights, including the minorities' rights) and committed to promoting them may apply for Union membership.<sup>20</sup> The replacement of the previous assertion that the EU is "open" to any European state with the phrase "may apply" and the introduction of a new sentence stating that "the conditions of eligibility agreed upon by the European Council shall be taken into account" suggest the potential reluctance and re-nationalization towards further enlargements as the Union is not obligated to accept all European applicant states, and the conditions of membership eligibility (Copenhagen criteria) are subject to further development by the European Council.<sup>21</sup> The original Copenhagen Criteria for EU membership, having only a single referencing provision in the treaties and an additional statement empowering the European Council to provide further details, have undergone continuous

---

in 1995. They include stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities; a functioning market economy and the ability to cope with competitive pressure and market forces within the EU; the ability to take on the obligations of membership, including the capacity to effectively implement the rules, standards and policies that make up the body of EU law (the "acquis"), and adherence to the aims of political, economic and monetary union. See Accession criteria (Copenhagen criteria), EUR-Lex, Access to European Union law, available at <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/accession-criteria-copenhagen-criteria.html>>; Accession criteria, European Commission – Enlargement, available at <[https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/glossary/accession-criteria\\_en](https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/glossary/accession-criteria_en)>.

<sup>19</sup> See Hillion (footnote 16), pp. 20-22.

<sup>20</sup> Refer to the Summaries of EU legislation, Enlargement Chapter 16, Treaty on European Union – Joining the EU, available at <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/treaty-on-european-union-joining-the-eu.html>>.

<sup>21</sup> See Thomas (footnote 4), p. 82; Limante, A., The Western Balkans on the Way to the EU: Revisiting EU Conditionality, in: Meškić, Z./Kunda, I./Popović, D.V./Omerović, E. (eds.) *Balkan Yearbook of European and International Law 2020*, Springer/Cham, 2021, FT 39 and 40;

elaboration, growing into a detailed set of conditions through the EU Presidency and Council conclusions as well as Commission Opinions, Strategy Papers, Annual (Progress) Reports, Accession, and European Partnerships.<sup>22</sup>

Over time, the accession criteria expanded significantly, including detailed provisions and additional obligations known as Copenhagen “Plus” Criteria or post-Copenhagen Criteria.<sup>23</sup> For instance, the detailed administrative capacity criteria, introduced in 1995 during the Madrid European Council, emphasized the role of administrative and judicial capacities and structures in implementing the EU *acquis* effectively.<sup>24</sup> Furthermore, the 1994 Essen European Council’s Presidency Conclusions added to the accession criteria the good neighborliness conditionality, placing a strong emphasis on regional cooperation and good relations between candidate countries and/or member states with the aim to prevent conflicts from entering the Union.<sup>25</sup> This condition was re-affirmed in the 1999 Helsinki European Council, urging candidate countries to resolve any border disputes and other related issues.<sup>26</sup> The good neighborliness condition is seen as a mechanism to address security concerns related to unresolved issues, such as border disputes and minority protection,

---

<sup>22</sup> Emerson, M./Lazarevic, M./Blockmans, S./Subotic, S., A Template for Staged Accession to the EU, European Policy Centre and Centre for European Policy Studies, October 2021, p. 17.

<sup>23</sup> The Copenhagen accession criteria, once broadly defined, have evolved to include details and specific mechanisms previously not explicitly defined, such as, for example, the introduction of the managerial accountability approach in the administrations (part of Chapter 32 – financial control agenda), an implicit condition in previous enlargements and nowadays it is being introduced as a highly-detailed, explicit requirement, which needs to be proven in the accession process. See Mihajlović, M., *Away with the enlargement*, Discussion paper, European Policy Paper, 2018.

<sup>24</sup> See Dimitrova, A., *Enlargement, institution-building and the EU’s administrative capacity requirement*. *West European Politics*, 2002 25(4), pp. 171 – 190.

<sup>25</sup> “Being aware of the role of regional cooperation within the Union, the Heads of State and Government emphasize the importance of similar cooperation between the associated countries for the promotion of economic development and good neighbourly relations”. See European Council meeting on 9 and 10 December 1994 in Essen, Presidency Conclusions, available at <[https://www.europarl.europa.eu/summits/ess1\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/ess1_en.htm)>.

<sup>26</sup> In this respect, the European Council stresses the principle of peaceful settlement of disputes in accordance with the United Nations Charter and urges candidate States to make every effort to resolve any outstanding border disputes and other related issues. Failing this, they should, within a reasonable time, bring the dispute to the International Court of Justice. The European Council will review the situation relating to any outstanding disputes, in particular concerning the repercussions on the accession process and in order to promote their settlement through the International Court of Justice, at the latest by the end of 2004. See Helsinki European Council 10 and 11 December 1999, Presidency Conclusions, available at <[https://www.europarl.europa.eu/summits/hell\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/hell_en.htm)>.

in applicant countries.<sup>27</sup> The absorption capacity, often referred to as the “fourth” Copenhagen criteria, was first mentioned in the Copenhagen Council Conclusion of 1993,<sup>28</sup> yet with no significant impact on the timing of previous enlargements.<sup>29</sup> Although the notion of absorption capacity remains somewhat ambiguous, it has gained importance over time, particularly in recent years.

The European Union introduced additional accession criteria that considered factors such as the political situation of candidate countries and/or past experiences with EU enlargements. The Western Balkan countries faced additional accession criteria, shaped by insights gained from prior enlargements and addressing politically sensitive matters with a significant security dimension.<sup>30</sup> Initially, the EU’s primary focus in the region was on addressing the aftermath of the armed conflicts of the 1990s and promoting adherence to various political and peace agreements. To accomplish this, the EU conditioned the accession process to fulfilling international obligations (e.g., the full cooperation with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) and regional cooperation. Both criteria were crucial components of the Stabilization and Association process, integrated into the Stabilization and Association Agreement signed with the ex-Yugoslav countries, including Albania and excluding Slovenia. Other criteria included the resolution of bilateral disputes (such as the longstanding disagreement between Greece and North Macedonia over the latter’s name) and statehood issues (most notably for Kosovo and Serbia). Over time, accession criteria have been enriched

---

<sup>27</sup> See Basheska, E., *The Good Neighbourliness Condition in the EU Enlargement*, *Contemporary Southeastern Europe*, 2014 1(1), pp. 92 – 111, p. 99.

<sup>28</sup> The Copenhagen Council Conclusion of 1993 refers to “[t]he Union’s capacity to absorb new members, while maintaining the momentum of European integration, is also an important consideration in the general interest of both the Union and the candidate countries”. See European Council, *Conclusions of the Presidency – Copenhagen*, June 21-22, 1993, SN 180/1/93 REV 1, p. 13.

<sup>29</sup> See Petrovic, M., (What about) the further enlargement of the EU? In between European enlargement fatigue and Balkan instability challenges, *Australian and New Zealand Journal of European Studies*, 2009 1(2), p. 46.

<sup>30</sup> In the case of the Western Balkans, the EU’s special requirements included full cooperation with the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY), as well as normalization of relations with Kosovo; then, resolution of bilateral standoffs such as between Greece and North Macedonia over the name issue. See Balkans in Europe Policy Advisory Group (BiEPAG), *The Unfulfilled Promise: Completing the Balkan Enlargement*, *Policy Paper*, 2014; Kmezić, M., *The Western Balkans and EU Enlargement: Lessons learned, ways forward and prospects ahead*. Policy Department, Directorate-General for External Policies, 2015, p.13, available at <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/534999/EXPO\\_IDA\(2015\)534999\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/534999/EXPO_IDA(2015)534999_EN.pdf)>.

with new elements from the critical lessons learned from previous accession experiences. The rule of law and judicial reform became the primary focus for Western Balkan accession, informed by experiences with Bulgaria, Romania, and Croatia.<sup>31</sup>

## **II. From Classical to Multi-Step EU Accession Procedures: Introducing Flexibility, Reversibility, and Uncertainty**

In terms of procedures, the accession process has shifted from the classical method to a multi-step and open-ended approach, dividing EU *acquis* chapters into clusters with intermediary conditions, allowing greater flexibility or reversibility before proceeding further or stopping the process if regress occurs. The earlier accession process was characterized by the “classical Community method,” focusing on the applicant’s acceptance of the EU *acquis* and the negotiations of the transition periods,<sup>32</sup> whereas the current process is more complex, introducing the multiplication of procedural steps and an increasing role of EU member states.<sup>33</sup> Although the EU enlargement process is an “updated version” previously applied in the earlier enlargement rounds, it has nonetheless embraced a multi-step process with stages and reversibility and introduced mechanisms to steer and restrain the process at all stages and at any time. The classical procedure was characterized by a relatively straightforward process consisting of issuing the Commission opinion on the candidate’s readiness, the opening and closing of negotiations, the treaty signing and ratification, and then the accession of the candidate country. Often, the first two Copenhagen Criteria (the democracy and market economy) should be fulfilled before the opening of EU accession negotiations, whose primary focus is the adoption and implementation of the EU *acquis* (the third Copenhagen Criteria). The EU *acquis* is divided into various policy areas (chapters), the number and arrangement of which have evolved over time.<sup>34</sup> The revised enlargement methodology has introduced a multi-step process, breaking down the *acquis* chapters into clusters, each marked by

---

<sup>31</sup> See: *Fagan, A./Sircar, I., Judicial Independence in the Western Balkans: Is the EU’s “New Approach” Changing Judicial Practices*, MAXCAP Working Paper Series, 2015; *Börzel, T. A., Building Member States: How the EU Promotes Political Change in its New Members, Accession Candidates and Eastern Neighbors*, Geopolitics, History, and International Relations, 2016 8(1), pp. 76 – 112, p. 93.

<sup>32</sup> see *Preston, C., Enlargement and Integration in the European Union*, Routledge/London, 1997.

<sup>33</sup> See *Hillion, C., EU Enlargement: The evolution of EU law*, in: P. Craig/G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press/Oxford, 2011, pp. 188 – 216.

<sup>34</sup> *Dudley, D., European Union membership conditionality: the Copenhagen criteria and the quality of democracy*, *Southeast European and Black Sea Studies*, 2020 20(4), 525 – 545.

specific intermediary conditions, and with fundamentals to be open first and close last, deciding the accession.<sup>35</sup> This new methodology and approach allow for greater flexibility and scrutiny at each stage, introducing conditions that must be met before proceeding further or stopping the process if conditions are not met or regress has been made, thus making the process reversible.<sup>36</sup> Unlike previous rounds, the current accession negotiations are open-ended, with no guaranteed membership beforehand. The 2004 European conclusions made the process flexible and uncertain, introducing long transition periods, derogations, specific arrangements, or permanent safeguard clauses.<sup>37</sup> Even though a country may open and close negotiations on different groupings of the *acquis* chapters (according to the new methodology as of 2020), the accession time may not be specified, and other exemptions may restrict membership entitlement.<sup>38</sup> The new methodology provides instruments for phasing negotiations throughout time, and the additional pre-accession requirements to resolve existing “open issues” with EU member states are all “temporal devices” that could halt the process and delay accession at any time. The case of Turkey best illustrates the complex multi-step and open-ended accession negotiations since it applied in 1959, signed an association agreement in 1963, faced rejection of its application for full membership in 1987, officially gained candidacy status in 1999 but initiated accession negotiations only in 2005, and from 2019 it is facing a suspension of accession negotiations as a result of the European Council decision.

---

<sup>35</sup> See European Commission, A more credible, dynamic, predictable and political EU accession process – Commission lays out its proposals, Press release, 5 February 2020, Brussels, available at <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_20\\_181](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_181)>.

<sup>36</sup> See also Steunenbergh, B./Dimitrova, A. L., Compliance in the EU enlargement process: The limits of conditionality, *European Integration online Papers (EIoP)*, 2007 11(5), p. 11.

<sup>37</sup> See Council of the European Union, Presidency Conclusions, 16238/1/04 REV 1 CONCL 4, Brussels, 1 February 2005, available at <[https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/83201.pdf](https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/83201.pdf)>.

<sup>38</sup> Uğur, M., Open-ended membership prospect and commitment credibility: Explaining the deadlock in EU-Turkey accession negotiations, *Journal of Common Market Studies*, 2010 48(4), pp. 967 – 992, p. 968.

## D. Challenges and the Way Forward with the Accession Criteria

### I. Navigating the Challenges of Evolving Accession Criteria and Procedures

A comprehensive examination of the European Union's current accession procedures and criteria reveals several challenges.

The main criticism revolves around double standards and asymmetric positioning, where the minority protection and Member States' veto on negotiations exemplify these claims.<sup>39</sup> Some accession conditions have been perceived as very rigorous and excessively demanding, surpassing EU member states obligations under Community law or at least the degree of compliance with EU *acquis*, creating double standards or "super Member States."<sup>40</sup> Additionally, the pre-accession requirement to resolve any "open issue" between an EU member state and a candidate country, coupled with the unequal power dynamics during accession negotiations, places the accession process at the discretion of the Member state's will. The current EU legal framework has made it easier for individual member states to delay or block the accession process through the (mis)use of the veto power, enabling them to push their own national interests and block the accession process at any time, given that unanimous agreement among all member states is required at the various stages of the accession process.<sup>41</sup> Accession delays were evident in 2019-2022, when France and, later on, Bulgaria vetoed the start of accession negotiations with North Macedonia over bilateral disputes despite the positive opinion

---

<sup>39</sup> Throughout its entire history, the EU's enlargement process has consistently been characterized as asymmetrical from the first enlargement, with the EU serving as a regime-setter and establishing accession rules. Yet the current asymmetry is far more significant, with each member state vetoing at various stages of the accession process. On the issue of the asymmetric dimension with further references, see *Jano* (footnote 2), pp. 148-150.

<sup>40</sup> The EU sometimes imposes double standards in some areas, mainly on the protection of ethnic minority rights, where candidates are asked to meet standards that the EU-15 have never set for themselves. *Moravcsik, A/Vachudova, M. A., National Interests, State Power, and EU Enlargement, Perspectives*, 2002 19, pp. 21 – 31, p. 24; see also: *Hillion* (footnote 16) p. 12.

<sup>41</sup> Hypothetically, the 27 member states have approximately 1900 occasions to block accession negotiations since each of the EU member states has at least 70 occasions to veto when deciding on the opening and closing of each of the 35 negotiating chapters. See *Marić, S., Let's set things straight: Accession talks do not equate EU membership promise*, Euractiv, 24 June 2019, available at <<https://www.euractiv.com/section/enlargement/opinion/lets-set-things-straight-accession-talks-do-not-equate-eu-membership-promise/>>.

from other EU institutions.<sup>42</sup> In contrast to employing the “delaying” or “blocking tactics,” the 2023 EU Council meeting witnessed an “accelerator tactic”—an unconventional practice to overcome a Member state’s opposition and attain unanimity through the absence of the Member state’s leader, given (s)he does not explicitly express opposition or cast a vote against it.<sup>43</sup>

Criticism also extends to the broad, inconsistent, and subject-to-interpretation nature of the accession criteria and the continuously additional conditions that have made the accession process a dynamic moving target with no clear objectives and detailed timelines.<sup>44</sup> Despite formalization, the accession criteria have exhibited flexibility and continuous adjustments in meaning, scope, and function, introducing unpredictability and complicating the process for EU-aspiring countries.<sup>45</sup> The broad and all-inclusive nature of these criteria, extending beyond the core Copenhagen criteria, has introduced complexities, challenging the accession process. While designed to induce reforms and provide a comprehensive evaluation framework, the broad scope of conditions and the growing complexity have raised concerns about fairness and equity, unintentionally compromising their credibility as an effective tool for assessing the reform progress of the candidate countries.<sup>46</sup> To enhance the credibility of accession criteria, scholars suggest a more focused approach of strategically singling out specific conditions instead of the very numerous requirements currently in place.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> For a critical analysis of making EU membership conditional on the settlement of bilateral disputes with concrete examples of issues in the Western Balkans, see *Basheska, E.*, EU Enlargement in Disregard of the Rule of Law: A Way Forward Following the Unsuccessful Dispute Settlement between Croatia and Slovenia and the Name Change of Macedonia. *Hague J Rule Law* 2022 14, pp. 221 – 256.

<sup>43</sup> The German Chancellor invited the Hungarian Prime Minister to temporarily leave the Council room during the discussions and the decision regarding the opening of accession negotiations with Ukraine, thus making it possible for the other EU leaders to unanimously (in his absence) take the decision. Although the German Chancellor acknowledges that ‘leaving the room’ is an exception and should not become a common practice, it serves as a practical example, opening the possibility for other EU actors to strategically employ or use absence to bypass a Member state’s objection in future decisions. See Euronews, EU Summit: Germany’s Scholz gets Orbán to leave room for decision on Ukraine accession, 16/12/2023, available at <<https://www.euronews.com/2023/12/16/eu-summit-germanys-scholz-gets-orban-to-leave-room-for-decision-on-ukraine-accession>>.

<sup>44</sup> *Grabbe, H.*, European Union Conditionality and the “Acquis Communautaire”, *International Political Science Review / Revue Internationale de Science Politique*, 2002 23(3), pp. 249 – 268.

<sup>45</sup> See *Hillion* (footnote 16), pp. 16 – 17.

<sup>46</sup> See *Kochenov* (footnote 13).

<sup>47</sup> See *Steunenberg/Dimitrova* (footnote 36).

## II. Rethinking EU Accession: Reclaiming Normative Consistency and Prioritizing Democratic Values

The failure of objective conditionality and inconsistency in applying the Copenhagen criteria, especially concerning certain candidate countries like Turkey or groups of countries like the Western Balkans, raises broader questions about the normative consistency of the EU's conditionality strategy, positioning EU-candidate relations on a transactional or geopolitical axis outside the established accession framework with a tendency to prioritize (geo)political convenience over strict adherence to the Copenhagen norms.<sup>48</sup> The case in the Western Balkans has shown the limit of these conflicting objectives in the political conditionality of prioritizing geopolitical considerations over stricter demands for liberal democracy.<sup>49</sup> On a more general note, the post-2005 EU lacks a clear consensus on its identity as a political community of liberal democracies and, thus, on the requirements for the type of state eligible for membership.<sup>50</sup> This lack of the core normative consensus on membership norms necessitates re-establishing the core democratic values and standards as envisioned by the Copenhagen criteria to render the EU accession process credible and consistent. Adherence to the Copenhagen criteria should be the norm for accession, where candidate countries and the EU (including its member states) alike should commit to the principle of liberal democracy and deliver membership after plausibly fulfilling this standard.

---

<sup>48</sup> In the case of Turkey see e.g. *Saatçiođlu, B.*, How closely does the European Union's membership conditionality reflect the Copenhagen criteria? Insights from Turkey. *Turkish Studies*, 2009 10(4), 559-576; *Turhan, E./Wessels, W.*, The European Council as a Key Driver of EU-Turkey Relations: Central Functions, Internal Dynamics, and Evolving Preferences, in: *Reiners, W./Turhan, E.*, (eds.), *EU-Turkey Relations: Theories, Institutions, and Policies*, Palgrave Macmillan/Cham, 2021.

<sup>49</sup> See *Richter, S.*, Two at one blow? The EU and its quest for security and democracy by political conditionality in the Western Balkans. *Democratization*, 2012 19(3), 507-534; *Smith, N. R./Khaze, N. M./Kovacevic, M.*, The EU's stability-democracy dilemma in the context of the problematic accession of the Western Balkan states, *Journal of Contemporary European Studies*, 2021 29(2), 169-183.

<sup>50</sup> "It is thus apparent that the Council was deeply divided by 2006 over the nature of the EU as a political community and thus over the definition of which neighbouring states were eligible for membership, in stark contrast to earlier periods, when the member states accepted a common definition of European identity regardless of their preferences regarding particular applicant states". *Thomas* (footnote 4), p. 81.

Regarding the procedures of the accession process, innovative solutions of a staged approach<sup>51</sup> combined with the use of transition periods have been proposed by civil society and think tanks. Staged accession involves the EU maintaining a firm stance on accession criteria (including democracy and the rule of law) while gradually integrating candidates with specific milestones, ensuring tangible progress and the option of reversibility in the event of setbacks in candidate countries.<sup>52</sup> Incorporating transitional arrangements<sup>53</sup> aligns with the flexibility-differentiation principles inherent in the EU's enlargement strategy. Such practices recognize the unique circumstances of candidate countries and allow for a phased implementation of membership obligations or opt-out from specific common EU policy fields. These arrangements have been systematically applied to previous enlargements, although to a lesser extent and form. The aim is to foster a cooperative and accommodative approach to accession, reflecting on the pragmatic need to manage the complexities of integrating diverse economies and legal systems.<sup>54</sup>

Frank Schimmelfennig argues for a swift formal accession through differentiated integration, that is, a partial membership or staged accession, which is not only a way to address the trade-off between the urgency of enlargement and the thoroughness of reforms but also will allow candidate countries to participate in selected EU policies.<sup>55</sup> Still, the way forward is reclaiming the “fundamentals first”—adherence to the rule of law and democratic prin-

---

<sup>51</sup> The debate was first initiated in the autumn of 2021 (see: *Emerson et al.*, (footnote 22) revised in 2023, *Mihajlović, M./Blockmans, S./Subotić, S./Emerson, M.*, Template 2.0 for Staged Accession to the EU, Revised proposal – August 2023, European Policy Center.

<sup>52</sup> *Ribera, E./Wirmer, A.*, What does future EU enlargement require to be a success? European Council Experts' Debrief, Ninth Issue, Trans European Policy Studies Association (TEPSA), 29 November 2023.

<sup>53</sup> “Transitional arrangements—the parties also discuss whether (and how) some rules can be introduced gradually to allow the accession country or EU Member States (countries) time to adapt. This is mainly discussed during the final stages of the negotiations”. See Summaries of EU legislation, Enlargement Chapter 16, Treaty on European Union—Joining the EU, available at <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/treaty-on-european-union-joining-the-eu.html>>.

<sup>54</sup> See *Inglis, K.*, The Accession Treaty and its transitional arrangements: A twilight zone for the new members of the Union, in: Hillion C. (ed.), *EU enlargement: A legal approach*, Hart/Oxford, 2004, pp. 78.

<sup>55</sup> *Schimmelfennig, F.*, Fit through Flexibility? differentiated Integration and Geopolitical EU Enlargement, in: *Von Sydow, G./Kreiling, V.* (eds.), *Fit for 35? Reforming the Politics and Institutions of the EU for an Enlarged Union*, SIEPS 2023, p. 16.

ciples—as the core norm and common foundation of all EU enlargements, regardless of any new flexibility or staged accession<sup>56</sup> in the upcoming accessions.<sup>57</sup>

## E. Concluding Remarks

The integration of new member states into the European Union has emerged as a significant issue of the EU, reigniting debates on the accession process. The EU's current procedures and accession criteria are complex, moving beyond the traditional linear stages to a multi-step approach marked by various conditionalities and safeguards clauses. The continuous shifts in the prominence of accession criteria, oscillating between geostrategic calculations and community-building norms, underscores its ongoing complexity. As the EU navigates future enlargements, a thoughtful debate is essential to address the evolving context, define priorities, and ensure the credibility of the accession process. The meticulous procedure and accession criteria are to be designed in a way that ensures aspiring member states align fully with EU core values and standards. Upholding EU conditionality at the core values requires a delicate balance, emphasizing the clear relationship between democratic, economic, and *acquis* reforms and the membership rewards. Maintaining this linkage is imperative, as deviations from the core Copenhagen Criteria and their Membership goal risk undermining the credibility and consistency of the process. Any deviation may lead candidate states to perceive discriminatory practices, challenging the integrity of the EU's commitment to enlargement.

In conclusion, this chapter aims to contribute to a comprehensive understanding of the complexities inherent in the EU accession procedures and criteria, guiding future discussions on the enlargement and consolidation of the European Union. We aimed to provide food for thought on the historical

---

<sup>56</sup> The revised proposal for a stage accession highlights the importance of the EU's "fundamentals first" and introduces certain temporary and proportional safeguards to ensure no democratic backsliding of newcomers. See Mihajlović, M./Blockmans, S./Subotić, S./Emerson, M. (footnote 51), especially section IV.2 Guarding the EU's fundamental values in Stage 3.

<sup>57</sup> Costa, O., *et al.*, *Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century*, Report of the Franco-German working group on the EU institutional reform, Paris-Berlin. 18 September 2023, p. 44, available at <<https://institutdelors.eu/en/publications/sailing-on-high-seas-reforming-and-enlarging-the-eu-for-the-21st-century/>>.

evolution of accession procedures and criteria and their complex dynamics, emphasizing the need for a balanced approach to conditionality and the unwavering commitment to EU core values.





**EuZ**

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

**Christos V. Gortsos /  
Manolis E. Perakis**

**On the Reform of the EU Stability  
and Growth Pact**

AUSGABE:

**05 | 2024**

# On the Reform of the EU Stability and Growth Pact\*

Christos V. Gortsos/Manolis E. Perakis\*\*

## Table of contents

|      |  |      |
|------|--|------|
| A.   | <a href="#">Introduction</a>   | E 1  |
| I.   | <a href="#">History</a>  | E 1  |
| II.  | <a href="#">Challenges and the ongoing reform</a>                              | E 4  |
| B.   | <a href="#">Current status of the EU's incomplete economic governance</a>      | E 6  |
| I.   | <a href="#">Main axes and goals</a>  | E 6  |
| II.  | <a href="#">Multilateral surveillance</a>                                      | E 8  |
| III. | <a href="#">Fiscal discipline – prohibitions</a>                               | E 10 |
| IV.  | <a href="#">Fiscal discipline – excessive deficit mechanism</a>                | E 11 |
| C.   | <a href="#">The recent reform of the economic governance's legal framework</a> | E 15 |
| I.   | <a href="#">The birth after a pregnancy with complications</a>                 | E 15 |
| II.  | <a href="#">The key amendments</a>   | E 16 |
| D.   | <a href="#">Concluding remarks</a>   | E 20 |
|      | <a href="#">Secondary sources</a>  | E 21 |

## A. Introduction

### I. History

The formation of an Economic and Monetary Union ('EMU') in the European Union ('EU') was based on the Maastricht Treaty,<sup>1</sup> which led to the repeal of the founding Treaty of Rome of 1957 and its replacement by the Treaty on European Union (1992)<sup>2</sup> and the Treaty establishing the European Community

---

\* The cut-off date for information included in this paper is 30 April 2024.

\*\* **Christos V. Gortsos**, Professor of Public Economic Law, School of Law, National and Kapodistrian University of Athens; **Manolis E. Perakis**, Associate Professor of European Union Law, School of Law, National and Kapodistrian University of Athens.

<sup>1</sup> OJ C 191, 29.7.1992, pp. 1-112.

<sup>2</sup> OJ C 321, 29.12.2006, pp. 1-35 (consolidated version).

(“TEC”).<sup>3</sup> According to the TEC, the EMU was formed in three stages<sup>4</sup>. In particular:

The first stage began on 1 July 1990, the date of application of Directive 88/361/EEC on the liberalisation of capital movements<sup>5</sup>. The second stage lasted from 1 January 1994 to 31 December 1998, during which time all the necessary steps were taken to make EMU work effectively from 1 January 1999, when the third stage began. Finally, the third (and current) stage was dominated by the introduction of the euro as the single currency among the Member States that have achieved (in addition to legal convergence as provided for in Articles 108-109 TEC<sup>6</sup>) a high degree of convergence of some of their key macroeconomic indicators, both monetary and fiscal, for the monetary union to be sustainable, and thus they were allowed to participate in the single monetary area. Indeed, the Madrid European Summit on 15 and 16 December 1995 set as the starting date for stage 3 1 January 1999, fixing the final euro conversion rates of the participating monetary units, and the finishing date in 2002 with the introduction of the euro-denominated banknotes and coins<sup>7</sup>.

The institutional and regulatory framework governing the EMU is currently found, in principle, in the provisions of the two EU Treaties, as in force following the amendments introduced by the Treaty of Lisbon,<sup>8</sup> and in particular the “Treaty on European Union” (“TEU”)<sup>9</sup> and the “Treaty on the Functioning of the European Union” (“TFEU”)<sup>10</sup> (jointly hereinafter ‘the Treaties’), which entered into force on 1 December 2009.

---

<sup>3</sup> OJ C 321, 29.12.2006, pp. 37-186 (consolidated version).

<sup>4</sup> Based on the “Report on economic and monetary union in the European Community” (also called the “Delors Report”), which was presented in 17.4.1989 by the “Committee for the Study of Economic and Monetary Union” with Jacques Delors as its chairman.

<sup>5</sup> OJ L 178, 8.7.1988, pp. 5-18.

<sup>6</sup> These articles concerned the independence of the central bank of the candidate Member State, ensuring that its legislation is in line with the EU monetary law.

<sup>7</sup> In the current context, the reference to “stages of EMU” has only historical significance, since after 1 January 1999 the term “third stage of EMU” is now synonymous with the term “EMU”, and more particularly with the term “monetary union”. This is, moreover, the reason why the word “stages” has been abolished anymore under primary EU law. On monetary and fiscal policy in the euro area after the third stage of the EMU, see Eijffinger and de Haan (2000).

<sup>8</sup> OJ C 306, 17.12.2007, pp. 1-271.

<sup>9</sup> OJ C 202, 7.6.2016, pp. 13-45 (consolidated version).

<sup>10</sup> OJ C 202, 7.6.2016, pp. 47-200 (consolidated version).

Moreover, important rules concerning the EMU are included in several annexed Protocols<sup>11</sup>, namely Protocol (No 4) on the Statute of the European Central Bank ('ECB') and of the European System of Central Banks ('ESCB' or "Eurosystem")<sup>12</sup>, Protocol (No 12) on the excessive deficit procedure, Protocol (No 13) on the convergence criteria, Protocol (No 14) on the Eurogroup, Protocols (no 16) and (17) on certain provisions relating to Denmark, which laid down its right to opt-out from participation in the third stage of EMU, and Protocol (No 18) on France, under which that Member State retains the privilege of issuing currency in its overseas territories in accordance with the provisions of its national legislation<sup>13</sup>.

In terms of expressing political will, of particular importance is the Declaration No. 30 on Article 126 TFEU, annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon<sup>14</sup>. It should further be noted that, on the basis of the above provisions of the TFEU, the secondary law developed by the (where applicable) competent EU institutions is also extensive. Indeed, the provisions of Articles 121 and 126 TFEU on multilateral surveillance and fiscal discipline, respectively, were further specified in Council Regulations (EC) 1466/97 and 1467/97,<sup>15</sup> as they were in force (before the (2007-2009) global financial crisis, 'GFC') after their amendment by Regulations (EC) 1055/2005 and 1056/2005<sup>16</sup> (with a view to relaxing the content of some of its relatively strict provisions). Both those Regulations form the "SGP". In this respect it is noted that the multilateral surveillance system, as established by Regulation (EC) No 1466/97, is called the "preventive part" of the SGP and the excessive deficit procedure, as regulated by Article 126 TFEU and Regulation (EC) No 1467/97, is called its "corrective part".

---

<sup>11</sup> According to Article 51 TEU, the Protocols annexed to the Treaties form an integral part of them and their provisions were therefore part of primary European law.

<sup>12</sup> According to Article 281(1) TFEU, the difference between the ESCB and the Eurosystem is that the ESCB is made up of the ECB and the national central banks of the EU Member States, while the Eurosystem consists of the ECB and the national central banks of the Member States that have adopted the euro as their national currency.

<sup>13</sup> Protocol (No 15) on certain provisions relating to the United Kingdom, which laid down its right to exclude itself from participation in the third stage of EMU and determined, in the event of its exercise, its special status among Member States by way of derogation, is apparently no longer in force following the United Kingdom's withdrawal from the EU.

<sup>14</sup> On Article 126 TFEU and the secondary legislation adopted on its basis, see by means of mere indication Hattenberger (2019), pp. 2010-2014 and Keppenne (2020b).

<sup>15</sup> OJ L 209, 2.8.1997, pp. 1-5, and 6-11, respectively. The first was legally based on Article 99(5) TEC (now Article 121(6) TFEU) and the second on Article 104(14) TEC (now Article 126(14) TFEU).

<sup>16</sup> OJ L 174, 7.7.2005, pp. 1-4.

It is also worth noting that the related secondary legislation was further (and substantially) enhanced during the euro area fiscal/debt/sovereign crisis, which erupted in 2010 and (*inter alia*) revealed the absence of an effective EU sovereign debt crisis mechanism.<sup>17</sup>

## II. Challenges and the ongoing reform

The EMU legal and conceptual framework is undeniably characterised by an asymmetry of goals and the critical differences when it comes to the legal nature of the rules and their binding character. Indeed, even though Article 3, point (c) TEU includes monetary policy (which is the core of monetary integration<sup>18</sup>) among the exclusive competences of the EU, in the field of other economic policies of the Member States the EU's competence is, according to Article 5(1) TFEU, merely supporting and of a *sui generis* nature at that, given the fact that it is described in a distinguished provision and is not included among the rest of the coordinating / supporting competences of the EU as set out in Article 6 TFEU.

The above-mentioned asymmetry is also manifested in the wording of Articles 119(1)-(2) TFEU, which defines both the economic and the monetary union, respectively, and renders evident that, unlike in the case of the monetary union, the economic policies of the Member States (or, more precisely, the other dimensions of their economic policies apart from monetary and exchange rate policies) are not “unified”. Indeed, the formation of a single economic policy, along the lines of the monetary one, if achieved, would mean that the Member States would no longer have, in effect, any degrees of freedom in the conduct of their fiscal policy and, as a result, of all their macroeconomic policies. Consequently, the decision for an economic integration of this kind would have been the most decisive step towards European political integration<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> On this crisis and the legal measures taken as a response to it (which will be further discussed but not in detail), see by means of mere indication De Grauwe (2013), Fabbri (2016), Tuominen (2019), Drossos (2020), Hadjiemmanuil (2020a) and Piantelli (2021), pp. 1-84.

<sup>18</sup> Related to monetary policy is also exchange rate policy, which, although not mentioned in Article 3, has also become an exclusive EU competence (TFEU, Article 119(2) (see just below) and Article 127(2), second indent in conjunction with Article 219). The definition and implementation of monetary policy and the conduct of foreign-exchange operations are two of the Eurosystem's “basic tasks” in accordance with Article 127(2); on the basic tasks, see Gortsos (2020), pp. 281-329.

<sup>19</sup> For a detailed presentation of this asymmetry and the evolution of EMU law, see Drossos (2020), Chapter 1. On the separation of the economic policy of Member States whose currency is the euro from (single) monetary policy, see De Grauwe (2020), pp. 218-244.

The imbalance caused by the varying degree of integration between monetary and economic policy has always been a source of intense concern for lawyers and economists, but during the (2007-2009) GFC it was also one of the main reasons why the EU found itself unprepared to face the challenges. It is no coincidence that during this economic crisis the integration in the field of economic policy made leaps with the adoption of important legislative acts that modernised and adapted the “Stability and Growth Pact” (‘SGP’) to the new conditions and, also, to the new vision of a closer integration that is by now proven to be a necessity, not an option.

However, the above-mentioned imbalance is not the only important reason that causes the pathogenicity in the economic governance of the EU, and that became apparent during the GFC. On the one hand, the imposition on the ECB of an exclusive objective and limited means to achieve it deprives it of basic monetary policy tools and directions available to central banks of other states. On the other hand, the uniqueness and the originality that is the introduction of specific economic “reference values” in primary EU law, which project the same objective for all Member States regardless of their financial capabilities, and in order to amend them, the painstaking and lengthy process of amending the Treaties must be followed, it creates an unequal distribution of burdens and even rivalry to the member states among themselves and with the EU institutions. The consequence is that the EU legislator must constantly intervene and “bend” the rigor of the criteria whenever the need arises, which happens often enough to cause concern<sup>20</sup>.

The present study aspires to present the current status of the legal framework for the coordination of Member States’ economic policies in the EU (Section 2) and attempt a critical analysis of the envisaged and recently agreed reform of the EU’s economic governance framework, which aims at dealing with the

---

<sup>20</sup> The most recent example is the activation of the “general escape clause” of the SGP due to the COVID-19 pandemic in March 2020; this clause is laid down in Articles 5(1), 6(3), 9(1) and 10(3) of Council Regulation (EC) No 1466/97 and Articles 3(5) and 5(2) of Council Regulation (EC) No 1467/97. In this context, it is also noted that, immediately after the outbreak of the pandemic, the EU developed a coherent strategy considering the spill-over effects and interlinkages between EU economies and the need to preserve confidence and stability. The measures adopted included, *inter alia*, government fiscal stimuli with extensive resort to the principle of solidarity under Article 122 TFEU (see Hadjiemmanuil (2020b)). Notable in this context was the “Next Generation EU” fiscal package, a key element of which was the Recovery and Resilience Facility (‘RRF’), established by Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council of 12 February 2021 (OJ L 57, 18.2.2021, pp. 17-75), which aims to boost aggregate demand, support the most hard-hit Member States, and strengthen EU economic growth.

above pathogenies of the system (Section 3). At the end of the study the authors list their conclusions regarding the legal questions arising from the reform described.

## **B. Current status of the EU's incomplete economic governance**

### **I. Main axes and goals**

The basic provisions on economic union are introduced in Articles 120-126 TFEU, which reproduce without major modifications the former Articles 98-104 TEC<sup>21</sup>. In particular, and in line with the above, with the start of the third stage of EMU no Member State, whether it has adopted the single currency or not, has lost autonomy in the conduct of its budgetary policy. The principle of fiscal autonomy has, however, been substantially limited by the institutional framework governing the functioning of the economic union, which was established to achieve the necessary coordination and implementation of the agreed economic guidelines and goals.

Indeed, according to Articles 119-121 TFEU, the autonomy of Member States in the conduct of their economic policies is confirmed, but in parallel a goal is established, namely their obligation to perceive economic policymaking as a matter of common interest and conduct it through coordination with a view to contribute to the achievement of the EU's objectives as set out in Article 3 TEU.

Furthermore, the action of the Member States and the EU in the field of economic policy is defined as being in accordance with the principle of an open market economy with free competition, which must also be conducive to

---

<sup>21</sup> The other main provisions are found in Article 219 on the conduct of exchange rate policy within the Eurosystem (Articles 111(1)-(3) and 111(5) TEC) and Articles 282-284 on the institutional provisions of the ECB (Articles 112-113 TEC - Article 282 TFEU is new). This latter choice was the result of the fact that the ECB is now part of EU institutions, which is perhaps the most important institutional development in EMU law brought about by the Lisbon Treaty. Provisions applicable to the ECB are also found in other articles of the TFEU.

the efficient allocation of resources. In addition, it must be directed towards securing price level stability<sup>22</sup>, sound public finances, sound monetary relations and a stable balance of payments.

The EU economic governance is based on what is essentially an “agreement” between the Member States made by the Council of Ministers of Economy and Finance (ECOFIN, hereinafter the ‘Council’) and concerning the short-term and long-term economic directions, goals and the means to achieve them. The discussions and the negotiations which lead to this agreement take place within the institutional and regulatory framework of the EU, which demonstrates the role of the latter as the coordinative force according to its particular competence in the economic policy.

The above-mentioned “agreement” takes the form of economic “general guidelines”. Indeed, the procedure for adopting them is triggered by a (European) Commission’s recommendation to the Council, which, acting by qualified majority, draws up draft guidelines and sends a report with its findings to the European Council<sup>23</sup>. The latter, as a political body *par excellence* and because of the importance of the subject, is involved in the process with the power to “discuss the conclusions on the general guidelines” and to politically adopt them. It is noteworthy that the European Parliament is merely informed with regard to the above process, which reflects the poor role that has been assigned to it in that particular policy field by the EU constitutional legislator.

In effect, the Council has been given the task of making, on an annual basis, a Recommendation setting out the “*broad guidelines for the economic policies of the Member States and of the Union*”. The scope of these guidelines is very broad and covers all aspects of economic policy (macroeconomic and microeconomic) except for monetary and exchange rate policies conducted at EU level in accordance with the provisions of the TFEU on monetary union.

---

<sup>22</sup> Ensuring price stability in the euro area is a primary objective in the operation of the monetary union (see, *inter alia*, Articles 119(2) and 127(1) TFEU). In a 1999 ECB Governing Council Decision, the Governing Council defined price stability as an annual increase in the Harmonised Index of Consumer Prices for the euro area of close to 2% (i.e., neither above 2%, in which case there is inflation, nor much below that threshold, in which case (as in the last decade) there is deflation). With the most recent review of its monetary policy strategy in July 2021 (at: [https://www.ecb.europa.eu/home/search/review/html/ecb.strategyreview\\_monpol\\_strategy\\_statement.en.html](https://www.ecb.europa.eu/home/search/review/html/ecb.strategyreview_monpol_strategy_statement.en.html)) the ECB now defines price stability as the pursuit of a “symmetric” inflation target of 2% over the medium term. See in this respect Reichlin *et al.* (2021), Zilioli (2021) and Gortsos (2023), pp. 34-36.

<sup>23</sup> TFEU, Article 121(2), first paragraph.

Although the legal form in which the general guidelines are framed does not confer binding force, they nevertheless have political and normative value for the governments of the Member States and the EU institutions, given the fact that their implementation is subject to control in the context of the multilateral surveillance procedure exercised in accordance with Article 121(3)-(5), and their content is a reference point for monitoring and assessing the compatibility of Member States' (and the EU's) economic policies with a minimum common denominator of action defined by the Council in response to the request for coordination of economic policies. In effect, one could reasonably characterize the general guidelines as "soft law".

In any case, the culmination of the exercise of the EU's competence by its institutions is the supervision of the implementation of the general guidelines by all Member States. Monitoring the *pacta sunt servanda* of those guidelines is necessary and complementary to creating the framework of their adoption and constitutes the most important aspect of the EU's economic governance. This supervision system, which is characterised by a strongly preventive nature and engulfs all Member States irrespective of whether they have adopted the Euro, is founded on the basis of two axes, which equally contribute to the efficient coordination of the Member States' economic policies within the respective regulatory framework, namely the multilateral surveillance and the fiscal discipline.

## **II. Multilateral surveillance**

The multilateral surveillance constitutes the "preventive part" of the SGP and, in terms of competence allocation, it is based on the "dipole" of two EU institutions, namely the Commission and the Council.<sup>24</sup> In effect, the Commission is responsible for monitoring the national economic policies on the basis of the stability and convergence programmes submitted by Member States whose currency is the euro and those with a derogation, respectively. In order to ensure closer policy coordination and the continued convergence of Member States' economic performances, the Commission is invited to report to the Council covering both the economic policies of the Member States and the economic situation of the EU. On the basis of these reports, the Council has the power, *on the one hand*, to monitor economic developments

---

<sup>24</sup> On the institutional architecture of the economic union, see De Gregorio Merino (2019) and Dermine (2022).

in each Member State and in the EU, as well as the consistency of economic policies with the general guidelines mentioned above, and *on the other hand*, to regularly carry out an overall evaluation<sup>25</sup>.

Furthermore, in the context of multilateral surveillance the Council monitors the implementation of the stability programmes by the Member States as well. The aim of this process is to identify actual or expected significant divergences of the budgetary position from the medium-term objective or from the adjustment path towards it, as specified in the stability programme in terms of the government surplus/deficit.

Moreover, in accordance with the “early warning” procedure, if the Council identifies a significant divergence of the budgetary position from the medium-term budgetary objective or the adjustment path towards it, it shall address a Recommendation to the Member State drawing its attention to the need to take the necessary adjustment measures, in which case the procedure laid down in Article 121(4) TFEU is activated. If the divergence persists or worsens, the Council will address a Recommendation to the Member State concerned (which may be made public in the context of a “name and shame” sanction which can exercise significant political pressure), inviting it to take immediate corrective action<sup>26</sup>.

It is worth noting that exclusively in the case of Member States that have adopted the euro, and in accordance with Regulation (EU) No 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area,<sup>27</sup> there is an additional sanction that can be imposed by a legally binding Decision. Namely, said Member State may be required to make an interest-bearing deposit with

---

<sup>25</sup> TFEU, Article 121(3).

<sup>26</sup> Regulation (EC) 1466/97, Article 6. For a detailed approach to the economic policy coordination process, as in force before the adoption of the 2024 legislative package (discussed in Section 3), see Keppenne (2020a).

<sup>27</sup> OJ L 306, 23.11.2011, pp. 1-7. This Regulation was legally based on Articles 136 (as it concerns euro area Member States only) and 121(6) TFEU. On the use of Article 136 to adopt EU measures of surveillance and coordination, see Hinarejos (2020), pp. 1388-1390. It is also noted that during the fiscal crisis this was the only TFEU Article amended by the insertion of a new paragraph 3 by virtue of the European Council Decision 2011/199/EU of 25 March 2011 (OJ L 91, 6.4.2011, pp. 1-2), which paved the way for the establishment of a permanent stability mechanism for euro area Member States, the European Stability Mechanism (“ESM”). On this mechanism, see by means of mere indication Hadjiemmanuil (2020a), pp. 1290-1292.

the Commission amounting to 0,2% of its GDP in the preceding year<sup>28</sup>. This particular sanction directed to euro area Member States only was introduced during the fiscal crisis in the euro area.

### **III. Fiscal discipline – prohibitions**

The fiscal discipline constitutes the “corrective part” of the SGP and is established on the basis of two foundations, namely the prohibition of irregular financing of the Member States’ economy and the excessive deficit mechanism. In effect, Articles 123-125 TFEU establish a series of prohibitions which seek to abolish practices that (several) Member States had followed for decades to ensure the financing of the expenditure of its public finances under conditions incompatible with the principle of the open market economy (which limits the action of Member States under Articles 119-120 and 127). The common denominator of all these prohibitions is to ensure that the financing of Member States’ public expenditure is carried out under conditions compatible with the principle of an open market economy.

In particular, Article 123(1) introduces the prohibition of monetary financing (i.e., central bank money financing) of the expenditure of EU institutions, governments and various other public sector bodies and organisations. The introduction of this prohibition was intended to remove the possibility for the public authorities to require central banks to finance public expenditure by increasing monetary circulation. The definitions for the application of its provisions were laid down in Article 1 of Regulation (EC) 3603/93.

Furthermore, Article 124 TFEU imposes as a rule the prohibition of any measure establishing privileged access of the institutions and entities referred to in Article 123 to financial institutions established in the EU. The relevant provisions sought to abolish the practice followed by Member States of requiring credit institutions (mainly) to invest a certain percentage of their deposits in government securities and are further specified in Council Regulation (EC) 3604/93 of 13 December 1993 “specifying the definitions necessary for the application of the prohibition of privileged access referred to in Article 104 A (1) of the Treaty”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Regulation (EU) 1173/2011, Article 4(1).

<sup>29</sup> OJ L 332, 31.12.1993, pp. 4-6. The Regulation in question was adopted on the basis of the enabling provision in Article 102(2) TEC (which has been repealed, with the authorisation now being based on Article 125(2) TFEU which governs all Regulations relating to prohibitions).

Finally, Article 125 TFEU introduces the rule of excluding the liability or the possibility for the EU and of the Member States to assume the commitments<sup>30</sup> undertaken by (other) Member States or national bodies and agencies listed in Article 125(1) (also widely known as the “no bail-out clause”). Exceptionally, this rule is bent in the case of mutual financial guarantees for the joint execution of a specific project. The definitions for the application of this provision were laid down in the Regulation (EC) 3603/93<sup>31</sup>.

#### **IV. Fiscal discipline – excessive deficit mechanism**

During the second stage of EMU (1994-1998), Member States were called upon to make efforts to avoid large budget deficits<sup>32</sup>; in this context, a specific procedure was established for the Commission to monitor the evolution of their budgetary situation and the level of their public debt with a view to identifying large deviations<sup>33</sup>. Currently, the so-called “excessive deficit procedure” (‘EDP’) is governed by Article 126(3)-(13) TFEU and the relevant provisions of the SGP (as in force after its amendment in April 2024<sup>34</sup>). At the beginning of the third stage of EMU, that procedure was intensified for the Member States whose currency is the euro, as on the one hand, they are under an obligation to avoid, not just try to avoid, excessive budget deficits<sup>35</sup>, while on the other hand, the Council’s powers (including now the power to impose sanctions) have been extended if a Member State has an excessive budget deficit after joining the euro area<sup>36</sup>.

Further provisions for the implementation of this procedure are laid down in the (above-mentioned) Protocol (No 12) on the EDP<sup>37</sup>. It is worth noting that Regulation (EC) 479/2009<sup>38</sup> includes further secondary law rules for the implementation of this Protocol. In effect, the EDP aims at avoiding excessive

---

<sup>30</sup> The terms “being liable” or “assume the commitments” were strictly interpreted by the CJEU in the well-known *Pringle* judgment (Judgment of 27 November 2012 in Case C-370/12, *Thomas Pringle v Government of Ireland and Others*, EU:C:2012:756).

<sup>31</sup> On Articles 123-125 TFEU, see Hattenberger (2019), pp. 1998-2010.

<sup>32</sup> TEC, Article 116(4).

<sup>33</sup> *Ibid.*, Article 104.

<sup>34</sup> See [Section C](#) below.

<sup>35</sup> TFEU, Article 126(1).

<sup>36</sup> In accordance with Article 139(2), point (b) TFEU, the provisions of Article 126(9) and (11) do not apply to Member States with a derogation.

<sup>37</sup> *Ibid.*, Article 126(14), first paragraph.

<sup>38</sup> OJ L 145, 10.6.2009, pp. 1-9. That Regulation was adopted on the basis of the enabling provision in the third sub-paragraph of Article 104(14) TEC (now Article 126(14), third sub-paragraph TFEU).

government deficits and, when such deficits arise, at rapidly correcting them; compliance with budgetary discipline is examined on the basis of the criteria of government deficit and government debt<sup>39</sup>.

The Commission is the EU institution responsible for monitoring the evolution of the budgetary situation and the level of public debt in Member States in order to identify major divergences or possible dangers as soon as possible. More specifically, the achievement by Member States of a budgetary position without an excessive deficit is judged according to whether or not the reference values set for two indicators set out in Article 1 of the Protocol (No 12) are met: first, the ratio of the budget deficit to GDP (in market prices) may not exceed 3%, and second, the ratio of public debt to GDP (at market prices) may not exceed 60%. However, exceeding these reference values does not automatically imply a breach of budgetary discipline. Indeed, especially after the experience gained during the economic crisis, important parameters are legally established as necessary to be taken into account in the Commission's examination.

More specifically, fiscal deficits are not considered excessive, even if the ratio exceeds the 3% threshold, if either the ratio of the fiscal deficit to GDP is declining substantially and continuously and has reached a level close to the reference value, or the excess over the reference value is only "exceptional and temporary" and the ratio remains close to the reference value. Moreover, the government debt-to-GDP ratio may exceed the above-mentioned reference value, provided that it is sufficiently diminishing and approaching the reference value at a satisfactory pace.<sup>40</sup>

Specific provisions on the above criteria for the assessment of such overruns were introduced by Article 2 of Regulation (EC) 1467/97, which was substantially amended in 2005, at least to a lesser extent.

With regard to the process of the activation and the sequence of the excessive deficit mechanism, it is worth noting that, in this context as well, the Commission and the Council form an exclusive dipole, each institution having its own role in a "delicate and balanced dance". More specifically, if the Commission considers that a Member State does not fulfil the conditions of the two criteria mentioned above or considers that there is a risk of an excessive government deficit occurring, on the basis of the fiscal data notified to it on 1 March and 1 September each year, it shall prepare a report triggering

---

<sup>39</sup> Regulation (EC) 1056/2005, Article 1.

<sup>40</sup> TFEU, Article 126(2).

the EDP<sup>41</sup>. When preparing the report, the Commission shall *on the one hand*, take into account various factors, such as whether the Member State's government deficit exceeds its public investment expenditure, and its medium-term economic and budgetary situation<sup>42</sup>, and *on the other hand*, to carry out a “balanced overall assessment” as defined in Article 2(3) of Regulation (EC) 1467/97 (as amended in 2005).

Within two weeks of the Commission's report, the Economic and Financial Committee gives its opinion on the report and submits it to the Council<sup>43</sup>. Consequently, the Commission, having taken into account the report of the Economic and Financial Committee and if it considers that an excessive deficit exists or may occur, shall address its opinion to the State concerned and inform the Council. At this stage, the Council is now called upon, as the responsible institution, to decide whether or not an excessive deficit exists.

In this context, it is interesting to note that the Council's act, which includes a Member State in the excessive deficit “*cadre*”, is a Decision, i.e. a traditional legal act producing legal effects contrary to the other “soft law” instruments used in the economic union field. This Decision is adopted by qualified majority, on the Recommendation of the Commission<sup>44</sup>, and if the Council decides that an excessive deficit exists in the Member State, it shall address to the Member State, “*without undue delay*”, Recommendations with a view to bringing the situation to an end within a given period<sup>45</sup>. These Recommendations, which are adopted following a Commission Recommendation and are not made public at this stage, set two deadlines for the Member State: a (maximum) six-month deadline for it to take effective action and a deadline for the correction of the excessive deficit, which should expire within the year following the year in which the excessive deficit was identified, unless there are special circumstances.

After the interested Member State has been informed of these Recommendations, the Council examines whether it has taken effective action. If it is established that this has not been the case, the Council may, on the one hand, make the recommendations public immediately after the expiry of the

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, Article 126(3), first and third paragraphs.

<sup>42</sup> *Ibid.*, Article 126(3), second paragraph.

<sup>43</sup> *Ibid.*, Article 126(4).

<sup>44</sup> *Ibid.*, Article 126(5)-(6).

<sup>45</sup> *Ibid.*, Article 126(7).

deadline it has set and, on the other hand, within two months of this Decision, give notice to the Member State concerned to take measures to reduce the deficit, setting a deadline for compliance<sup>46</sup>.

Where a Member State fails to comply with the above Decision, the Council may decide to apply or reinforce one or more measures or direct sanctions. As a general rule, it may require it to make an appropriate amount in full to the EU until the excessive deficit has been corrected. Nevertheless, it may additionally require the Member State to publish supplemental information before issuing bonds and debt securities, invite the European Investment Bank to review its lending policy towards the Member State, and/or impose reasonable fines<sup>47</sup>. Once more, in the context of economic coordination the European Parliament is simply informed of the above measures taken by the President of the Council<sup>48</sup>.

The procedure for applying these sanctions is further specified in Articles 11-16 of Regulation (EC) 1467/97. Furthermore, in accordance with Regulation (EU) 1173/2011 which, as already mentioned, only applies to euro area Member States, a new option for sanctions has been introduced. More specifically, under specific conditions (including that the Council has decided that an excessive deficit exists in a Member State which has lodged an interest-bearing deposit with the Commission in accordance with Article 4(1) of that Regulation), the Commission may recommend to the Council to require the Member State concerned to lodge with the Commission a non-interest-bearing deposit amounting to 0.2% of its GDP in the preceding year<sup>49</sup>.

On the other hand, if the Council considers that in a Member State the excessive deficit has been corrected, it abrogates some or all of its Decisions or Recommendations in accordance with the above<sup>50</sup>. In fact, if it has pre-

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, Article 126(8)-(9). It is noteworthy that the infringement action provided in Articles 258-259 TFEU cannot be activated by the Commission or a Member State against the Member State that ignores the warnings and the Recommendations issued by the Council within the framework of Article 126(1)-(9) TFEU, which is explained by the fact that these acts are not *stricto sensu* legally binding (*ibid.*, Article 126(10)).

<sup>47</sup> Amounting up to 0.2% of the Member State's GDP in the preceding year in accordance with Article 6(1) of Regulation (EU) 1173/2011.

<sup>48</sup> TFEU, Article 126(11).

<sup>49</sup> Regulation (EU) 1173/2011, Article 5(1). This sanction differs from the one set out in Article 4(1) in relation to the preventive part of the SGP (see above, under [B.II](#)) in that it is non-interest bearing; the amount is the same though.

<sup>50</sup> *Ibid.*, Article 126(12), first paragraph, with reference to Decisions and Recommendations referred to in Articles 126(6)-(9) and 126(11).

viously made public Recommendations, once the Decision referred to in Article 126(8) has been abrogated, it shall make a public statement that an excessive deficit no longer exists in the Member State concerned<sup>51</sup>.

## C. The recent reform of the economic governance’s legal framework

### I. The birth after a pregnancy with complications

On 26 April 2023, the Commission put forward three legislative proposals SGP to reorganise the EU’s economic governance framework after all the lessons learnt during the consecutive crises in the financial system and in public health, in order to ensure sound and sustainable public finances, while promoting sustainable and inclusive growth in all Member States through reforms and investment.<sup>52</sup> In particular, those proposals aimed at replacing and amending the current “preventive part”, as well as amending the “corrective part” of the SGP, respectively, and at amending Directive 2011/85/EU<sup>53</sup> to strengthen the role of independent fiscal institutions (“IFIs”).

Indeed, after long and occasionally very difficult negotiations, and ironically in the year when the general escape clause<sup>54</sup> is deactivated in order to enter a period of de-escalation of debt that has risen above the 60% of GDP threshold in most EU countries, the Member States in the Council (on 21 December 2023) and, subsequently, the Council and the European Parliament as co-legislators reached a consensus regarding the adoption of the Commission’s proposals. Thus, on 29 April 2024, three legislative acts were adopted: *first*, the European Parliament and the Council adopted Regulation (EU) 2024/1263 on the effective coordination of economic policies and on multilateral budgetary surveillance, which repealed Regulation (EC) No 1466/97,<sup>55</sup> and *second*, the Council adopted Regulation (EU) 2024/1264 on speeding up and clarifying

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, Article 126(12), second paragraph; Article 126(13) sets out the procedural requirements.

<sup>52</sup> At: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/02/10/economic-governance-review-council-and-parliament-strike-deal-on-reform-of-fiscal-rules>. See on this Feld *et al.* (2023). This legislative package was based on the Commission’s Communication of 9 November 2022 (COM/2022/583 final).

<sup>53</sup> Council Directive 2011/85/EU of 8 November 2011 on requirements for budgetary frameworks of the Member States (OJ L 306, 23.11.2011).

<sup>54</sup> See footnote 20 above.

<sup>55</sup> OJ L, 2024/1263, 30.4.2024.

the EDP's implementation, which amends Regulation (EC) No 1467/97<sup>56</sup>, and Directive (EU) 2024/1265 on requirements for budgetary frameworks of the Member States, which amends Directive 2011/85/EU<sup>57</sup>.

The reform's overall objective as presented by the Council<sup>58</sup> is to reduce debt ratios and deficits in a gradual, realistic, sustained and growth-friendly manner, while protecting reforms and investments in strategic areas such as digital, green or defence. At the same time, attention has been paid to form a framework that will provide appropriate room for counter-cyclical policies and help address existing macroeconomic imbalances.

More specifically, the new legal framework for the macroeconomic management in the EU focuses on the need for Member State ownership over the national efforts towards fiscal consolidation. It also builds on a hard and unpleasant truth which has been suppressed for many years and that had serious consequences in the coordination of economic policies, namely that the fiscal position of each Member States differs. At the same time, it provides the Member States with incentives to invest in areas of common interest, such as climate change, digital and green transitions, and national defence. Finally, it attempts to simplify the design and the supervision system of fiscal consolidation measures with the aim to make them more credible and transparent.

## II. The key amendments

The focus in the present Sub-section turns to the amendments introduced to the multilateral surveillance and fiscal discipline systems, which are not exhaustively economic in nature but cause significant legal and structural changes in the mechanisms involved. These reforms will be presented categorised in terms of monitoring compliance, criteria of monitoring progress and institutional amendments.

When it comes to the obligation of the Member States to continuously provide all the necessary information and data about their fiscal image and their convergence plans, the recently adopted legal framework establishes a new

---

<sup>56</sup> OJ L, 2024/1264, 30.4.2024.

<sup>57</sup> OJ L, 2024/1265, 30.4.2024. *All three legislative acts apply as of the date of their publication in the Official Journal.*

<sup>58</sup> Council of the EU, Press Release 350/29.4.2024, available at: [https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/04/29/economic-governance-review-council-adopts-reform-of-fiscal-rules/?utm\\_source=brevio&utm\\_campaign=AUTOMATED-Alert-Newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_id=320](https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/04/29/economic-governance-review-council-adopts-reform-of-fiscal-rules/?utm_source=brevio&utm_campaign=AUTOMATED-Alert-Newsletter&utm_medium=email&utm_id=320).

document titled “medium-term fiscal-structural plans”<sup>59</sup>. These plans become the cornerstone of the Commission’s monitoring system and encompass country-specific fiscal trajectories, Member States’ structural reform and investment commitments.

Furthermore, one of the most important changes is surely the change of focus of the criteria of the economic policy coordination’s surveillance. In effect, the main concept with regard to which Member States’ compliance with the coordinated economic guidelines and the fiscal rules will be monitored is, after the amendments, that of “net expenditure”. This term is defined in both Regulations<sup>60</sup> as the government expenditure net of interest expenditure, discretionary revenue measures, expenditure on programs of the Union fully matched by revenue from Union funds, national expenditure on co-financing of programs funded by the Union, cyclical elements of unemployment benefit expenditure, and one-offs and other temporary measures. This is indeed a major shift in the national economic policy assessment doctrine. Even though public debts and deficits remain important and are taken into account as indicators of the performance of a Member State in managing its finances in broad terms, and thus there are specific safeguards provided which are triggered depending on the levels of these variables, “net expenditure” will be from now on the main indicator to evaluate when supervising and assessing the performance of a Member State towards fiscal consolidation.

Subsequently, while still presenting the criteria of compliance monitoring, it is worth pointing out that the new amended framework has in its epicentre the “reference trajectory”, a term defined as the multiannual net expenditure trajectory transmitted by the Commission to frame the dialogue with Member States where government debt and / or deficit exceed the reference values when drawing up their national medium-term fiscal-structural plans<sup>61</sup>. The interesting parameter to take into account at this point is that the reference trajectory, and therefore the Commission’s suggested plan for fiscal consolidation, will be “risk based and differentiated” for each Member State<sup>62</sup>. In accordance with Regulation (EU) 2024/1263, the notion of risk-based planning is paramount when the Commission plays the central role assigned to it by conducting a debt-sustainability analysis before addressing a

---

<sup>59</sup> Regulation (EU) 2024/1263, Article 11.

<sup>60</sup> Article 2, point (2) of Regulation (EU) 2024/1263 and Article 1(3) of Regulation (EC) No 1467/97 as amended by Regulation (EU) 2024/1264.

<sup>61</sup> Article 2, point (3) of Regulation (EU) 2024/1263 and Article 1(3) of Regulation (EC) No 1467/97 as amended by Regulation (EU) 2024/1264.

<sup>62</sup> Regulation (EU) 2024/1263, Article 6.

Recommendation concerning the trajectory that Member States should follow in the evolution of their “net expenditure” when their debts and deficits exceed the reference values.

In this context, it is important to note that the above changes reflect the fact that national governments, having reserved the competence in the exercise of economic policy, must still have discretion when planning on how to achieve the reference trajectory. Moreover, as it was mentioned above, temporary or on-off measures (e.g. wind-fall taxes or asset sales) do not change net expenditure under the definition provided by Article 2 of Regulation (EU) 2024/1263, which leads to the conclusion that any adjustments to public spending must be structural. Last but certainly not least, the Member States’ medium-term fiscal-structural plans to align with the reference trajectory cover a period of four or five years depending upon the term of each national legislative institution<sup>63</sup>, while any Member State can ask the Commission for a revision of the plans when there has been a change of government after elections.

Another interesting provision is observed in the new, totally replaced “preventive part” of the SGP, which, as it is by now evident, contains overall the most innovative elements of the new legal framework. More specifically, a one-year duration limit is set in the activation of the general escape clause through a Council Recommendation, with its repeatable renewal for one year each time being an option<sup>64</sup>. Indeed, the activation of the general escape clause during the pandemic led to the realisation that there are no clear guidelines for its deactivation. The same solution to the same problem is given regarding the activation of the Member State – specific escape clauses<sup>65</sup>. It is noteworthy that the new set of rules shifts the burden onto any decision to extend the activation.

When it comes to the encouragement of the public investment in important sectors, this incentive is offered through the provision giving to the Member States the choice of extending the planning horizon to up to three years as long as if they commit to reforms or investments that will improve growth potential, support fiscal sustainability, address common EU priorities, incorporate relevant country-specific recommendations, and result in the overall same or higher (not lower) level of nationally financed public investment in comparison to the previous period<sup>66</sup>. In order not to turn the above possibility

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, Articles 2(6) and 15.

<sup>64</sup> *Ibid.*, Article 25.

<sup>65</sup> *Ibid.*, Article 26.

<sup>66</sup> *Ibid.*, Article 14.

to a way to circumvent the obligations of a Member State deriving from a “recovery and resilience plan”, the Regulation explicitly provides that the set of reform and investment commitments underpinning the extension of the adjustment period shall be consistent with any commitments included in such an approved plan for the Member State concerned.

It is evident that an extension such as the one mentioned above lowers the average annual fiscal adjustment and thus aims to create incentives for governments, on one hand, to avoid excessive cutting of public investment as part of their consolidation efforts, and on the other hand, to spend more in common objectives. Moreover, Member States are allowed to calculate and include the impact of those investments into their annual progress report<sup>67</sup>.

With regard to the fiscal policy prudence, even though any modification in the reference values is not possible without a Treaty amendment, no matter how strict, rigid and maladjusted they can prove to be given the circumstances, the new Regulation (EU) 2024/1264 provides that not any transgression of those reference values will immediately trigger the corrective part of the SGP and lead to an Excessive Deficit Procedure (EDP). More specifically, it is of particular interest that, while the deficit-based EDP remains unchanged, in the debt-based EDP the operation of the new multi-annual framework is seriously taken into account. In effect, this new and clear distinction between the two different causes that can lead to the EDP demonstrates the specific weight the EU legislator recognizes to the more peculiar parameters that result to excessive deficit and its more severe consequences. Indeed, Member States that breach the 60% debt ratio can avoid an EDP if they can secure their compliance with their net expenditure path and their commitment to the fiscal-structural plan. Furthermore, once a Member State is in an EDP and exceeds the 3% deficit ratio threshold, a “corrective net expenditure path” is implemented<sup>68</sup>.

For the years when the deficit ratio exceeds the 3% threshold, the net expenditure path set by the national fiscal-structural plan would be adjusted by 0.5% of GDP. In effect, until effective action is taken, Member States in an EDP will face fines up to 0.05% of GDP to be paid every six months, up to cumulative fines of 0.5% of GDP<sup>69</sup>. As it can be observed, the upper limit of 0.5% of GDP is lowered in comparison to the older regime, and the imposed sanctions more granular.

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, Article 21(2).

<sup>68</sup> Articles 5 and 8 of Regulation (EC) No 1466/97 as amended by Regulation (EU) 2024/1264.

<sup>69</sup> Article 12 of Regulation (EC) No 1466/97 as amended by Regulation (EU) 2024/1264.

Moreover, one cannot disregard the mechanisms and changes introduced by the new legal framework in order to enhance the transparency of the multilateral surveillance and fiscal discipline processes. More specifically, the new Regulations and Directive strengthen the independence and functionality of the independent “European Fiscal Board”<sup>70</sup>, which advises on the exercise of the Commission’s and Council’s functions in the multilateral fiscal surveillance set out in Articles 121, 126 and 136 TFEU<sup>71</sup>, as well as the provisions aimed at keeping the European Parliament better informed<sup>72</sup>, mainly by means of the volume of documents being provided to it<sup>73</sup> and the existing economic dialogue and a new dedicated “medium-term fiscal-structural plan dialogue”<sup>74</sup>.

Finally, it is worth noting that the three new legislative acts essentially become the central circle in a system of multiple concentric circles ensuring the sustainability of government finances, with another, complementary system as a wider circle being the “Treaty on Stability, Coordination, and Governance in the Economic and Monetary Union” (2012), also known as the “fiscal compact”. In that sense, as it was accurately observed<sup>75</sup>, the new SGP framework is not just about fiscal policy but also about the direction of macroeconomic policy coordination more generally.

## D. Concluding remarks

The presentation and brief analysis of the three legislative acts adopted in April 2024 on the reform of the SGP can lead to several conclusions, among which two are selected to develop here, due to their importance and extent.

The *first* conclusion is purely legal in nature and concerns the fact that the EU legislator, in the form of all three institutions involved in the rulemaking process, considered it, on the one hand, appropriate to make amendments to the “corrective part” of the SGP and, on the other hand, necessary to radically change its “preventive part” by replacing it with a new system based on a

---

<sup>70</sup> This was established by Commission Decision (EU) 2015/1937 of 21 October 2015 (OJ L 282, 28.10.2015, pp. 37-40).

<sup>71</sup> Regulation (EC) No 1466/97, Article 24.

<sup>72</sup> *Ibid.*, Article 27.

<sup>73</sup> Additional information is to be provided to the European Parliament: transmission of fiscal-structural plans, minutes and underlying documents of technical dialogues, including proposed reference trajectories (in such a way as to allow replicability), net expenditure paths, debt sustainability assessments and progress reports on reform and investment commitments.

<sup>74</sup> Regulation (EC) No 1466/97, Article 28.

<sup>75</sup> See Jones (2024), p. 8.

different approach and different priorities. Indeed, a stirring of the wheel is evident when the efficient fiscal consolidation is perceived as being structural in nature and not pro-cyclical, and as being built alongside public investment and not at the expense of it. Even though the new Regulations and Directive are to be tested in practice before safe conclusions can be reached, it becomes clear that the economic governance paradigm in the EU is steadily changing, albeit slowly.

The *second* conclusion is drawn from the political message emitted by the SGP amendments, which is one of solidarity and integration. *Solidarity*, because the Member States carrying out the heavy burden of debt have now more options, time and a hospitable environment to bring their fiscal and economic policy back on track. *Integration*, because, even though the strictly and exclusively coordinative character of the EU's competence in the economic policy compared to its Member States is not altered, the direction of secondary law and especially of the new, amended SGP is clearly towards the last stage before the "EU economic policy", namely the "Member States' economic policies" where pro-EU considerations reign. The new provisions encouraging fiscal consolidation by public investment which supports common European policies is a notable example of that.

Regardless of whether the soundness and the providence of the new, amended SGP will be verified in the years to come, one consideration is surely true and becomes evident from the fact that all three institutions, namely the Commission, the Council and the Parliament, each representing a totally different form of power and defending different interests, have agreed against all bets to such an important reform in such a sensitive policy area. And that consideration is that the EU has learnt the most important lesson after years of economic turmoil: in order to survive one must adapt.

## E. Secondary sources

- De Grauwe, P. (2020):** *Economics of Monetary Union*, 13th Edition, Oxford University Press, Oxford - New York
- De Grauwe, P. (2013):** *Design failures in the Eurozone: Can they be fixed?*, London School of Economics, "Europe in Question" Discussion Paper Series, February
- De Gregorio Merino, A. (2019):** The institutional architecture of economic Union, in Fabbrini, F. and M. Ventoruzzo (2019, editors): *Research Handbook of EU Economic Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, Chapter 2, pp. 11-34
- Dermine, P. (2022):** *The New Economic Governance of the Eurozone – A Rule of Law Analysis*, Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge University Press (online publication, July)
- Drossos, Y. (2020):** *The Flight of Icarus: European Legal Responses Resulting from the Financial Crisis*, Hart Publishing, Oxford

- Eijffinger, S.C.W. and J. de Haan (2000):** *European Monetary and Fiscal Policy*, Oxford University Press, Oxford – New York
- Fabbrini, F. (2016):** *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford Studies in European Law, Oxford University Press, Oxford
- Feld, L.P., Fuest, C., Haucap, J., Schweitzer, H., Wieland, V. and B.U. Wigger (2023):** *Flexibilität statt Solidität? Zur Reform der europäischen Fiskalregeln*, Kronberger Kreis-Studien, No. 72, ISBN 3-89015-135-3, Stiftung Marktwirtschaft, Berlin, at: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/280426/1/1873016913.pdf>
- Gortsos, Ch.V. (2023):** *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 (2023)*, Sixth fully updated edition, August, available at: <https://ssrn.com/abstract=3819726>
- Gortsos, Ch.V. (2020):** *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
- Hadjiemmanuil, Ch. (2020a):** The Euro Area in Crisis, 2008-18, in Amtenbrink, F. and Ch. Herrmann (2020, editors): *Oxford Handbook on the EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, Chapter 40, pp. 1253-1362 (also published in LSE Law, Society and Economy Working Papers 12/2019, at: <https://ssrn.com/abstract=3413000>)
- Hadjiemmanuil, Ch. (2020b):** 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>
- Hattenberger, D. (2019):** Artikel 123-125 und 126 des AEUV, in Schwarze, J., Becker, U., Hatje, A. und J. Schoo (2019, Hrsg.): *EU-Kommentar*, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 1998-2010 and 2010-2041
- Hinarejos, Al. (2020):** The Legality of Responses to the Crisis, in Amtenbrink, F. and Ch. Herrmann (2020, editors): *The EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, Chapter 41, pp. 1363-1399
- Jones, E. (2024):** Europe's new regime for macroeconomic policy coordination: A first look, *Funcas SEFO*, Volume 13, pp. 5-12
- Keppenne, J.-P. (2020a):** Economic Policy Coordination: Foundations, Structures, and Objectives, in Amtenbrink, F. and Ch. Herrmann (2020, editors): *Oxford Handbook on the EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, Chapter 27, pp. 787-812
- Keppenne, J.-P. (2020b):** EU Fiscal Governance of the Member States: the Stability and Growth Pact and Beyond, in Amtenbrink, F. and Ch. Herrmann (2020, editors): *Oxford Handbook on the EU Law of Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, Chapter 28, pp. 813-849
- Piantelli, A.M. (2021):** *Managing Banking Crises in Europe after the Great Crisis*, Radboud Business Law Institute, Series Law of Business and Finance, Volume 20, Wolters Kluwer Nederland B.V.
- Reichlin, L., Adam, K., McKibbin, W.J., McMahon, M., Reis, R., Ricco, G. and B. Weder di Mauro (2021):** *The ECB strategy: The 2021 review and its future*, VoxEU.org/CEPR, CEPR Press, at: <https://voxeu.org/content/ecb-strategy-2021-review-and-its-future>
- Tuominen, T. (2019):** Mechanisms of financial stabilization, in Fabbrini, F. and M. Ventoruzzo (2019, editors): *Research Handbook of EU Economic Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Chapter 4, pp. 81-106
- Zilioli, Ch. (2021):** *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, pp. 2-6





**EuZ**  
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:  
**06 | 2024**

LEITARTIKEL:

**Livio Bundi**

**Die Regelung der EU-Binnenmarkt  
verzerrenden drittstaatlichen  
Subventionen auf dem Prüfstand –  
Überblick, Praxis und Beurteilung  
aus Schweizer Perspektive**

# Die Regelung der EU-Binnenmarkt verzerrenden drittstaatlichen Subventionen auf dem Prüfstand – Überblick, Praxis und Beurteilung aus Schweizer Perspektive

Livio Bundi\*

## Inhalt

|      |  |      |
|------|--|------|
| A.   | <a href="#">Einleitung</a>   | F 2  |
| B.   | <a href="#">Rechtliches</a>  | F 3  |
| I.   | <a href="#">Zweck und Anwendungsbereich der Verordnung 2022/2560</a>                           | F 3  |
| II.  | <a href="#">Begriffliches</a>  | F 4  |
| 1.   | <a href="#">Drittstaatliche Subvention</a>   | F 4  |
| 2.   | <a href="#">Verschaffung eines Vorteils</a>  | F 5  |
| 3.   | <a href="#">Verzerrungen auf dem Binnenmarkt</a>   | F 6  |
| III. | <a href="#">Mögliche Reaktionen der Europäischen Kommission</a>                                | F 7  |
| 1.   | <a href="#">Abwägungsprüfung</a>   | F 7  |
| 2.   | <a href="#">Verpflichtungszusagen und Abhilfemassnahmen</a>                                    | F 8  |
| IV.  | <a href="#">Verfahren</a>  | F 8  |
| 1.   | <a href="#">M&amp;A-Transaktionen</a>  | F 9  |
| 2.   | <a href="#">Öffentliche Vergabeverfahren</a>   | F 10 |
| 3.   | <a href="#">Prüfung von Amtes wegen</a>  | F 10 |
| V.   | <a href="#">Kommissionspraxis</a>  | F 11 |
| 1.   | <a href="#">Erste eingehende Prüfung im Zusammenhang mit chinesischem Unternehmen</a>          | F 11 |
| 2.   | <a href="#">Zwei weitere eingehende Prüfungen im Zusammenhang mit chinesischen Unternehmen</a> | F 12 |
| VI.  | <a href="#">Auswirkungen auf Schweizer Unternehmen mit Geschäftstätigkeit in der EU</a>        | F 13 |
| C.   | <a href="#">Schlussfolgerung</a>   | F 15 |

---

\* Dr. iur. Livio Bundi ist auf öffentliches Recht spezialisierter Rechtsanwalt und Partner bei der Anwaltskanzlei Bratschi AG in Zürich. Er hat an der Universität Luzern studiert und promoviert.

## A. Einleitung

Die Europäische Union (EU) unterliegt dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wie in Art. 4 Abs. 1 EUV<sup>1</sup>, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV und Art. 5 Abs. 2 EUV festgelegt. Aufgrund ihrer ausschliesslichen Zuständigkeit für die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV<sup>2</sup>) ist die EU befugt, entsprechende Regelungen zu erlassen.<sup>3</sup> Die Wettbewerbsregeln in Art. 101 ff. AEUV zielen darauf ab, ein System zu schaffen, das den Wettbewerb innerhalb des europäischen Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt.<sup>4</sup>

Neben EU-Vorschriften zur Fusionskontrolle und Kartellen betrifft ein Teil der Wettbewerbsregeln die mitgliedstaatlichen Beihilfen, welche seit 1957 einem ständig verfeinerten und immer detaillierter geregelten Kontrollverfahren unterzogen werden. Auf der Grundlage der Artikel 107 ff. AEUV hat sich dabei ein differenziertes System entwickelt, das je nach dem Wettbewerbsgefährdungspotenzial der Beihilfen mehr oder weniger strenge Regeln festlegt.<sup>5</sup>

Während die staatlichen Beihilfen durch Mitgliedstaaten somit seit längerem der Beihilfenkontrolle der Kommission unterliegen, konnten für die durch Nicht-EU-Länder gewährten Subventionen<sup>6</sup> bis vor kurzem keine vergleichbaren Regelungen greifen. In den Augen der Kommission waren damit Unternehmen, die in der EU eine wirtschaftliche Tätigkeit ohne Subventionen ausübten, gegenüber Empfängern von Subventionen aus Drittstaaten benachteiligt, zumal drittstaatliche Subventionen den fairen Wettbewerb für verschiedene wirtschaftliche Tätigkeiten in der Union untergraben können.<sup>7</sup> Diese Gefahr besteht vor allem dann,

- 
- <sup>1</sup> Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung; ABl. C 202/1 vom 7. Juni 2016).
  - <sup>2</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung; ABl. C 202/1 vom 7. Juni 2016).
  - <sup>3</sup> Fatlum Ademi/André S. Berne/Janine Dumont/Dirk Trüten/Wesselina Uebe, in: Andreas Kellerhals/Dirk Trüten (Hrsg.), Subventionen in der Schweiz – Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren, Zürich 2023, Rz. 62.
  - <sup>4</sup> Livio Bindi, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich 2016, S. 143.
  - <sup>5</sup> Michael Hahn, Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und die Schweiz, Aktuelle Entwicklungen im EU-Aussenwirtschaftsrecht: „Offene strategische Autonomie“ und EU-Aussenwirtschaftsrecht: Legitimer Durchsetzungswille oder Unilateralismus? in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlatescu, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich 2021, 157 ff., S. 179.
  - <sup>6</sup> In diesem Beitrag wird der Begriff der Subvention in Anlehnung an die Praxis der Kommission für Beihilfen von Drittstaaten verwendet. Der inhaltlich identische Begriff der Beihilfe bezieht sich hingegen auf Beihilfen der Mitgliedstaaten der EU.
  - <sup>7</sup> Hahn, S. 178; VO 2022/2560, Erwägungsgrund 4.

wenn Zusammenschlüsse dazu führen, dass Unionsunternehmen unter die Kontrolle von Unternehmen geraten, die ganz oder teilweise durch Subventionen aus Drittstaaten finanziert werden, oder wenn Unternehmen, die solche Subventionen erhalten, bei Ausschreibungen in der Union den Zuschlag bekommen.<sup>8</sup> Am 17. Juni 2020 verabschiedete die Kommission ein Weissbuch über ausländische Subventionen, womit eine öffentliche Debatte über das Thema wettbewerbsverzerrende ausländische Subventionen eingeleitet wurde.<sup>9</sup> In erster Linie stand dabei angesichts wachsender Investitionen chinesischer Unternehmen in der EU vor allem China im Fokus.<sup>10</sup>

Die damit bestehende Benachteiligung der EU-Unternehmen sollte mit der am 12. Januar 2023 in Kraft getretenen Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen („VO 2022/2560“)<sup>11</sup>, mit Wirkung ab dem 12. Juli 2023, beseitigt werden. Seitdem sollen auch Subventionen von Drittstaaten, die den Binnenmarkt verzerren könnten, angemessen überwacht und reguliert werden.<sup>12</sup>

Nachfolgend soll zunächst ein Überblick über die EU-Regelung von Drittstaatsubventionen sowie die dazugehörige aktuelle Kommissionspraxis verschafft werden. Alsdann ist auf die praktische Relevanz der VO 2022/2560 insbesondere für Schweizer Unternehmen einzugehen und schliesslich deren Bewertung vorzunehmen.

## **B. Rechtliches**

### **I. Zweck und Anwendungsbereich der Verordnung 2022/2560**

Die VO 2022/2560 bezweckt, einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts zu leisten. Im Fokus steht dabei die Herstellung gleicher

---

<sup>8</sup> VO 2022/2560, Erwägungsgrund 4.

<sup>9</sup> Europäische Kommission, Weissbuch vom 17. Juni 2020, Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, COM(2020) 253 final.

<sup>10</sup> Ademi/Berne/Dumont/Trüten/Uebe, Rz. 262, m.H.; Arhold, S. 312.

<sup>11</sup> ABl L 330 vom 23. Dezember 2022, 1 ff.

<sup>12</sup> Vgl. zum Hintergrund der VO 2022/2560 Harald Weiss/Kristina Winkelmann, EU-Behilfenrecht „goes global“: Die Kontrolle drittstaatlicher Subventionen im Rahmen der EU Foreign Subsidies Regulation, in: RIW 2023 572 ff., S. 572 f.; Wolfgang Weiss, Die Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen: Ein Weg zu mehr Wettbewerbsgleichheit?, in: ZHR 187 (2023) 809 ff., S. 809 ff.; Christoph Arhold, Foreign Subsidies Regulation – Verordnung über Drittstaatssubventionen, in: EWS 2022 310 ff., S. 311.

Wettbewerbsbedingungen, indem die Verzerrungen des EU-Binnenmarkts, die direkt oder indirekt durch drittstaatliche Subventionen verursacht werden, angegangen werden. Sie legt hierfür Regeln und Verfahren für die Prüfung und Beseitigung solcher wettbewerbsverzerrender drittstaatlicher Subventionen fest und umfasst namentlich Situationen, in denen ein subventionierter Investor beabsichtigt, ein EU-Zielunternehmen zu erwerben oder an einem öffentlichen Vergabeverfahren teilzunehmen (vgl. Art. 1 Abs. 1 VO 2022/2560). Erfasst werden drittstaatliche Subventionen, die Unternehmen – einschliesslich öffentlicher Unternehmen, die der direkten oder indirekten Kontrolle des Staates unterliegen – gewährt werden, welche eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem EU-Binnenmarkt ausüben. Eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt üben unter anderem Unternehmen aus, die die Kontrolle über ein in der Union niedergelassenes Unternehmen erwerben oder mit einem solchen Unternehmen fusionieren, und Unternehmen, die an einem öffentlichen Vergabeverfahren in der Union teilnehmen (Art. 1 Abs. 2 VO 2022/2560). Zuwendungen nur für die nichtwirtschaftliche Betätigung eines Unternehmens ohne Einfluss auf seine wirtschaftliche Tätigkeit sind keine Subvention, wobei eine Subvention jedoch vorliegen kann, wenn das Unternehmen die finanzielle Zuwendung für eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit zur Quersubventionierung seiner wirtschaftlichen Tätigkeiten verwendet.<sup>13</sup>

## II. Begriffliches

### 1. Drittstaatliche Subvention

Eine drittstaatliche Subvention im Sinne der VO 2022/2560 liegt vor, „wenn ein Drittstaat direkt oder indirekt eine finanzielle Zuwendung gewährt, die einem Unternehmen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt ausübt, einen Vorteil verschafft und die rechtlich oder faktisch auf ein einzelnes Unternehmen oder einen einzelnen Wirtschaftszweig oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt ist“ (Art. 3 Abs. 1 VO 2022/2560).<sup>14</sup> Als „finanzielle Zuwendungen“ (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 VO 2022/2560) gelten unter anderem die Übertragung von Mitteln oder Verbindlichkeiten (z.B. Kapitalzuführungen, Zuschüsse, Kredite, Kreditgarantien, Steueranreize, Ausgleich von Betriebsverlusten, Ausgleich für von Behörden auferlegte finanzielle Belastungen, Schuldenerlass, Schuldenswaps oder eine Umschuldung)

---

<sup>13</sup> VO 2022/2560, Erwägungsgrund 16.

<sup>14</sup> Vgl. für Begriffsbestimmungen „Unternehmen“, „Auftrag“, „öffentliches Vergabeverfahren“, „öffentlicher Auftraggeber“, „Auftraggeber“ und „Verfahren mit mehreren Phasen“: Art. 2 VO 2022/2560.

(lit. a), der Verzicht auf sonst zustehende Einnahmen (z.B. Steuerbefreiungen, Gewährung besonderer oder ausschliesslicher Rechte an ein Unternehmen ohne angemessene Vergütung) (lit. b) oder die Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen (lit. c).

Sowohl der Begriff der „finanziellen Zuwendung“ als auch ihre „Drittstaatlichkeit“ sind sehr weit gefasst und nur vage definiert. Unter „finanziellen Zuwendung“ sind im Grunde sämtliche Massnahmen erfasst, die einen Geldwert haben oder denen ein solcher zugemessen werden kann. Umfasst ist damit eine breite Palette von Unterstützungsmassnahmen, die nicht auf Geldtransfers beschränkt sind, wie beispielsweise die Gewährung besonderer oder ausschliesslicher Rechte an ein Unternehmen ohne angemessene, den normalen Marktbedingungen entsprechende Vergütung. Die „Drittstaatlichkeit“ betrifft die Zurechenbarkeit der Handlung zu einem Nicht-EU-Mitgliedstaat und umfasst sämtliche Finanz- und Vermögenstransfers (im weitesten Sinne), bei denen staatliche Einrichtungen oder öffentliche Unternehmen in Drittstaaten beteiligt sind.<sup>15</sup> Umfasst sind auch finanzielle Zuwendungen einer privaten Einrichtung, deren Handlungen angesichts aller relevanten Umstände dem Drittstaat zugerechnet werden (Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 lit. c VO 2022/2560).<sup>16</sup>

Zwar ist die Definition der drittstaatlichen Subvention bzw. der finanziellen Zuwendung in Art. 3 VO 2022/2560 derjenigen der Beihilfe im EU-Beihilferecht bzw. Art. 107 Abs. 1 AEUV nachgebildet,<sup>17</sup> anders als im Beihilfenrecht gibt es jedoch aufgrund des per definitionem grenzüberschreitenden Charakters der drittstaatlichen Subventionen insbesondere kein gesondertes Tatbestandsmerkmal der „Handelsbeeinträchtigung“.<sup>18</sup> Ebenfalls ist zu beachten, dass die VO 2022/2560 unmittelbar die betreffenden Unternehmen adressiert und erhebliche Bussgelddrohungen normiert, wohingegen sich Art. 107 f. AEUV an die EU-Mitgliedstaaten richtet und dem Beihilferecht ein Pönalcharakter grundsätzlich fremd ist.<sup>19</sup>

## 2. Verschaffung eines Vorteils

Die Verschaffung eines Vorteils liegt vor, wenn dieser Vorteil unter normalen Marktbedingungen nicht hätte erlangt werden können. Grundlage für die Be-

---

<sup>15</sup> Weiss/Winkelmann, S. 575; Johannes Zöttl, Neues zur Fusionskontrolle wegen drittstaatlicher Subventionen – Durchführungsverordnung veröffentlicht, in: EWS 2023 181 ff., S. 182.

<sup>16</sup> Vgl. auch Weiss/Winkelmann, S. 575.

<sup>17</sup> Ademi/Berne/Dumont/Trüten/Uebe, Rz. 265.

<sup>18</sup> Siehe zu diesem und weiteres Unterschieden Arhold, S. 314.

<sup>19</sup> Lukas Reiter, Zum Begriff der wettbewerbsverzerrenden drittstaatlichen Subvention im Sinne der Foreign Subsidies Regulation, in: EuZW 2023, 596 ff., S. 596.

wertung eines solchen Vorteils sollen komparative Referenzwerte sein, z.B. die Investitionspraxis privater Investoren, auf dem Markt erhältliche Finanzierungssätze, eine vergleichbare steuerliche Behandlung oder die angemessene Vergütung für bestimmte Waren oder Dienstleistungen. Sofern keine direkt vergleichbare Referenzwerte bestehen, können bestehende Referenzwerte angepasst oder alternative Referenzwerte auf Grundlage allgemein anerkannter Beurteilungsmethoden ermittelt werden.<sup>20</sup> Der Vorteil sollte – wie im EU-Beihilferecht – einem oder mehreren Unternehmen oder Wirtschaftszweigen verschafft werden. Die damit geforderte Spezifität einer drittstaatlichen Subvention kann rechtlich oder faktisch festgestellt werden.<sup>21</sup>

Dieses Konzept ist den bekannten Konzepten des „Vorteils“ und der „Selektivität“ bzw. „Spezifität“ im EU-Beihilferecht nachgebildet. Es liegt deshalb nahe, dass der wirtschaftliche Vorteil im Einklang mit der Rechtsprechung bzw. der Entscheidungspraxis der Kommission zum EU-Beihilferecht, insbesondere mit derjenigen zum „Market Economy Operator Principle“, ausgelegt wird.<sup>22</sup>

### 3. Verzerrungen auf dem Binnenmarkt

Eine Verzerrung auf dem Binnenmarkt liegt vor, wenn eine drittstaatliche Subvention geeignet ist, die Wettbewerbsposition eines Unternehmens auf dem Binnenmarkt zu verbessern, und die drittstaatliche Subvention dadurch den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt (Art. 4 Abs. 1 VO 2022/2560). Art. 4 Abs. 1 VO 2022/2560 zählt nicht abschliessend Indikatoren auf, die auf eine Verzerrung schliessen lassen können (z.B. Höhe oder Art der drittstaatlichen Subventionen).

In Art. 4 Abs. 2 und 4 sowie Art. 5 VO 2022/2560 werden sodann für bestimmte Sachverhalte Wahrscheinlichkeitsvermutungen angestellt. So gilt es als unwahrscheinlich, dass die drittstaatliche Subvention zu einer Verzerrung führt, wenn der Gesamtbetrag einer Subvention für ein Unternehmen 4 Mio. EUR in einem Zeitraum von drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht übersteigt (Abs. 2). Eine Subvention kann als nicht den Binnenmarkt verzerrend geltend, sofern sie darauf abzielt, einen von Naturkatastrophen oder aussergewöhnlichen Ereignissen verursachten Schaden zu beheben (Abs. 4). Art. 5 VO 2022/2560 enthält sodann Kategorien drittstaatlicher Subventionen, bei denen mit grösster Wahrscheinlichkeit eine Verzerrung des Binnenmarkts stattfindet, etwa drittstaatliche Subventionen, die einem notleidenden Unternehmen gewährt werden (Abs. 1 lit. a) oder drittstaatliche Subventionen in

---

<sup>20</sup> VO 2022/2560, Erwägungsgrund 13.

<sup>21</sup> VO 2022/2560, Erwägungsgrund 14; Weiss, S. 814.

<sup>22</sup> Weiss/Winkelmann, S. 577; Arhold, S. 314.

Form einer unbegrenzten Garantie für Schulden oder Verbindlichkeiten des Unternehmens, das heisst einer Garantie, deren Höhe oder Laufzeit nicht begrenzt ist (Abs. 1 lit. b). Aufgrund der letzteren Bestimmung könnten etwa die mit Staatsgarantien der Kantone ausgerüsteten Kantonalbanken ins Visier der Kommission geraten, zumal etliche Kantonalbanken bereits heute auf dem EU-Binnenmarkt tätig sind, sei es durch Vermögensverwaltungsmandate oder durch die Betreuung von Grenzgängerinnen und Grenzgängern.<sup>23</sup>

Das betroffene Unternehmen kann relevante Informationen darüber vorlegen, dass eine Subvention, die in eine der Kategorien drittstaatlicher Subventionen fällt, bei denen mit grösster Wahrscheinlichkeit eine Verzerrung des Binnenmarkts angenommen wird, den Binnenmarkt unter den besonderen Umständen des jeweiligen Falls nicht verzerrt (Abs. 2).

Keine Binnenmarktverzerrung liegt jedenfalls vor, wenn der Gesamtbetrag der Subvention für ein Unternehmen den Betrag einer De-minimis-Beihilfe im Sinne von Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 pro Drittstaat in einem Zeitraum von drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht übersteigt (Art. 4 Abs. 3 VO 2022/2560).

### **III. Mögliche Reaktionen der Europäischen Kommission**

#### **1. Abwägungsprüfung**

Liegt eine subventionsverursachte Verzerrung auf dem Binnenmarkt vor, kann die Kommission eine Abwägungsprüfung gemäss Art. 6 Abs. 1 VO 2022/2560 vornehmen. Demnach kann die Kommission die negativen Auswirkungen der Subvention auf der Grundlage der erhaltenen Informationen gegen die positiven Auswirkungen der Subvention auf die Entwicklung der betreffenden subventionierten wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Binnenmarkt abwägen. Sie prüft dabei auch andere positive Auswirkungen der Subvention (z.B. die positiven Auswirkungen hinsichtlich der einschlägigen politischen Ziele, insbesondere die der EU).

Diese „EU interest“-Prüfung erinnert an die Vorgehensweise im EU-Beihilfenrecht im Rahmen der Prüfung von Beihilfen, die zur Erreichung eines legitimen Ziels beitragen.<sup>24</sup> Eine Abwägungsprüfung durch die Kommission ist indes nicht in jedem Fall zwingend erforderlich, sondern nur dann, wenn der

---

<sup>23</sup> Stephan Breitenmoser/Alain Bai, Europarechtlicher Rahmen für schweizerische Subventionen, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2022/2023, Zürich 2023, 395 ff., S. 414.

<sup>24</sup> Hahn, S. 181.

Kommission (insbesondere auf den Vortrag des Unternehmens hin) entsprechende positive Gesichtspunkte vorliegen.<sup>25</sup> Einmal durchgeführt, muss die Abwägungsprüfung bei der Entscheidung betreffend Abhilfemassnahmen oder angebotener Verpflichtungszusagen berücksichtigt werden (vgl. Art. 6 Abs. 2 VO 2022/2560).<sup>26</sup>

## 2. Verpflichtungszusagen und Abhilfemassnahmen

Zur Beseitigung der Verzerrung auf dem Binnenmarkt kann die Kommission dem Unternehmen Abhilfemassnahmen auferlegen, es sei denn, sie hat Verpflichtungszusagen des geprüften Unternehmens angenommen (Art. 7 Abs. 1 VO 2022/2560). Die Verpflichtungszusagen bzw. Abhilfemassnahmen müssen verhältnismässig sein und die tatsächlich oder potenziell durch die drittstaatliche Subvention auf dem Binnenmarkt verursachte Verzerrung vollständig und wirksam beseitigen (Art. 7 Abs. 3 VO 2022/2560). Denkbar als Abhilfemassnahme ist etwa die Rückzahlung der drittstaatlichen Subvention, einschliesslich einer angemessenen Verzinsung und bei einem Vergabeverfahren oder einem Zusammenschluss können etwa die Auftragsvergabe (Art. 31 Abs. 2 VO 2022/2560) oder der Zusammenschluss (Art. 25 Abs. 3 lit. c VO 2022/2560) untersagt werden, sofern keine hinreichenden Verpflichtungszusagen abgegeben werden.<sup>27</sup>

Anders als im EU-Beihilfenrecht kann die EU im Rahmen der Überprüfung ausländischer Subventionen einem Drittstaat die Gewährung von Subventionen nicht verbieten, sondern nur Entscheidungen über Ausgleichsmassnahmen für Unternehmen erlassen, die genau auf die durch die Subvention verursachte Wettbewerbsverzerrung zugeschnitten sein müssen.<sup>28</sup>

## IV. Verfahren

Mit der VO 2022/2560 wurden drei Verfahren eingeführt: Zwei anmeldungsbasierte Verfahren, um i) Fusionen oder Übernahmen (Zusammenschlüsse) (Art. 19–26) sowie ii) Angebote im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren (Art. 27–33) zu prüfen, bei denen finanzielle Zuwendungen von Nicht-EU-Regierungen im Spiel sind, sowie ein Verfahren von Amtes wegen zur Untersuchung aller anderen Marktsituationen, bei dem die Kommission auf eigene Initiative eine Überprüfung einleiten kann, ohne dass hierfür Schwellenwerte

---

<sup>25</sup> Weiss/Winkelmann, S. 578; Weiss, S. 822 f.

<sup>26</sup> Weiss, S. 822 f.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu und zu weiteren Beispielen Arhold, S. 316.

<sup>28</sup> Weiss, S. 823 f.

erreicht sein müssen (Art. 9–18).<sup>29</sup> Die Kommission ist zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben mit zahlreichen Anordnungs- und Ermittlungsbefugnissen sowie Sanktionierungsmöglichkeiten ausgestattet. So kann sie etwa einstweilige Massnahmen anordnen, Auskünfte verlangen, Nachprüfungen vornehmen und in gewissen Fällen Geldbussen oder Zwangsgelder verhängen (Art. 12–17, 25 Abs. 1, 26, 30 Abs. 1 und 33 VO 2022/2560).<sup>30</sup>

Am 10. Juli 2023 hat die Europäische Kommission die Durchführungsverordnung (EU) 2023/1441 der Kommission vom 10. Juli 2023 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung von Verfahren nach der Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen („**DVO 2023/1441**“) erlassen. Diese Verordnung enthält Verfahrenseinzelheiten und listet die Informationen und Dokumente auf, die Unternehmen bei Anmeldungen nach der VO 2022/2560 offenlegen müssen (vgl. Art. 1 DVO 2023/1441).<sup>31</sup>

Noch nicht erlassen sind die Leitlinien, welche die Kommission spätestens am 12. Januar 2026 in Bezug etwa auf die Anwendung der Kriterien für die Feststellung des Vorliegens einer Verzerrung nach Art. 4 Abs. 1 oder die die Anwendung der Abwägungsprüfung nach Art. 6 VO 2022/2560 zu veröffentlichen hat (Art. 46 VO 2022/2560).

## 1. M&A-Transaktionen

M&A-Transaktionen müssen vor ihrem Abschluss bei der Kommission zur Fusionskontrolle angemeldet werden, wenn sie eine Übernahme alleiniger oder gemeinsamer Kontrolle oder eine Fusion beinhalten und bestimmte Schwellenwerte überschreiten. Die Schwellenwerte beziehen sich auf die Grösse der beteiligten Unternehmen und die Höhe der erhaltenen Drittstaatsubventionen. Im letzten Geschäftsjahr muss der Umsatz in der EU über 500 Millionen Euro liegen. Ausserdem müssen mindestens 50 Millionen Euro an Drittstaatsubventionen geflossen sein (Art. 20 ff. VO 2022/2560).<sup>32</sup> Die Kommission kann jedoch die vorherige Anmeldung eines Zusammenschlusses, bei dem

---

<sup>29</sup> Vgl. zu diesen drei Säulen, die umfassend die Kontrolle drittstaatlicher Subventionen ermöglichen, Benjamin Linke, Wirkungen der neuen Drittstaatsubventionsverordnung im Vergabeverfahren, in: NZBau 2023, 427 ff., S. 427.

<sup>30</sup> Vgl. auch Weiss, S. 836 f.

<sup>31</sup> Zu den praktischen Erleichterungen der DVO bei Drittstaatsubventionierungen im öffentlichen Vergabeverfahren vgl. Benjamin Linke, Anmeldepflichten nach der Drittstaatssubventionsverordnung bei öffentlichen Vergabeverfahren, in: EuZW 2024, 257 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu und eingehend zur Fusionskontrolle wegen drittstaatlicher Subventionen Zöttl, S. 182.

es sich nicht um einen anmeldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne des Art. 20 VO 2022/2560 handelt, vor dem Vollzug des Zusammenschlusses jederzeit verlangen, wenn sie vermutet, dass die beteiligten Unternehmen in den drei Jahren vor dem Zusammenschluss drittstaatliche Subventionen erhalten haben könnten. Diese weit gefasste Anmeldepflicht bei Transaktionen hat in der Praxis erhebliche Kritik hervorgerufen, umso mehr, als sie die Bereitstellung einer grossen Menge an Daten erfordert.<sup>33</sup>

## 2. Öffentliche Vergabeverfahren

Als drittstaatliche Subventionen, die ein öffentliches Vergabeverfahren verzerren oder zu verzerren drohen, sind drittstaatliche Subventionen zu verstehen, die einen Wirtschaftsteilnehmer in die Lage versetzen, ein in Bezug auf die betreffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungerechtfertigt günstiges Angebot einzureichen (Art. 27 VO 2022/2560). Unternehmen, die an öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen, müssen dem Auftraggeber alle relevanten finanziellen Zuwendungen aus Drittstaaten melden. Wenn diese Zuwendungen nicht meldepflichtig sind, müssen die Unternehmen dennoch alle erhaltenen Beträge angeben und erklären, warum keine Meldepflicht besteht (Art. 29 Abs. 1 VO 2022/2560).

Eine „meldepflichtige drittstaatliche finanzielle Zuwendung“ liegt vor, wenn der geschätzte Auftragswert mindestens 250 Millionen Euro beträgt und das Unternehmen sowie seine Tochter- und Beteiligungsgesellschaften in den letzten drei Jahren pro Drittstaat mindestens 4 Millionen Euro erhalten haben. Dies gilt auch bei Vergaben durch Lose, wenn der Gesamtwert der Lose 125 Millionen Euro oder mehr beträgt (Art. 28 Abs. 1 und 2 VO 2022/2560).<sup>34</sup>

Während der Prüfung solcher Zuwendungen darf keine Vergabeentscheidung getroffen werden (Art. 32 Abs. 1 VO 2022/2560). Die Prüfungsverfahren unterliegen Fristen (vgl. Art. 30 VO 2022/2560), ähnlich wie bei den Transaktionen (Art. 24 f. VO 2022/2560).<sup>35</sup>

## 3. Prüfung von Amtes wegen

Die Kommission kann potenziell wettbewerbsverzerrende Subventionen von Amtes wegen (ex officio) prüfen und dabei alle verfügbaren Informationen, einschliesslich solcher von Mitgliedstaaten oder Privatpersonen, nutzen (Art. 9

---

<sup>33</sup> Weiss, S. 849, m.H.; Zöttl, S. 183.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu und eingehend zu den Wirkungen der neuen Drittstaatusubventionsverordnung im Vergabeverfahren Linke, S. 427 ff. und 429 f.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu Arhold, S. 312 f.

VO 2022/2560). Sie kann ausländische Subventionen bei Fusionen, Übernahmen, öffentlichen Ausschreibungen und anderen Marktsituationen untersuchen, ohne an Schwellenwerte gebunden zu sein. Dieses Instrument ermöglicht eine umfassende Überprüfung aller potenziell wettbewerbsverzerrenden ausländischen Subventionen, die nicht unter die Meldepflicht fallen (Art. 10 VO 2022/2560).<sup>36</sup>

Die allgemeinen Verfahrensregeln für meldepflichtige Transaktionen oder Vergabeverfahren gelten auch für ex officio-Verfahren. Der Hauptunterschied besteht darin, dass bei ex officio-Verfahren kein Vollzugs- oder Vergabeverbot besteht und die Kommission bestrebt sein muss, innerhalb von 18 Monaten nach Beginn der Untersuchung eine Entscheidung zu treffen (Art. 11 Abs. 5 VO 2022/2560).

## V. Kommissionspraxis

### 1. Erste eingehende Prüfung im Zusammenhang mit chinesischem Unternehmen

Am 4. September 2023 hat das bulgarische Ministerium für Verkehr und Kommunikation ein offenes öffentliches Vergabeverfahren für ein Projekt von 20 elektrischen Wendezügen sowie deren Wartung über 15 Jahre eingeleitet. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf rund 1,2 Mrd. BGN (610 Mio. EUR).

Die CRRC Qingdao Sifang Locomotive Co., Ltd., eine Tochtergesellschaft von CRRC Sifang Co., Ltd., die mehrheitlich CRRC Corporation Limited<sup>37</sup> gehört und in mehreren Ländern tätig ist, nahm daraufhin gestützt auf Art. 29 Abs. 1 VO 2022/2560 eine Meldung vor, meldete jedoch keine finanziellen Zuwendungen aus Drittstaaten gemäss Art. 5 VO 2022/2560 und gab an, keine Einzelzuwendungen von mindestens 4 Mio. EUR erhalten zu haben.

Am 24. Januar 2024 forderte die Kommission Informationen zur Eigentumsstruktur und zu finanziellen Zuwendungen über 4 Mio. EUR in den letzten drei Jahren an. Daraufhin fand die Kommission Hinweise auf Subventionen, darunter: Öffentliche Aufträge über 7,5 Mrd. EUR ohne ausreichenden Nachweis wettbewerbsorientierter Vergabe, staatliche Zuwendungen von 804 Mio. EUR

---

<sup>36</sup> Vgl. Weiss/Winkelmann, S. 576; Arhold, S. 313.

<sup>37</sup> CRRC Corporation Limited ist ein staatlicher chinesischer Hersteller von Schienenfahrzeugen. Gemessen an den Einnahmen ist CRRC der weltweit grösste Hersteller von rollendem Material. Vgl. hierzu Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 16. Februar 2024 „Kommission leitet erste eingehende Prüfung nach der Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten ein“.

als transitorische Passiva, staatliche Zuschüsse an CRRC Corporation Limited, die 355 Mio. EUR (2020), 301 Mio. EUR (2021), 234 Mio. EUR (2022) und 51 Mio. EUR (erstes Halbjahr 2023) betragen. Die Kommission sah aufgrund der erheblichen drittstaatlichen finanziellen Zuwendungen und des deutlich niedrigeren Angebots des Anmelders im Vergleich zu den geschätzten Kosten des Auftraggebers und dem Angebot des Wettbewerbers hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass dem Anmelder Subventionen gewährt wurden, die den Binnenmarkt verzerren könnten. Sie forderte alle natürlichen oder juristischen Personen, die Mitgliedstaaten sowie das Drittland, das die genannten drittstaatlichen Subventionen gewährt hatte, zur Stellungnahme auf. Das Unternehmen beantwortete das Auskunftersuchen fristgerecht. Am 16. Februar 2024 beschloss die Kommission, eine eingehende Untersuchung gemäss Artikel 10 Absatz 3 VO 2022/2560 einzuleiten.<sup>38</sup>

Die Kommission ist gestützt auf Art. 30 Abs. 5 VO 2022/2560 gehalten, bis zum 2. Juli 2024 einen endgültigen Beschluss zu fassen.

## 2. Zwei weitere eingehende Prüfungen im Zusammenhang mit chinesischen Unternehmen

Am 27. September 2023 hatte ein rumänischer öffentlicher Auftraggeber (die Societatea PARC FOTOVOLTAIC ROVINARI EST S.A.) im Hinblick auf den Entwurf, Bau und Betrieb eines Fotovoltaikparks in Rumänien mit einer installierten Leistung von 454,97 MW ein offenes öffentliches Vergabeverfahren eingeleitet (Wert: rund 375 Mio. EUR).

Die Kommission hat gestützt auf die Meldungen des Konsortiums ENEVO Group – LONGi Solar Technologie, bestehend aus der ENEVO Group SRL und der LONGi Solar Technologie GmbH<sup>39</sup> einerseits und der Shanghai Electric UK, Ltd. und der Shanghai Electric Hong Kong International Engineering Company<sup>40</sup> an-

---

<sup>38</sup> Vgl. zum Ganzen Kurzmitteilung über die Einleitung einer eingehenden Prüfung nach Artikel 10 Absatz 3 Buchstabe d der Verordnung (EU) 2022/2560 in der Sache FSP.100147, ABl. C/2024/1913 vom 29. Februar 2024.

<sup>39</sup> Die LONGi Solar Technologie GmbH ist eine neu gegründete deutsche Tochtergesellschaft der LONGi Green Energy Technology Co., Ltd., die sich vollständig in deren Eigentum befindet und zur Gänze von ihr kontrolliert wird. Die LONGi Green Energy Technology Co., Ltd. ist ein führender Anbieter von Fotovoltaiklösungen und an der Hongkonger Börse notiert. Vgl. dazu Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 3. April 2024 „Kommission leitet zwei eingehende Prüfungen nach der Verordnung über Subventionen aus Drittstaaten im Fotovoltaik-Sektor ein“.

<sup>40</sup> Sowohl die Shanghai Electric UK, Ltd. als auch die Shanghai Electric Hong Kong International Engineering Company befinden sich zu 100% im Eigentum der chinesischen Shanghai Electric Group Co., Ltd. Vgl. dazu Kurzmitteilung i.S. FSP. 100154, ABl. C/2024/2832.

dererseits innerhalb von 20 Arbeitstagen eine Vorprüfung durchgeführt. Aufgrund der Vorprüfung haben sich ausreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass den genannten Unternehmen drittstaatliche Subventionen gewährt wurden, die den Binnenmarkt verzerren könnten. Die Kommission nennt namentlich die erheblichen potenziellen wirtschaftlichen Vorteile, die den Unternehmen durch die Shanghai Electric Group Co., Ltd. sowie die LONGi Green Energy Technology Co., Ltd. aufgrund von Subventionen in erheblicher Höhe<sup>41</sup>, die diese drei Jahre vor der Einreichung der Meldung erhalten hatten, verschafft wurden.

In der Folge beschloss die Kommission am 3. April 2024, zwei weitere eingehende Untersuchungen gemäss Art. 10 Abs. 3 VO 2022/2560 einzuleiten, wiederum – wie die zuvor eingeleitete erste eingehende Untersuchung – im Zusammenhang mit potenziell marktverzerrenden Auswirkungen drittstaatlicher Subventionen, die Bietern im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens gewährt wurden.<sup>42</sup>

Die Kommission ist gestützt auf Art. 30 Abs. 5 VO 2022/2560 gehalten, bis zum 10. August 2024 einen endgültigen Beschluss zu fassen.

## **VI. Auswirkungen auf Schweizer Unternehmen mit Geschäftstätigkeit in der EU**

In der Schweiz als Nicht-EU-Mitgliedstaat ansässige Unternehmen mit Geschäftstätigkeit in der EU sind direkt von VO 2022/2560 und DVO 2023/1441 betroffen, vor allem bei geplanten Transaktionen oder bei Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen in EU-Mitgliedstaaten.

Zufolge der vorstehenden Ausführungen müssen Schweizer Unternehmen mit Meldepflichten rechnen, wenn bestimmte Schwellenwerte erreicht werden, und können sie auch von Untersuchungen ex officio der Europäischen Kommission betroffen sein. Finanzielle Zuwendungen von Behörden auf allen drei Staatsebenen (Bund, Kantone, Gemeinden) bzw. diesen zurechenbaren öffentlichen oder privaten Einrichtungen gelten grundsätzlich als Zuwendungen im Sinne der VO 2022/2560.<sup>43</sup> Die praktische Relevanz der EU-Subventionskontrolle dürfte in den kommenden Jahren ansteigen, zumal in den letzten Jahren Finanz-, Wirtschafts-, Migrations-, Pandemie-, Klima- und Energiekrisen dazu

---

<sup>41</sup> Die Shanghai Electric Group Co., Ltd. soll zumindest mehrere Milliarden Euro an Subventionen erhalten haben.

<sup>42</sup> Vgl. zum Ganzen Kurzmitteilungen über die Einleitung einer eingehenden Prüfung nach Artikel 10 Absatz 3 Buchstabe d der Verordnung (EU) 2022/2560 in den Sachen FSP. 100151 und FSP. 100154, ABl. C/2024/2830 und C/2024/2832 vom 22. April 2024.

<sup>43</sup> Vgl. vorne, Ziff. [B.II.1](#).

geführt haben, dass staatliche Beihilfen erheblich zugenommen haben und im politischen Alltag von Bund und Kantonen fest verankert sind.<sup>44</sup> Dies schliesst speziell ausgehandelte Steuervergünstigungen und individuelle Unterstützungen, auch im Rahmen der Covid-19-Hilfe, ein. Zudem müssen Schweizer Unternehmen auch Subventionen berücksichtigen, die sie von anderen Nicht-EU-Staaten weltweit erhalten.<sup>45</sup>

Die bisherige Kommissionspraxis scheint – soweit ersichtlich – noch stark auf chinesische Subventionen ausgerichtet, was nicht zuletzt auch darauf zurückzuführen sein dürfte, dass damit teilweise Milliardenbeträge involviert sind. Im Weiteren standen bislang öffentliche Vergabeverfahren im Fokus. Die Kommission hat es jedoch in der Hand, ihre Praxis jederzeit auch auf andere internationale Akteure wie die Schweiz auszudehnen und insbesondere auch Fälle zu erfassen, bei welchen tiefere Subventionsbeträge im Spiel sind.

Für im EU-Binnenmarkt tätige Unternehmen aus Nicht-EU-Staaten bedeutet die VO 2022/2560 jedenfalls eine erhebliche zusätzliche regulatorische Belastung, insbesondere weil die Notifikationspflichten für die Unternehmen allein durch den Empfang der finanziellen Zuwendung ausgelöst werden.<sup>46</sup> Im Weiteren ist mit der VO 2022/2560 derzeit ein noch hohes Mass an Rechtsunsicherheit verbunden. Beispielsweise lässt die Abwägung der positiven und negativen Auswirkungen einer möglichen drittstaatlichen Subvention Interpretationsspielräume offen und besteht für Unternehmen das Risiko, auch unterhalb der relevanten Meldeschwellen ad-hoc-Prüfungen der Kommission ausgesetzt zu sein.<sup>47</sup> Dies gilt umso mehr für Schweizer Unternehmen, da es in der Schweiz weitgehend an einer Subventionsregulierung bzw. an einem Subventionskontrollsystem fehlt<sup>48</sup> und es damit auch an den diesbezüglichen Erfahrungen und Sensibilitäten im Umgang mit staatlichen Subventionen mangeln dürfte.

---

<sup>44</sup> Breitenmoser/Bai, S. 396.

<sup>45</sup> Marcel Dietrich/Richard Stäuber/Jonas J. Krull, Die neue EU-Verordnung über Drittstaatsubventionen, Bulletin Homburger vom 12. Januar 2023; Ademi/Berne/Dumont/Trüten/ Uebe, Rz. 268.

<sup>46</sup> Christoph Herrmann/Tim Ellemann, Die neue Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen – Ein Brussels Effect in Zeiten geoökonomischer Subventionswettläufe?, in: ZEuP 2024, 64 ff., S. 102.

<sup>47</sup> Vgl. auch Christian Bürger/Metehan Uzunçakmak/Katja Maria Weiss, Die Foreign Subsidies Regulation – Ein weiteres Kontrollregime tritt in Kraft, Newsdienst Compliance 2023.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu etwa Breitenmoser/Bai, S. 411 ff.; Matthias Oesch/Nina Burghartz, Die fehlende Disziplinierung staatlicher Beihilfen in der Schweiz, in: Die Volkswirtschaft 5/2018, S. 26 ff.; Matthias Oesch, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013, 1337 ff.

## C. Schlussfolgerung

Aus der EU-Perspektive war die Einführung einer Regulierung von den Binnenmarkt verzerrenden drittstaatlichen Subventionen insbesondere angesichts der wachsenden Investitionstätigkeit chinesischer Unternehmen in der EU ein nachvollziehbarer und – angesichts des seit längerem bestehenden Beihilfenkontrollregimes für EU-staatliche Beihilfen – konsequenter Schritt. Wenngleich diese neue Regulierung mit Blick auf die Herstellung von Wettbewerbsgleichheit durchaus begrüsst werden kann, bringt sie für die in der EU tätigen Unternehmen auch erhebliche Nachteile mit sich.<sup>49</sup>

Die mit der VO 2022/2560 und der DVO 2023/1441 geschaffenen rechtlichen Grundlagen enthalten in ihrer Umschreibung der drittstaatlichen Subvention sehr weit gefasste Begrifflichkeiten, welche nur vage definiert sind. Zudem lässt die Abwägung der positiven und negativen Auswirkungen einer möglichen drittstaatlichen Subvention der Kommission Interpretationsspielräume offen, besteht insbesondere bei Transaktionen eine weit gefasste Anmeldepflicht und ergibt sich für Unternehmen das Risiko, auch unterhalb der relevanten Meldeschwellen ad-hoc-Prüfungen der Kommission ausgesetzt zu sein. Es liegt damit weitgehend an der Europäischen Kommission, welche grundsätzlich alle wirtschaftlichen Vorgänge einer Untersuchung unterwerfen kann und bei ihren Einschätzungen kaum einer demokratischen Kontrolle unterliegt, die Praxis im Bereich der marktverzerrenden drittstaatlichen Subventionen auszugestalten.<sup>50</sup> Für im EU-Binnenmarkt tätige Unternehmen aus Nicht-EU-Staaten bedeutet dieser Umstand derzeit ein hohes Mass an Rechtsunsicherheit.

Aus der Perspektive der Schweiz, die bislang zweifellos kein ausgeprägtes Bewusstsein für die wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen von Subventionen zeigt, ist festzustellen, dass die EU empfindlich auf das Engagement staatlich unterstützter Unternehmen auf ihrem Binnenmarkt reagiert. Es entspricht insofern diesem Zeitgeist, wenn derzeit auch in der Schweiz Diskussionen über die Einführung von Investitionskontrollen für ausländische Unternehmen bzw. über ein Investitionsprüfgesetz stattfinden. Sinnvoller wäre es indes, von solchen protektionistischen Ansätzen wegzukommen und die neue EU-Regulierung von Drittstaatensubventionen zum Anlass zu nehmen, dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in der Subventionspraxis auf kantonaler und kommu-

---

<sup>49</sup> Zur Möglichkeit von negativen Auswirkungen auf die Aussenhandelsinteressen der EU-Unternehmen vgl. Weiss, S. 850.

<sup>50</sup> Vgl. in diesem Sinne auch Weiss, S. 849 f.

naler Ebene mehr Nachdruck zu verleihen. Dabei ist die EU bei Gelegenheit durchaus daran zu erinnern, dass für deren eigenen Beihilfen keine vergleichbare Aufsicht wie die mit der VO 2022/2560 eingeführte besteht.





**EuZ**

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

**Ralph Weber**

**From Strategic Partner to Systemic Rival? EU-China Relations in Recent Times**

AUSGABE:

**07 | 2024**



# From Strategic Partner to Systemic Rival? EU-China Relations in Recent Times

Ralph Weber\*

## Table of Contents.

|  |      |
|--|------|
| A. <a href="#">Reexamining change through trade</a>            | G 4  |
| B. <a href="#">Strategic partnership</a>                       | G 6  |
| C. <a href="#">A new formula: “partner, competitor, rival”</a> | G 10 |
| D. <a href="#">Conclusions</a>                                 | G 12 |

Different terms have been used to describe a foreign policy strategy aimed at modifying the behavior of an unsavory and ideologically opposed country by increasing interaction and exchange, at least in some realms, particularly in the economic realm. American president Jimmy Carter, for example, pursued an “engagement” policy with the People’s Republic of China (PRC) when normalizing diplomatic relations between the two countries in 1979, and president Bill Clinton later built on this in his approach to countries such as China, Russia, North Korea and Vietnam. In Germany, Willy Brandt’s *Ostpolitik* was following Egon Bahr’s idea of *Wandel durch Annäherung* (change through rapprochement) and pursued a similar line of reasoning. Whatever the rationales and historical merits of these policies, the entry of the PRC into the World Trade Organization (WTO) on 11 December 2001 proved to be a milestone, the conclusion of a development that had been under way for many years, seeing, for instance, a doubling of imports from the PRC to the United States between 1996 and 2001. As the PRC had to undergo significant reforms to accede the WTO and its leaders, party-secretary and president Jiang Zemin and premier minister Zhu Rongji, genuinely seemed to foreground economic matters, it was broadly assumed that political reforms would quite naturally follow. It was not a question of *whether*, but *when*. Some might have consciously or unconsciously embraced a kind of end of history thinking, which would have rationalized the reforms in the PRC as part of a larger inevitable historical movement towards liberal democracy and free trade. Others, particularly commercial actors and in their wake many liberal-democratic governments, might have simply followed their own narrow interests in profit-

---

\* Ralph Weber is Professor for European Global Studies at the University of Basel.

making and reelection, respectively. An opening-up China literally fitted the bill. The fact that the PRC was continuously doing very badly in terms of human rights, democracy and rule of law was by no means out of sight or even unacknowledged, but that political difference simply stepped into the background as there appeared to be small signs of improvement on the ground in China and as trade relations and the growth rates of the Chinese economy were catapulted from year to year in a seemingly endless upwards spiral. For many, engagement seemed to pay off. And the doctrine of *Wandel durch Handel* (change through trade), particularly heralded (*mutatis mutandis*) under the Gerhard Schröder and Angela Merkel chancellorships, provided a comfortable rationale for the development.

Today, the situation appears much different. The doctrine *change through trade* is broadly considered a failure.<sup>1</sup> Instead of political reforms following economic reforms, the PRC has, if anything, seen a strengthening of autocratic rule and engagement has given way to more confrontational policies, adopted on all sides. Indeed, a trade war between the economically massively entangled US and the PRC and an increasing great power rivalry between these two nations are among the defining features of today's global order. Economic reforms in the PRC have also not played out in the desired way. A good example relates to the WTO's commitment to open, market-oriented policies and the fate of Article 15 of the protocol (WT/L/432) through which the PRC joined the WTO in 2001.<sup>2</sup> In it, China was assigned a non-market economy (NME) status, which allowed the use of anti-dumping measures and was to last for 15 years, at which point the status was supposed to have changed into one of a market economy. In 2016, however, the US, India and the EU (see European Parliament P8\_TA[2016]0223) showed no inclination to grant the PRC such a status, with the consequence that the PRC filed a complaint with the WTO against the EU merely one day after the 15 years' transition period had elapsed.<sup>3</sup> In June 2019, before the result of its WTO suit was to become public and as much of the ruling was expected to have gone against Beijing,

---

<sup>1</sup> "The long-held belief/hope/mantra that China would become 'more like us' with the policy of 'change through trade (Wandel durch Handel)' has been dispelled by China's own moves." François Godement and Gudrun Wacker, "Promoting a European China policy – France and Germany together," SWP *Working Paper* Nr. 1, November 2020, p. 2.

<sup>2</sup> World Trade Organization, Accession of the People's Republic of China, decision of 10 November 2001, <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/432.pdf&Open=True>>.

<sup>3</sup> World Trade Organization, China files WTO complaint against US, EU over price comparison methodologies, news from 12 December 2016, <[https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/ds515\\_516rfc\\_12dec16\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/ds515_516rfc_12dec16_e.htm)>.

the PRC halted the dispute (WT/DS516/13).<sup>4</sup> As recently as in early 2022, the United States Trade Representative annual report of 2021 to the Congress on China's WTO Compliance reiterated the US view that the PRC continues to have a "state-led, non-market approach to the economy and trade," that its record of compliance with WTO rules "remains poor" and that its "concept of 'economic reform' [...] appears to mean perfecting the management of the economy by the government and the Party and strengthening the state sector, particularly state-owned enterprises."<sup>5</sup> But also the EU's stance has hardened. Under Ursula von der Leyen's presidency of the European Commission, relations with the PRC have indeed become so strained as to make it a major policy point to emphasize that the European Union is not seeking to decouple from the PRC, but merely to pursue a strategy of de-risking. Only a few years back, in the *Elements for a New EU Strategy on China in 2016*, the PRC was still presented as a "strategic partner," whereas the word making the rounds in Brussels today is the one of a "systemic rival."

There are many angles from which to study this development in EU-China relations (the decline of normative power Europe, offensive vs. defensive normativity, EU rhetoric vs. actual policy, or the problem of mixed messages due to pragmatic national vs. normative EU-level interests), and many important actors to focus on. A recent article examining media frames in Germany on China identifies the shift from "partner" to "rival" to have occurred around 2016/17.<sup>6</sup> In this article, I am interested in highlighting and examining the different formulas that have guided the EU's stated view of the PRC across the two most recent decades and particularly during the last few years. Taking up a bird's eye view, thus trying to put the development into perspective, I intend to study the conceptual continuities and discontinuities expressed by these various formulas and particularly whether and to what extent they rely on a logic of "compartmentalization," a term adopted from psychology referring to the effort of keeping cognitions that seem to conflict with each other apart in one's mind. As we will see, not every new formula that has guided EU-China relations has meant a substantive change, while keeping to one and the same formula may still translate into rather different emphases.

---

<sup>4</sup> Tom Miles, China pulls WTO suit over claim to be a market economy, Reuters, 17 June 2019, <<https://www.reuters.com/article/idUSKCNIT1107/>>.

<sup>5</sup> United States Trade Representative, 2021 Report to Congress on China's WTO Compliance, February 2022, <[https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2021/USTR\\_ReportCongressChinaWTO.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2021/USTR_ReportCongressChinaWTO.pdf)>, pp. 2, 8, and 11.

<sup>6</sup> Lena Marie Hufnagel, Gerrit von Nordheim, and Henrik Müller, "From Partner to Rival: Changes in Media Frames of China in German Print Coverage between 2000 and 2019." *International Communication Gazette* 85(5), 2023, pp. 412–435.

## A. Reexamining *change through trade*

The doctrine of *change through trade* presupposes two actors standing in a symmetric relation as concerns trade and in an asymmetric relation as concerns the object of change (as only one actor is envisaged to change). The nature of the intended change is not explicitly named in the doctrine, but it is commonly understood that the aim of the policy is straightforwardly political. Liberal democracies engage in trade with non-democratic or autocratic regimes to make them apparently by themselves, but more precisely by the effects of the trade, undergo political change and eventually become a democracy or something sufficiently similar and acceptable. The doctrine itself has two defining characteristics. It relies on a sequential logic and a seemingly strict compartmentalization of economic and political aspects.

The sequential logic is implied by the fact that the doctrine has trade happening *first* and only through it, that is over time, will there *then* be change. The practical translation of the doctrine, however, is fraught with problems, on both sides of the relation. What if change in the targeted country does not come about, not because trade is not occurring, but because the forces of political change that trade is supposed to and perhaps even does trigger are actively countered or altogether suppressed by the political leadership? The autocratic political leadership might be satisfied with having trade relations boost its economy, but have no interest whatsoever in allowing for significant political change to happen (particularly if that change would mean to undermine its own power). This would lead to a situation where political pressure would have to be exerted, but that would go against the doctrine, which relies exclusively on the economic mechanism. It is a peculiar feature of the doctrine that it combines the straightforward presupposition expressed in the asymmetric relation as to who is supposed to change politically with a complete disregard of the political instruments that might or might not be needed to pressure the autocratic power into allowing the trade effects to do their political work. Yet, the sequential logic of the doctrine might even make support for any such political pressure unlikely in the liberal democracy (the EU in some periods itself largely abstained from using the word “democracy” and significantly reduced mention to “human rights” in EU-China relations<sup>7</sup>). Trade creates interests on the side of economic actors that the continuing solidification and refinement of relations or barely the promise of future relations only strengthen. With every step along the way, this dynamic increases the costs of restricting trade that would have to be enacted to

---

<sup>7</sup> Mikael Mattlin, “Dead on Arrival: Normative EU Policy towards China,” *Asia Europe Journal* 10, 2012, pp. 187 and 189.

enforce political change or even insist on the agreed upon rules and milestones. Organized interests know how to make their voices heard and, given the importance of the economic sector in liberal democratic societies, are frequently successful. As a consequence of all of this, the political aims of the doctrine are left in limbo and any political action is easily rebutted by arguments such as that the time for change has not yet come or that simply more trade is needed to unlock its political magic. What is more, the doctrine even allows those pursuing economic interests to insist that only the exclusive focus on the economic aspects of their actions can do justice to the aim of bringing about political change. Ironically, someone might hold the position that they cannot but must abstain from any concern for politics simply *because* they are so fully committed to the desired political goals.

The second defining characteristic that the doctrine relies on is this apparently strict compartmentalization of economic and political aspects. But how strict and how consequential is this compartmentalization? In liberal democracies, economic actors are supposed and encouraged to pursue their self-interest in making profits. Preferably, no political allegiances are demanded of them and the state should not intervene into their entrepreneurial decisions. Preferably, that is, since liberal democracies cannot always follow through in practice. And state intervention is often explicitly desired. As a matter of fact, the state often intervenes, much to the chagrin of the more libertarian hearted. The state variously intervenes in how the economic actor has to conduct business, from accounting rules to environmental laws and child labor prohibitions. So it is entirely conceivable in a liberal democracy that the state would change the legal framework so as to commit commercial actors to the very political order that guarantees them their economic liberties. Obviously, these kinds of restrictions should not be enacted lightly since a society with all too many restrictions will hardly count as a liberal society anymore. And to demand outright political allegiance of economic actors smacks of illiberalism. Yet, the problem of strict compartmentalization runs even deeper. For one thing, the doctrine *change through trade* perceives of economic actors as engaging in economic actions, and as mentioned decidedly not in political actions, yet their economic actions are purposely designed to have political effects (a political spillover). But if they have political effects, can they truly be considered economic actions? Ironically, it appears that those pushing politically for the doctrine, that is, those genuinely interested in its long-term political effects, seem to use economic actors as tools for bringing about these political effects. For another thing, the compartmentalization that the doctrine upholds meets in autocratic states a situation where politics is always intermingled with economy. It is exactly this feature that has been singled out by those rejecting the PRC's status as a market economy. In the PRC, economic

actors must curry and depend on the favor of the party-state. Demonstrations of political allegiance are inevitable, also for foreign economic actors, who are supposed to do the non-political but political work of the *change through trade*-doctrine. Commercial actors are of course aware of this condition and have met it variously in sometimes rather creative fashion.

*Change through trade* seems to make much sense at first sight and as a political doctrine boasts a lofty goal, but it runs into a host of problems when translated into practice. While economic actors are supposed to be the ultimate tools for bringing about political change, the doctrine is easily turned on its head and into a convenient instrument for commercial actors to pursue their economic interests unhindered by political concerns. Meanwhile, the cozying up to the autocratic state has meant that economic actors became more and more invested into the relations that the engagement policy wanted them to entertain. Under these conditions, calls for human rights, democracy and rule of law – the very essence of what *change through trade* promised to bring about – came to be more and more understood as merely disruptive elements. It seemed like the political goal of the doctrine gave incrementally way to a view that normalized the autocratic state itself and, aided by propaganda from the party-state, made it a valid alternative to liberal democracies. The vector of the asymmetric relation had changed. The same economic actors who were to act as ideological tools to bring liberal democracy to autocratic states were now advocating the benefits of strong men rule and autocratic efficiency and stability in their own societies. The PRC became a partner more than anything else.

## **B. Strategic partnership**

The creation of the EU-China Comprehensive Strategic Partnership goes back to the year 2003. Since then, the two sides have both broadened and deepened their cooperation, and “have become highly interdependent as a result,” as the *EU-China 2020 Strategic Agenda for Cooperation* (2013) registers.<sup>8</sup> That document, adopted by both *partners*, represents an effort to carve out the possible space for cooperation. It demonstrates the eye-level relationship, as a broad range of sectors is identified for cooperation and to bring about “win-win results,” from peace and security, prosperity, sustainable development, to people-to-people exchanges. It also clearly carries the marks of the financial crisis and the much-heightened awareness of climate change, while taking for granted both the coming about of a multipolar world and the continued im-

---

<sup>8</sup> EU-China 2020 Strategic Agenda for Cooperation, 23 November 2013, <<https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/20131123.pdf>>.

perative of economic globalization as inevitable world trends. The explicit articulation of political differences finds no space in this document, as perhaps befits a text devoted to a strategic agenda for cooperation.<sup>9</sup> But political differences are implicitly articulated. The document features phrases and policies dear to each side that are merely put one next to the other. For example, the Chinese party-state's "ecological civilization" is twinned with the EU's "resource efficiency agenda."<sup>10</sup> These pairings might show more or less conceptual overlap. Some of them certainly show very little overlap. A most interesting pairing appears, for instance, in the Foreword: "The EU and China have both put forward strategic development plans – China's two centenary goals and the 12<sup>th</sup> Five Year Plan, the EU 2020 Strategy – which present potential for synergies to enhance cooperation for win-win results."<sup>11</sup> On the European side, the reference to the strategic development plan is to *Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth* that dates to the year 2010 and is devoted to how to respond to the financial crisis, strengthen political governance and making Europe fit for the future (e.g. in terms of increasing competitiveness, combating climate change and the search for safe and efficient energy), while the political values that define the EU are not much stressed (but, it seems, taken for granted).<sup>12</sup> On the Chinese side, the 12th Five Year Plan is highlighted, but also the "two centenary goals." The second centenary goal is set for 2049 (one hundred years after the establishment of the PRC) and embodies the vision of China as *a strong, democratic, civilized, harmonious, and modern socialist country*. The adjectives all qualify how the socialist country is supposed to be. *Strong* refers to military might, *democratic* to (Lenin/Mao-style) democratic centralism. It is at least noteworthy that given the second centenary goal, "potential for synergies to enhance cooperation and win-win results" would be stressed.

In June 2016, two important documents were published. The EU *Global Strategy* and the *Elements for a New EU Strategy on China*. The EU *Global Strategy* is entitled *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe* and it focuses on foreign and security policy. The EU pledges to bolster its resilience and to seek more strategic autonomy while emphasizing the will to "reach out

---

<sup>9</sup> For an alternative view, see Ralph Weber, "Zum diplomatischen Umgang mit grundlegender politischer Differenz," Das Deutsch-Chinesische Dialogforum, <<http://www.deutsch-chinesisches-dialogforum.de/Statements-2022/Prof-Dr-Ralph-Weber/>>.

<sup>10</sup> EU-China 2020 Strategic Agenda for Cooperation, p. 9.

<sup>11</sup> Ibid., p. 2.

<sup>12</sup> European Commission, *Europe 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*, COM(2010) 2020 final, 3 March 2010, <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF>>.

and engage with others.”<sup>13</sup> While the strategy does not mention China explicitly in its section on partnership, it refers to “core partners” and “like-minded countries” before mentioning the intention to “partner selectively with players whose cooperation is necessary to deliver global public goods and address common challenges.”<sup>14</sup> Elsewhere in the strategy, the EU commits to engaging China “based on the respect for the rule of law” and to “deepen trade and investment with China,” while seeking “dialogue on economic reform, human rights and climate action.”<sup>15</sup> The European Commission’s *Elements for a New EU Strategy on China* offer additional insights into EU–China relations in 2016. The strategic partnership is underlined, as the EU proposes a strategy “based on a positive agenda of partnership coupled with the constructive management of differences.”<sup>16</sup> There are manifest remnants of the *change through trade*-doctrine, for example, when the EU presents itself as “a partner in China’s reforms” and resolves to “engage China in its reform process in practical ways.”<sup>17</sup> At the same time, the communication clearly depicts a changed China that claims a more central role on the world stage. It explicitly refers to the PRC’s “internal repression,” its “authoritarian response to domestic dissent” and “a new and worrying extraterritorial dimension,” together with its increased “external assertiveness.”<sup>18</sup> This mixture of a continuing engagement emphasis on the one hand (the EU should seek “to build trust and co-operation with China”) and some more portentous observations on the other hand (the EU must “deal with the reality that China is a one-party system with a state-dominated model of capitalism”) shows how the doctrine of *change through trade* has been slowly losing its foothold.<sup>19</sup> There is also another telling exam-

---

<sup>13</sup> European Union, Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe – A Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy, June 2016, <[https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs\\_review\\_web\\_0.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_review_web_0.pdf)>, p. 17.

<sup>14</sup> Ibid., p. 18.

<sup>15</sup> Ibid., pp. 37–38.

<sup>16</sup> European Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament and the Council: Elements for a new EU strategy on China, JOIN(2016) 30 final, 22 June 2016, <[https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/joint\\_communication\\_to\\_the\\_european\\_parliament\\_and\\_the\\_council\\_-\\_elements\\_for\\_a\\_new\\_eu\\_strategy\\_on\\_china.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/joint_communication_to_the_european_parliament_and_the_council_-_elements_for_a_new_eu_strategy_on_china.pdf)>, p. 2.

<sup>17</sup> Ibid., p. 2 and p. 5.

<sup>18</sup> Ibid., p. 3, p. 4 and p. 13.

<sup>19</sup> Ibid., p. 17. See also Men Jing, who underlines the contrast of previous EU policy papers from the years 1995, 1998, 2003 and 2006, which all included a phrase stating the goal of “supporting China’s transition to an open society based upon the rule of law and the respect for human rights,” whereas the 2016 policy paper merely mentions to “promote respect for the rule of law and human rights within China and internationally.” Men Jing, “Principled Pragmatism: Understanding the EU Position on Economic Relations with China.” *China International Studies* 70, 2018, p. 90.

ple of the twinning problematic pointed out above, but this time notably in a document crafted entirely and solely by the EU. When pointing out the principles that guide the EU's external action, the communication lists "democracy, the rule of law, human rights and respect for the principles of the UN Charter and international law," but adds that these principles "are reflected in the Chinese constitution."<sup>20</sup> The assertion that democracy as advocated by the EU is in some way "reflected" by the commitment to Leninist democratic centralism in the PRC Constitution (Art. 3) is certainly questionable, as is the underlying assumption that principles mentioned in the PRC Constitution (which indeed lists fundamental rights quite extensively) would *stricto sensu* establish constitutional rights in an authoritarian context. Overall, what is yet conspicuously absent in the *Elements for a New EU Strategy on China* in 2016 is any mention of the PRC as a designated rival.

Both documents highlight the idea of principled pragmatism, which leads a step away from the doctrine of *change through trade*. The *Elements for a New EU Strategy on China* has only a short sentence specifying that the "EU's engagement with China should be principled, practical and pragmatic."<sup>21</sup> The *EU Global Strategy* features a bit more detail, presenting principled pragmatism as "guide for external action." Echoing the widespread conceptual move from a liberal world order to a *rules-based global order*, the document repeats twice the passage: "We will be guided by clear principles. These stem as much from a realistic assessment of the current strategic environment as from an idealistic aspiration to advance a better world."<sup>22</sup> Different from isolationism or interventionism, the EU pledges to "engage the world manifesting responsibility towards others and sensitivity to contingency."<sup>23</sup> How exactly the circle of a principled pragmatism is supposed to be squared or what criteria will guide the pragmatic use of principles, is left unaddressed,<sup>24</sup> as is any reflection of what it means for principles when they are subjected to a pragmatic use: what for instance, does it mean to say that adherence to human rights sometimes has the status of a principle, sometimes not?

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 4.

<sup>21</sup> Ibid., p. 5.

<sup>22</sup> The *EU Global Strategy*, p. 8 and p. 16.

<sup>23</sup> Ibid., p. 16.

<sup>24</sup> See, for instance: Ana E. Juncos, "Resilience as the New EU Foreign Policy Paradigm: A Pragmatist Turn?," *European Security*, 26:1, 2017, pp. 1–18.

## C. A new formula: “partner, competitor, rival”

In the most recent years, EU-China relations have seen a new formula rise to the center of debate. The Voice of German Industry (*Bundesverband der Deutschen Industrie*) might have pre-conceived the formula, when it published a Policy Paper in January 2019, distinguishing between China as a partner and a systemic competitor.<sup>25</sup> The paper mainly focuses on the PRC’s state-controlled economy and bids farewell to the *change through trade*-doctrine: “For a long time it looked as if China would gradually move towards the liberal, open market economies of the West by integrating into the world economy and re-shaping its economic system. This theory of convergence is no longer tenable.”<sup>26</sup> The PRC is instead “consolidating its own political, economic and social model,” and the authors of the Policy Paper see this as a “new systemic competition.”<sup>27</sup> There is no mention of China as a rival, rather, “systemic differences and divergences do not necessarily mean conflict but require the reliable and resilient management of common interests.”<sup>28</sup> The systemic differences are largely tied to the different economic models. Decoupling tendencies in the US are demarcated as a concern and a path not available to Europe: Germany and the EU, it is stressed, “must strike the right balance in their reactions to China,” which includes continued dialogues with China and a strict adherence by the EU to its “principles of openness.”<sup>29</sup>

It is in March 2019, in a document called *EU-China – A Strategic Outlook*, that the new formula (closely tied to principled pragmatism) gets its classic rendition and the third element of systemic rivalry finds its first expression:

China is, simultaneously, in different policy areas, a cooperation partner with whom the EU has closely aligned objectives, a negotiating partner with whom the EU needs to find a balance of interests, an economic competitor in the pursuit of technological leadership, and a systemic rival promoting alternative models of governance. This requires a flexible and pragmatic whole-of-EU approach enabling a principled defense of interests and values.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> BDI, Partner and Systemic Competitor – How Do We Deal with China’s State-Controlled Economy?, Policy Paper, January 2019, <[https://www.wita.org/wp-content/uploads/2019/01/201901\\_Policy\\_Paper\\_BDI\\_China.pdf](https://www.wita.org/wp-content/uploads/2019/01/201901_Policy_Paper_BDI_China.pdf)>.

<sup>26</sup> Ibid., p. 2.

<sup>27</sup> Ibid., p. 2.

<sup>28</sup> Ibid., p. 6.

<sup>29</sup> Ibid., p. 6–8.

<sup>30</sup> European Commission, European Commission and HR/VP contribution to the European Council: *EU-China – A Strategic Outlook*, 12 March 2019, <<https://commission.europa.eu/system/files/2019-03/communication-eu-china-a-strategic-outlook.pdf>>, p. 1.

This formula would dominate the discussion on China and be readily absorbed by EU member states and all kind of other actors. As of April 2022, the formula has found reconfirmation in a factsheet, although the increasing deterioration of EU-China relations is duly and prominently noted:

Over the past year, EU-China bilateral relations have deteriorated, notably related to a growing number of irritants (i.e., China's counter-measures to EU sanctions on human rights, economic coercion and trade measures against the single market, and China's positioning on the war in Ukraine). [...] In that regard, the EU's current approach towards China set out in the "Strategic Outlook" Joint Communication of 12 March 2019 remains valid. The EU continues to deal with China simultaneously as a partner for cooperation and negotiation, an economic competitor and a systemic rival.<sup>31</sup>

The formula marks an important shift in direction away from the *change through trade*-doctrine. The emphasis is no longer on political change, at least not along an asymmetric relation, but the guiding idea is a rivalry where both sides try to prevail with their system. The *EU-China – A Strategic Outlook* explicitly mentions different "models of governance" as defining aspect of the rivalry. At the same time, the formula of "partner, competitor, rival" continues a logic of compartmentalization. China is considered to be all of these things, tackled "simultaneously, in different policy areas." The compartments are more complex than the *change-through-trade* division of politics and economy. Cooperation is reserved for matters such as sustainable development, global health or the provision of public goods. Economy has to some extent left the realm of cooperation, but is now marked by competition, particularly in view of technology. And the "models of governance" variously refer to differences in ideology, state direction of economy, visions of the global order, etc. The compartmentalization, if anything, is stricter, since no cross-compartment effects (like trade effecting political change) are any longer envisaged. The strict compartmentalization seems, however, very hard if not impossible to translate into practice. How can climate change be fought with the PRC as a partner when one is a competitor in terms of technology leadership, supposedly including technology that would be needed to mitigate the effects of climate change? Or how can one be an economic competitor when that competition is troubled by different levels of state direction?

It did not take long before such tensions prompted some observers to advocate for a further adaptation of the formula that quintessentially amounted to a fatal adaptation in emphasis. Already back in June 2020, a SPD Parliamentary

---

<sup>31</sup> European External Action Service, EU China Relations, December 2023, <[https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2023/EU-China\\_Factsheet\\_Dec2023\\_02.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2023/EU-China_Factsheet_Dec2023_02.pdf)>.

Group Position Paper suggested such a shift of emphasis, arguing that the EU's three-pronged approach to China is still valid, but that systemic rivalry must condition the other two elements.<sup>32</sup> Germany, as one of the authors of the Position Paper reportedly put it, cannot approach China as “a partner on Monday, competitor on Tuesday, rival on Wednesday. Systematic rivalry conditions and limits the scope for partnership and competition. It puts breaks and restrictions on how we deal with China in the future. We have to understand the overarching effects of systemic rivalry.”<sup>33</sup> Three years later, in the context of the presentation of the new *Strategy on China* (2023), German Foreign Minister Baerbock would take up this point and say: “For Germany, China remains a partner, competitor and systemic rival. In the last few years, however, the systemic rival aspect has come more and more to the fore.”<sup>34</sup> The emphasis on rivalry conditioning partnership and competition has huge consequences. If followed through, it would effectively mean the end of compartmentalization, bringing about a re-politicization of all realms.

## D. Conclusions

It is for the same reasons that the element of systemic rivalry gained priority that Ursula von der Leyen felt compelled to make it clear that the EU is not seeking to decouple from China. In a speech in March 2023, she said: “I believe it is neither viable – nor in Europe's interest – to decouple from China. Our relations are not black or white – and our response cannot be either. This is why we need to focus on de-risk – not de-couple.”<sup>35</sup> Although the de-risking strategy mainly targets the reduction of existing dependencies, there is a possible underlying compartmentalization difficulty. The strategy implies that there are some sectors in which activities should be reduced in order to lower dependencies (e.g. certain raw materials, green manufacturing) and other sectors in which cooperation with China could continue in some way. What is unclear

---

<sup>32</sup> SPD Fraktion im Bundestag, Statement by the Social Democratic Party of Germany (SPD) Parliamentary Group in the German Bundestag: A Social Democratic Policy on China – Assertive, Rule-Based and Transparent, 30 June 2020, <[https://www.spdfraktion.de/system/files/documents/positionspapier\\_china\\_engl.pdf](https://www.spdfraktion.de/system/files/documents/positionspapier_china_engl.pdf)>.

<sup>33</sup> Andrew Small, *No Limits: The Inside Story of China's War with the West*, Brooklyn and London: Melville House, 2022, p. 76.

<sup>34</sup> Federal Foreign Office, Speech by Foreign Minister Baerbock at MERICS on the future of Germany's policy on China, 13 July 2023, <<https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/policy-on-china/2608766>>.

<sup>35</sup> European Commission, Speech by President von der Leyen on EU-China relations to the Mercator Institute for China Studies and the European Policy Centre, 30 March 2023, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech\\_23\\_2063](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_2063)>.

is to what extent such latter cooperation would be conditioned by the element of systemic rivalry (the three-pronged formula with emphasis) or seen as a compartmentalized and sanitized sector (the three-pronged formula without emphasis). The fact that Germany has recently written a version of the formula with emphasis into its *Strategy on China* (“China’s conduct and decisions have caused the elements of rivalry and competition in our relations to increase in recent years”) suggests that the rivalry is considered to be a defining mid-to-long term characteristic of relations with the PRC.<sup>36</sup>

The problems attached to compartmentalization approaches are set to continue to haunt the EU’s quest for managing its relation to the PRC along a principled pragmatism and a de-risking strategy. The only currently entertained alternative appears to be the three-pronged formula of partner, competitor, and rival with an emphasis on rivalry as determining the other two elements. The EU, as much as many countries that also pursue an engagement approach, will have a difficult course to chart in the coming years factoring in the rivalry without making de-risking to be merely a euphemism for decoupling, which it knows it cannot afford or realize in the near future, and pursuing a principled pragmatism that risks undermining its own credibility as a normative power.

---

<sup>36</sup> The Federal Government, *Strategy on China of the Government of the Federal Republic of Germany*, 2023, <<https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2608580/49d50fecc479304c3da2e2079c55e106/china-strategie-en-data.pdf>>, p. 11.



**EuZ**  
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

**Brigitta Kratz / Ilaria Espa**  
**Hydrogen: Legal and regulatory**  
**challenges for Switzerland in a**  
**global context**

AUSGABE:

**08 | 2024**

# Hydrogen: Legal and regulatory challenges for Switzerland in a global context

Brigitta Kratz/Ilaria Espa\*

## Content

|      |  |      |
|------|--|------|
| A.   | <a href="#">Introduction</a>   | H 2  |
| B.   | <a href="#">The global context (ILARIA ESPA)</a>   | H 2  |
| I.   | <a href="#">A fragmented landscape</a>   | H 3  |
| II.  | <a href="#">Infrastructural challenges</a>   | H 7  |
| C.   | <a href="#">Legal and Regulatory Challenges for Switzerland (BRIGITTA KRATZ)</a>                     | H 9  |
| I.   | <a href="#">Starting position in a global context</a>  | H 9  |
| II.  | <a href="#">Responsibilities according to the Energy Act</a>   | H 11 |
| III. | <a href="#">The Missing Swiss Hydrogen Strategy</a>  | H 11 |
| IV.  | <a href="#">Hydrogen Production and Power-to-Gas as addressed so far in the 2023 Electricity Act</a> | H 13 |
| V.   | <a href="#">Other recent regulations of relevance</a>  | H 17 |
| VI.  | <a href="#">Coming to an Agreement with the European Union</a>                                       | H 18 |
| D.   | <a href="#">Conclusions</a>  | H 18 |

---

\* Dr. Brigitta Kratz, LL.M. is an attorney and partner at Badertscher Rechtsanwälte AG, Zurich, specializing in legal issues and dispute resolution in the field of energy law. From 2007–2018, she served as Vice President of the federal electricity market regulatory authority ElCom. Brigitta Kratz regularly lectures and publishes on energy law topics, including in the Yearbook of Swiss-EU Business Law published by the Europa Institute. Prof. Dr. Ilaria Espa is Associate Professor of International Economic Law at the Law Institute of the Università della Svizzera italiana (USI), Lugano, and Senior Research Fellow at the World Trade Institute of the University of Bern. She is the Secretary of the Swiss Energy Law Association (SELA) and the co-convenor of the Interest Group on Energy and International Law of the European Society of International Law (ESIL). Since 2023, she has been involved as a work package leader in the SWEET-refuel.ch, an inter- and transdisciplinary research consortium mandated by the Swiss government to develop robust and practical pathways for the introduction of sustainable fuels and platform chemicals in the Swiss energy system. Brigitta Kratz is on the Advisory Board of this project.

## A. Introduction

Hydrogen (“H<sub>2</sub>”) as an energy carrier, but also as a key feedstock to produce renewable fuels (e.g. synthetic methane and methanol) and platform chemicals (e.g. ammonia) is set to play a major role in decarbonization efforts worldwide.

The European Union (“EU”) is one of the main drivers of the green hydrogen economy. Once more, Switzerland is operating in a regulatory environment in which developments are already taking place and therefore certain normative facts have already been created, as shown in the first part of this article.

Switzerland can no longer postpone dealing with the opportunities and risks entailed by these developments. Defining a clear strategy is essential to plan the political and regulatory steps which are necessary to preserve its options for championing the green hydrogen market. Only first steps in this direction have been taken so far, as presented in the second part of this article. Further steps will have to follow.

## B. The global context

Green hydrogen (i.e. hydrogen produced from renewable energy sources) and its derivatives carry a huge potential for decarbonization and have therefore gained much prominence in net-zero strategies, policies and regulations in an increasing number of jurisdictions.<sup>1</sup> Much of these developments aim at creating an enabling and supportive framework for expanding the production and use of green hydrogen via mandatory targets, investment incentives and funding mechanisms meant to generate a sufficiently strong “demand-pull” for a market to develop.<sup>2</sup> Green hydrogen is in fact much more expensive

---

<sup>1</sup> Green hydrogen has the potential to fulfill 12% of the final energy demand under the 1.5°C Scenario of the International Renewable Energy Organization (IRENA): IRENA, World Energy Transitions Outlook 2022 (March 2022) <<https://www.irena.org/Publications/2022/Mar/World-Energy-Transitions-Outlook-2022>> accessed 27 September 2024.

<sup>2</sup> In the U.S., the Inflation Reduction Act is designed to boost the green hydrogen industry by offering production tax credits for ten years, investment tax credits for energy storage, clean vehicle credits for hydrogen fuel cell vehicles, and alternative fuel credits in the form of property tax credits for hydrogen refueling stations: White House, Inflation Reduction Act Guidebook (2022) <<https://www.whitehouse.gov/cleanenergy/inflation-reduction-act-guidebook/>> accessed 27 September 2024. Meanwhile, the EU has established funding initiatives through programs like Important Projects of Common European Interest (IPCEI) and the European Hydrogen Bank, which organizes auctions where green hydrogen producers can compete for financial support via a fixed premium per kilogram of hydrogen produced. The EU is expected to allocate USD 4.56 billion annually to hydrogen projects from 2021 to 2030. In addition, the European Clean Hydrogen Alliance was created to

than higher in carbon solutions due to the high costs of electrolysis, storage and transportation, in addition to the investment required in setting up the necessary infrastructure for those (e.g. pipelines, compression units and hydrogen refueling stations).<sup>3</sup>

The expansion of the green hydrogen economy can largely benefit from trade, as some countries can exploit their renewable energy endowments to produce green hydrogen at competitive prices.<sup>4</sup> Many countries, including Switzerland<sup>5</sup>, expect to import a significant share of their hydrogen needs and in some cases, such as in the case of the EU, imports of green hydrogen are a key component to meeting the Hydrogen Accelerator targets set along the EU Commission's REPowerEU plan (10 million tons of green hydrogen produced domestically and other 10 million tons imported from third countries by 2030).<sup>6</sup> For trade flows to materialize in alignment with existing targets, however, issues surrounding (A) diversity of definitions, standards and certification schemes for green hydrogen and (B) infrastructural challenges need to be addressed on a priority basis.

## I. A fragmented landscape

Different national programs are in place to differentiate green hydrogen from other types of hydrogen, but they rely on varying definitions and criteria for what qualifies as green hydrogen. In the case of the EU, for instance, two delegated acts (the so-called RFNBO Delegated Act and the GHG Methodology Delegated Act) to the Renewable Energy Directive (RED) III<sup>7</sup> establish detailed

---

foster investment and the large-scale deployment of clean hydrogen projects across the region. European Commission, European Clean Hydrogen Alliance (2024) <[https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/strategy/industrial-alliances/european-clean-hydrogen-alliance\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/strategy/industrial-alliances/european-clean-hydrogen-alliance_en)> accessed 27 September 2024.

<sup>3</sup> Not surprisingly, the share of green hydrogen is only around 4% of all hydrogen produced in the world: IRENA, Hydrogen <<https://www.irena.org/Energy-Transition/Technology/Hydrogen>> accessed 27 September 2024.

<sup>4</sup> Alejandro Nuñez-Jimenez and Nicola De Blasio, 'Competitive and Secure Renewable Hydrogen Markets: Three Strategic Scenarios for the European Union' (2022) *International Journal of Hydrogen Energy* <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0360319922037715>> accessed 27 September 2024.

<sup>5</sup> Cf. [section C.I](#) and [III](#) below.

<sup>6</sup> European Commission, REPowerEU: Affordable, Secure and Sustainable Energy for Europe <[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repower-eu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repower-eu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe_en)> accessed 27 September 2024.

<sup>7</sup> Directive (EU) 2023/2413 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 amending Directive (EU) 2018/2001, Regulation (EU) 2018/1999 and Directive 98/70/EC as

rules on the EU definition of green hydrogen ensuring that hydrogen, irrespective of whether it is produced domestically or imported from third countries, is made from renewable electricity and achieves 70% emissions savings.

As to the first condition, the RFNBO Delegated Act establishes stringent criteria that must be met for hydrogen to be classified as a renewable fuel of non-biological origin (RFNBOs).<sup>8</sup> These conditions essentially aim at ensuring that, on the one hand, the hydrogen produced is genuinely “green” by linking its production to renewable energy sources (i.e. temporal correlation and geographical correlation criteria) and, on the other hand, that the increased demand for green electricity drives the development of new generation capacity rather than diverting existing renewable energy away from other uses (such as powering homes or businesses), which could lead to increased reliance on fossil fuels elsewhere (i.e. additionality criterion). As to the second condition, the GHG Methodology Delegated Act provides a framework for calculating whether hydrogen and other RFNBOs comply with the requirement to achieve a 70% reduction in greenhouse gas (GHG) emissions.<sup>9</sup> The methodology takes into account the entire life-cycle, from upstream emissions from the production of renewable electricity (e.g., solar or wind) through process emissions during the electrolysis, to transportation, distribution and end use emissions when hydrogen is consumed.

Importantly, compliance with the requirements set in the delegated acts is not a prerequisite for importing or placing hydrogen on the EU market (although public support may be conditional on meeting the criteria) but only determines whether the products are eligible to be counted towards the EU targets. *It is clear, however, that the regime de facto amounts to a market access barrier to the extent that it generates demand for green hydrogen to the*

---

regards the promotion of energy from renewable sources, and repealing Council Directive (EU) 2015/652 [2023] OJ L 2413.

<sup>8</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2023/1184 of 10 February 2023 supplementing Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council by establishing a Union methodology setting out detailed rules for the production of renewable liquid and gaseous transport fuels of non-biological origin. [2023] OJ L 157/11.

<sup>9</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2023/1185 of 10 February 2023 supplementing Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council by establishing a minimum threshold for greenhouse gas emissions savings of recycled carbon fuels and by specifying a methodology for assessing greenhouse gas emissions savings from renewable liquid and gaseous transport fuels of non-biological origin and from recycled carbon fuels. [2023] OJ L 157/20.

detriment of other types of hydrogen.<sup>10</sup> The implementation of the delegated acts will depend on certification by third-party schemes. The European Commission has the authority to officially recognize these schemes for certifying green hydrogen.<sup>11</sup> At the time of writing, ISCC applied for recognition of its RFNBO certification by the European Commission but it is yet received formal acceptance.<sup>12</sup>

The EU approach has been criticized by many as either excessively stringent, complex or burdensome for operators;<sup>13</sup> others have argued that it will ultimately prove almost impossible to comply with for third-countries, leaving the EU unable to comply with its import targets.<sup>14</sup> At the moment, it is unclear whether other countries, including Switzerland, may decide to align to the EU regime given the uncertainty that still surrounds technical feasibility and implementation costs. While other advanced economies seeking to play a central role in the green hydrogen economy, such as the US, seems to have opted for a lighter approach when it comes to determining eligibility for tax credits available to “clean” hydrogen production under the Inflation Reduction Act (IRA),<sup>15</sup> the proliferation of different national approaches to classification and certification of hydrogen may hamper trade opportunities, increase compliance costs and ultimately delay the expansion of the sector. Accord-

---

<sup>10</sup> T. Payosova and K. Holzer, New EU Requirements for Green Hydrogen and Their WTO Compatibility, SELA Annual Meeting, 20 September 2024.

<sup>11</sup> Article 30(4) of the Directive (EU) 2018/2001.

<sup>12</sup> ISCC, *Certification Approach for Renewable Fuels of Non-Biological Origin* (January 2024) <[https://www.iscc-system.org/wp-content/uploads/2024/01/1\\_TCRFNBOs160124\\_Updates-Certification-Approach\\_ISCC\\_JulianePohl.pdf](https://www.iscc-system.org/wp-content/uploads/2024/01/1_TCRFNBOs160124_Updates-Certification-Approach_ISCC_JulianePohl.pdf)> accessed 27 September 2024.

<sup>13</sup> S. Porciello, ‘EU Green Hydrogen Rules Too Strict, Transition Phase Should Be Extended, German Minister Says (Update)’ (2024) <<https://mlexmarketinsight.com/news/insight/eu-green-hydrogen-rules-too-strict-transition-phase-should-be-extended-german-minister-says-update>> accessed 27 September 2024.

<sup>14</sup> K. Talus, F. Gallagos and J. Pinto, ‘Importing US-Produced Hydrogen and Its Derivatives into the EU – Examples of Unnecessary Complications, Barriers and Distinctions’ (2024) *Journal of Energy and Natural Resources Law* <<https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/02646811.2024.2341544?needAccess=true>> accessed 27 September 2024.

<sup>15</sup> The Inflation Reduction Act (IRA) introduces four technology-neutral credit tiers based on the life-cycle emissions rate of a hydrogen production process. To be eligible for the tax credit, the life-cycle GHG emissions rate must not exceed 4 kg of CO<sub>2e</sub> per kilogram of hydrogen at the point of production. For hydrogen produced via electrolysis, emissions are calculated based on the emission rate of the regional electricity grid. However, producers also have the option to attribute their emissions to a specific electricity generation facility. U.S. Department of the Treasury, *IRS Release Guidance on Hydrogen Production Credit to Drive American Innovation and Strengthen Energy Security*, Press Release (22 December 2023).

ingly, many have called for a unified methodology for calculating the carbon footprint of hydrogen and the use of a common terminology and harmonized standards for determining “green” hydrogen with a view to facilitate mutual recognition of national certification schemes.<sup>16</sup> However, it is important to acknowledge that international standardization efforts for hydrogen are still in the early stages. The first hydrogen-specific international standard was published by ISO in 2023. The standard, ISO/TS 19870:2023, is a technical specification outlining methodologies for calculating the GHG emissions associated with the production, conditioning, and transport of hydrogen.<sup>17</sup> The standard importantly offers a comprehensive framework for determining the carbon footprint of different hydrogen technologies using a life-cycle approach. However, it is important to note that the standard does not define itself what qualifies as “green”, “sustainable”, or “clean” hydrogen.

Against this backdrop, the EU approach – which combines criteria based on the actual life-cycle carbon footprint of hydrogen and criteria setting the conditions for selected technological pathways to grant the qualification of “green hydrogen” – has arguably the potential to shape the green hydrogen market, even beyond the Union. As a standard-setter and a rule-maker, the EU has long influenced the trajectory of policies, regulations and standards in the climate and energy domains in other countries due to the so-called “Brussels effect”.<sup>18</sup> Early signs of voluntary alignment to the EU regulatory framework on hydrogen can already be detected if one looks at the Memoranda of Understanding (“MoUs”) that the EU has been concluding in the latest years to kick start strategic partnerships in critical raw materials and green hydrogen with exporting countries such as Namibia. Importantly, such MoUs also include a “regulatory alignment” pillar.<sup>19</sup> For Switzerland, which itself has followed a policy of so-called “autonomous adaptation” of Swiss law to EU

---

<sup>16</sup> I. Espa, K. Holzer and T. Payosova, *Fostering Hydrogen Trade through Harmonization of Standards, Oil, Gas and Energy Review* (2024) forthcoming.

<sup>17</sup> ISO, ISO/TS 19870:2023, *Hydrogen Technologies: Methodology for Determining the Greenhouse Gas Emissions Associated with the Production, Conditioning and Transport of Hydrogen to Consumption Gate* (ISO, 2023) <<https://www.iso.org/standard/83132.html>> accessed 27 September 2024. ISO/TS 19870:2023 will be replaced by ISO/AWI 19870-1, which is currently under development <<https://www.iso.org/standard/85045.html>> accessed 27 September 2024.

<sup>18</sup> A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, OUP 2020.

<sup>19</sup> I. Espa, *The impact of Energy Transition-related Policies in EU, US and China on the Economic Diversification of Developing Countries Dependent on Critical Minerals*, UNCTAD Background Paper, forthcoming.

law,<sup>20</sup> alignment to the EU requirements may represent in principle a safer (and easier) regulatory choice, especially considering the expected intensification of hydrogen flows with the EU market, but it would arguably render imports of green hydrogen from third-countries more difficult.

## II. Infrastructural challenges

The expansion of the green hydrogen sector and the intensification of trade flows in hydrogen and derivatives will inevitably pose a number of infrastructural challenges due to the need to secure storage and transportation options that imply repurposing existing infrastructure (e.g. natural gas pipelines) and/or investing in new dedicated infrastructure (e.g. new pipelines, port terminals, compression units). Not surprisingly, large infrastructural projects aimed at creating interregional hydrogen corridors have not yet ramped up due to the magnitude of costs involved vis-à-vis high uncertainty concerning the return on investment given that the market remains quite small – despite recent estimates showing that cross-border trade of hydrogen and its derivatives could save USD 3.7 trillion in investment costs by 2050.<sup>21</sup>

Infrastructural projects and collaboration are however under way in Europe. The European Hydrogen Backbone (“EHB”) is an initiative undertaken by thirty-three energy infrastructure operators, which aims at developing a pan-European hydrogen infrastructure by repurposing and expanding the existing natural gas pipelines.<sup>22</sup> The goal is to create a dedicated hydrogen network that connects hydrogen production and consumption centers across Europe. These pipelines will enable green hydrogen supplies from North Africa to Germany via Italy and Austria, among others. The network will initially consist for the most part of repurposed natural gas pipelines, with the rest being new hydrogen pipelines. By 2030, around 11,600 km of pipelines could already

---

<sup>20</sup> M. Oesch and M. Brugger, *The Policy of Autonomous Adaptation of Swiss Law to EU Law, in Switzerland and the EU: A challenging Relationship*, M. Maresceau and C. Tobler, Editors. 2023, Brill: Leiden. pp. 35-67.

<sup>21</sup> Hydrogen Council, *Emerging Trade Corridors for Hydrogen and its Derivatives* (Hydrogen Council, May 2024) <<https://hydrogencouncil.com/wp-content/uploads/2024/05/Emerging-trade-corridors-for-hydrogen-and-its-derivatives.pdf>> accessed 27 September 2024. See also WTO-IRENA, *International Trade and Green Hydrogen: Supporting the Global Transition to a Low-Carbon Economy* (WTO-IRENA, December 2023) <<https://www.irena.org/Publications/2023/Dec/International-trade-and-green-hydrogen-Supporting-the-global-transition-to-a-low-carbon-economy>> accessed 27 September 2024

<sup>22</sup> European Hydrogen Backbone (EHB), *European Hydrogen Backbone* <<https://ehb.eu>> accessed 27 September 2024

be operational, whereas the EHB envisions creating a 53,000 km hydrogen pipeline network by 2040 across 28 European countries.<sup>23</sup>

As part of the European Hydrogen Backbone (EHB), in May 2023 Italy, Germany and Austria have signed an agreement to cooperate on the development of a network to transport hydrogen from the southern Mediterranean to northern Europe called the SouthH2 Corridor.<sup>24</sup> Stretching over 3,300 km, this corridor has been granted by the European Commission the status of Projects of Common Interest (PCI), which ensures fast-track permitting and access to European funding from the so-called Connecting Europe Facility.<sup>25</sup>

Although Switzerland is involved in the European Hydrogen Backbone,<sup>26</sup> there is currently no concrete plan to integrate the country into the European Hydrogen Backbone (EHB). The lack of a Swiss hydrogen strategy has arguably contributed isolating Switzerland from cooperation opportunities in hydrogen transport infrastructure. The potential for exclusion from the EU hydrogen market is adding further uncertainty to Swiss-EU economic cooperation prospects, which are already strained from the stalemate in the negotiations on an EU-Switzerland institutional framework agreement<sup>27</sup> and the failed EU-Switzerland electricity agreement to date, which has already effectively excluded Switzerland from the EU internal energy market.<sup>28</sup>

Reforms in the Swiss regulatory framework are essential to support the growth of a green hydrogen economy. The forthcoming national hydrogen strategy will be a crucial foundation for this framework, providing much-

---

<sup>23</sup> European Hydrogen Backbone (EHB), 'European Hydrogen Backbone Grows to Meet REPowerEU's 2030 Hydrogen Targets' (EHB, 2023) <<https://ehb.eu/newsitem/european-hydrogen-backbone-grows-to-meet-repowerEU-s-2030-hydrogen-targets#:~:text=The group proposes a hydrogen set of hydrogen import opportunities>> accessed 27 September 2024.

<sup>24</sup> Reuters, 'Italy, Germany, Austria Sign Cooperation Deal on Southern Hydrogen Link' (Reuters, 30 May 2024) <<https://www.reuters.com/sustainability/climate-energy/italy-germany-austria-sign-cooperation-deal-southern-hydrogen-link-2024-05-30/>> accessed 27 September 2024.

<sup>25</sup> Reuters, 'Projects Sponsored by Snam, Eni, Terna Get Priority Status from EU' (Reuters, 28 November 2023) <<https://www.reuters.com/business/energy/projects-sponsored-by-snam-eni-terna-get-priority-status-eu-2023-11-28/>> accessed 27 September 2024.

<sup>26</sup> Since the announcement of the EHB initiative's work programme in January 2022, FluxSwiss (i.e. the Belgian-Swiss system operator of the TransitGas pipeline) has joined the initiative.

<sup>27</sup> The Federal Council, Switzerland and the EU: cooperation and negotiation <<https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/swisseurelations.html>> accessed 27 September 2024.

<sup>28</sup> Cf. B. Kratz and C. Tobler, *EU-Swiss legal relations: Might we get an Electricity Agreement after all ?*, Chapter X in: EELR XV, forthcoming.

needed certainty for investors and energy companies. Additionally, it will be important to secure Switzerland's integration into the planned European hydrogen transportation network to enable the import of hydrogen from third countries.<sup>29</sup>

## C. Legal and Regulatory Challenges for Switzerland

### I. Starting position in a global context

In Switzerland, hydrogen has so far only played a role as an industrial raw material, which was produced almost exclusively using fossil fuels, in some cases on-site.

However, the regulation of hydrogen should not be viewed in an exclusively national context but in the evolving European and global legal and regulatory context, as shown in the first part of this article.

What is Switzerland's starting position in this context?

(1) With its traditionally high share of hydropower generation (60 percent) and an increasing share of other renewable electricity production<sup>30</sup>, Switzerland could produce green hydrogen, at least with its surplus electricity production during the summer. However, in order to be able to massively expand the production of climate-neutral hydrogen instead of the hydrogen that has so far been produced mainly using fossil fuels, a lot of *cheap* renewable electricity is needed, which Switzerland does not have to the same extent as sun-rich countries that can generate larger surpluses throughout the year.

(2) The EU is focusing on electrification *and* hydrogen for its decarbonization policy and has pledged to increase the share of (green) hydrogen from zero to twenty percent by 2050.<sup>31</sup> The EU is promoting and funding hydrogen projects along the entire value chain from production capacities to storage solutions and pipeline infrastructure. The aim is to create a European Hydrogen Backbone, which includes the creation of an infrastructure that will at the same time help to create a European hydrogen market.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> VSE, Avenir énergétique 2050 <<https://www.strom.ch/fr/avenir-energetique-2050/resultats#etude>> accessed 27 September 2024.

<sup>30</sup> For the Swiss energy statistics cf. the website of the Swiss Federal Office for Energy SFOE, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/statistik-und-geodaten/energiestatistiken/gesamtenergiestatistik.html>> accessed 28 September 2024.

<sup>31</sup> See [section B](#) above.

<sup>32</sup> See [section B.II](#) above.

From a Swiss perspective, a connection to the European Hydrogen Backbone therefore appears to be crucial in order to have all options available. In this respect too, Switzerland already has a basic infrastructure prerequisite in the form of the existing transit gas pipeline. However, a use for the transport of hydrogen would of course require a partial conversion of existing parallel infrastructures and/or a partial new construction.<sup>33</sup>

(3) As regards hydrogen projects for future imports in an extended, global context, Switzerland also has a good starting point with its global CO<sub>2</sub> compensation system based on bilateral intergovernmental agreements.<sup>34</sup>

An analysis of the regulatory status quo and further need for action can be structured according to the topics as follows:<sup>35</sup>

- Technical rules
- Permitting procedures
- Certificates of origin
- Grid and market regulations
- Decarbonization measures
- Promotion and subsidies

The following analysis starts with the responsibilities and the lack of a hydrogen strategy so far, and then highlights the regulations that have been set in place since 2023. The focus is on the 2023 so-called Umbrella decree, which is to be enacted on 1 January 2025. Other topics related to current regulations will also be listed before the remaining need for action is addressed.

---

<sup>33</sup> Cf. Art. 24<sup>bis</sup> para. 1 of the Federal Spatial Planning Act of June 22, 1979 (SR 700) on the bundling requirement for infrastructure facilities.

<sup>34</sup> Cf. art. 6 Federal Act on the Reduction of CO<sub>2</sub> Emissions (CO<sub>2</sub> Act) of 23 December 2011 (SR 641.71). It is the KliK Foundation, as per the delegation of this task based on art. 39 para. 2 CO<sub>2</sub> Act, which has since 2022 been supporting climate protection activities in countries that have signed a bilateral climate agreement with Switzerland under Article 6.2 of the Paris Agreement. Reference can also be made to the SWEET-reFuel.ch research project, see <<https://www.zhaw.ch/de/forschung/forschungsdatenbank/projektdetail/projektid/7214/>> accessed 28 September 2024, which, among other things, examines the opportunities that arise for Switzerland's international hydrogen projects.

<sup>35</sup> See the final report of phase 1 dated 14 September 2023 of a study by Polynomics, E-Bridge and EPFL, *Rahmenbedingungen für Wasserstoff in der Schweiz*, as published by the Association of Swiss Electricity Companies VSE on its website, <<https://www.strom.ch/de/nachrichten/zukunft-wasserstoff-neue-studie-zeigt-politischen-und-regulatorischen-handlungsbedarf>> accessed 28 September 2024, p. 30 ss.

## II. Responsibilities according to the Energy Act

According to Art. 6 para. 2 of the Energy Act<sup>36</sup>, energy supply is in principle a matter for the energy industry. “The Confederation and the cantons shall provide the framework conditions necessary to enable the energy industry to fulfill this task in the best interests of all”.

## III. The Missing Swiss Hydrogen Strategy

Hydrogen is regarded as an important element in the decarbonization process by both the Swiss gas industry<sup>37</sup> and electricity industry<sup>38, 39</sup>, as well as by the umbrella business association *economiesuisse*<sup>40</sup>, which have all been pushing hydrogen as a topic of strategic importance. However, at the time of writing this article (end of September 2024) Switzerland still lacks an official hydrogen policy strategy. Therefore, it is still not clear which priority hydrogen will be attributed in the context of the Swiss decarbonization policy<sup>41</sup> and how important legal and regulatory framework conditions will look like. This will not solely be important in a national perspective but also, for the reasons stated above, for Switzerland’s positioning within the nascent global market for green hydrogen.

Since 2020, there have been a number of postulates, interpellations and motions from members or commissions of the Swiss federal parliament in this respect.<sup>42</sup> With motion no. 22.3376 dated 1<sup>st</sup> April 2022<sup>43</sup>, the Swiss Federal

---

<sup>36</sup> Federal Energy Act (EnG) of 30 September 2016 (SR 730.0).

<sup>37</sup> See the website of the Swiss Gas Industry Association VSG, <<https://gazenergie.ch/de/energiezukunft/wasserstoff/>> accessed 28 September 2024, which publishes a barometer of renewable gases every six months.

<sup>38</sup> Cf. the website of the Association of Swiss Electricity Companies VSE, <<https://www.strom.ch/de/nachrichten/vse-positionspapier-so-hat-wasserstoff-eine-zukunft-der-schweiz>> accessed 28 September 2024, with further links on the subject of hydrogen.

<sup>39</sup> It was these two associations, by the way, that had commissioned the Polynomics / E-Bridge/ EPFL study (Fn 35).

<sup>40</sup> Cf. the *economiesuisse* website, <<https://www.economiesuisse.ch/de/dossier-politik/wasserstoff-und-erneuerbare-gase-der-energetraeger-der-zukunft>> accessed 28 September 2024.

<sup>41</sup> Some reference points can be derived from the Energy Perspectives 2050+, published by the SFOE, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/en/home/policy/energy-perspectives-2050-plus.html/>> accessed 28 September 2024.

<sup>42</sup> An overview, as of November 2023, can be found at the end of the Federal Council’s November 2023 report at <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20223376>> accessed 28 September 2024.

<sup>43</sup> Cf. <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20223376>> accessed 28 September 2024.

Council was asked to propose measures to promote the development and secure the supply of hydrogen in Switzerland. Such measures could, in the view of the respective parliamentary commission, take the form of financial contributions or non-financial measures to promote the production, import, storage or distribution of hydrogen from CO<sub>2</sub>-neutral production processes.

On 15 November 2023, answering to an earlier postulate no. 20.4406 made at the end of 2020, the Swiss Federal Council delivered a first report on “Hydrogen. Analysis of the situation and options for Switzerland”.<sup>44</sup> This report provides us with first indications of what the Swiss Federal Council’s hydrogen strategy, as promised to be delivered by the end of 2024, might look like. In summary:

- Decarbonization is to take place primarily through electrification.
- Hydrogen is to be used where electricity cannot be used directly or is less suitable. According to the federal government’s Energy Perspectives 2050+, hydrogen is expected to account for only around three percent of total energy consumption in 2050.<sup>45</sup>
- However, until a European hydrogen network will be established and until production will ramped up worldwide, the demand for hydrogen in Switzerland will mainly have to be met by an increasingly green domestic production. Hydrogen production should primarily take place at electricity generation plants or directly on large consumer sites, which could then become hydrogen hubs in industrial areas<sup>46</sup>.
- If not used directly at the production site, transportation should take place in converted or newly built gas pipelines or by road.
- From 2035 onwards, imports are expected to become increasingly cheaper via the European hydrogen network. The Swiss transit gas pipeline is important in this context.
- In the Federal Council’s understanding, the industry should be responsible for the construction of hydrogen pipelines and the conversion of the gas network infrastructure. The task of the federal government as well as the Cantons and municipalities is to set the framework conditions<sup>47</sup> “so

---

<sup>44</sup> The Federal Council’s November 2023 report can be downloaded at <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20223376> accessed 28 September 2024.

<sup>45</sup> Cf. Fn 30.

<sup>46</sup> An example is the Multi Energy Hub Zug on the site of the Tech Cluster Zug (V-Zug); see their website <https://mezag.ch/> accessed 28 September 2024.

<sup>47</sup> Cf. art. 6 para. 2 of the Energy Act and [section II](#) above.

that a market ramp-up is made possible and safety for the population and the environment remains guaranteed”. Safety is perceived as an important political issue, as there is still great skepticism about hydrogen among the Swiss population.

- Hydrogen is primarily considered as seasonal storage medium. Due to its very low efficiency, reconversion into electricity appears to be inefficient and expensive and is therefore only an option as a reserve. Due to the lack of storage options for gas in Switzerland, hydrogen must be converted into liquid synthetic energy sources for these purposes.
- Pages 5 and 6 of the Report show a timeline for establishing a hydrogen economy in Switzerland with a tabular list of the relevant political and regulatory steps.
- A schematic representation of the Power-to-X paths taken into consideration concludes the report.

In 2023, first regulatory steps regarding hydrogen and Power-to-gas (“PtG”) have been taken with the new Electricity Act (the so-called “Umbrella Decree”) dated 29 September 2023, which is to enter into force on 1<sup>st</sup> January 2025. These provisions will be summarized under [section IV](#).

However, as explained, it still remains to be seen which priority the Federal Council will give to a Swiss hydrogen economy and what measures, if any, it intends to take to further incentivize its development.

#### **IV. Hydrogen Production and Power-to-Gas as addressed in the 2023 Electricity Act**

The 2023 Electricity Act<sup>48</sup>, the so-called Umbrella Decree, for the first time, addresses hydrogen and PtG in terms of energy market regulation. An overview of the provisions that directly address the production of hydrogen and other renewable gases can be found in a forthcoming article by Markus Schreiber<sup>49</sup>, to be published in the focus issue on energy law of Weblaw Jusletter by the end of October 2024<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Federal Act on a Secure Electricity Supply with Renewable Energies (Amendment to the Energy Act and the Electricity Supply Act) of 29 September 2023, BBI 2023 2301, adopted in the referendum of 9 June 2024.

<sup>49</sup> M. Schreiber, *Wasserstoff und andere erneuerbare Gase im “Mantelerlass”*, forthcoming.

<sup>50</sup> See <<https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2024/1211.html>> accessed 28 September 2024.

The thrust of these new regulations is, on the one hand, to *remove existing obstacles to the construction of hydrogen production plants.*

The construction of electrolyzers and methanation plants will in the future be of “national interest”. This is stated in the revised art. 12 para. 2 of the Energy Act.<sup>51</sup> This means that the interest in the construction of such plants should from now on be given the same weighting as the (otherwise overruling) interests of national nature and landscape conservation (see art. 6 para. 2 of the Nature and Cultural Heritage Protection Act<sup>52</sup>). The draft of the associated ordinance<sup>53</sup>, art. 9a Energy Ordinance<sup>54</sup>, does not even require a threshold value for electrolyzers and methanation plants.

For obvious reasons<sup>55</sup>, it makes sense to install such plants at power generation facilities. However, as the run-of-river power plants that are particularly suitable for the production of green hydrogen are usually located outside of the building zone, the approval of electrolyser plants by the communal and cantonal authorities was in the past sometimes difficult.<sup>56</sup> This is also where the Umbrella Decree comes in with a new art. 24<sup>ter</sup> Spatial Planning Act, which provides for the licensing of biomass and other plants for the conversion of renewable energy into hydrogen, methane and other synthetic hydrocarbons outside the building zone, provided this is deemed appropriate for a secure supply of renewable energy. The precise criteria for eligibility for approval are to be defined at ordinance level, with proximity to the production of renewable energy and the possibility of transportation playing a particular role.<sup>57</sup>

---

<sup>51</sup> As to the functionality of art. 12 EnG cf. UVEK, *Explanatory Report dated 21 February 2024*, p. 1 s. and also M. Bickel, in Kratz et al (eds.), *Kommentar zum Energierecht*, Volume III, Berne 2016; Th. Largey, *L'intérêt national à l'utilisation des énergies renouvelables*, in: Jusletter 28 novembre 2022.

<sup>52</sup> Federal Act on the Protection of Nature and Cultural Heritage of 1 July 1966 (SR 451).

<sup>53</sup> The provisions of the ordinances accompanying the Umbrella Decree were submitted for consultation in spring 2024 and should be available in definitive form by the end of 2024. The corresponding references are therefore still to be regarded as provisional.

<sup>54</sup> Federal Energy Ordinance (EnO) of 1 November 2017 (SR 730.01).

<sup>55</sup> In addition to the technical connection of such locations, this also includes the advantage of exemption from grid fees within the framework of a so-called self-consumption arrangement.

<sup>56</sup> In 2022, for example, the Zurich Building Appeals Court had to decide on the approval of a hydrogen production plant and denied that the plant had the necessary site-specificity required for an exemption permit under Art. 24 of the Spatial Planning Act. See Schreiber (fn 49), section 3 for more details.

<sup>57</sup> Cf. Art. 32f Spatial Planning Ordinance in accordance with the consultation draft of 19 June 2024, at <[https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ongoing#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2024/54/cons\\_1](https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ongoing#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2024/54/cons_1)> accessed 28 September 2024.

With these regulations, some of the existing obstacles to the construction of electrolyzers and other PtX plants will therefore be removed. Further procedural simplifications will result from the so-called Acceleration Decree, which is of a general nature and at the end of September 2024 still being debated in the Swiss Parliament.<sup>58</sup> However, the question remains as to whether the construction of hydrogen production plants should be specifically incentivized or promoted beyond this, as is the case with funding in the EU,<sup>59</sup> with Germany as an example.<sup>60</sup>

In recent years, the *exemption from grid fees* resulting from the self-production of electricity privilege (see art. 16 para. 1 of the Energy Act<sup>61</sup>) has provided an incentive for the construction of hydrogen production facilities at electricity generation plants. Other producers of hydrogen through electrolysis were however at a clear disadvantage as a result of this privilege. In the Umbrella decree, the Parliament addressed this issue by retaining this incentive with the new regulations, but also by making it available to others, namely industrial producers. The aim of these provisions was therefore, on the other hand, to create a *level playing field for the operating costs of hydrogen producers* and at the same time keep these costs low.

The newly inserted art. 14a of the Electricity Supply Act<sup>62</sup> exempts all storage facilities without end electricity consumption from grid fees in a technology-neutral manner (para. 1 lit. b).

In future, conversion plants that convert electricity into hydrogen, gas or synthetic fuels will benefit from a grid fee reimbursement option to the extent of the electricity fed back into the grid (art. 14a para. 4 lit. b Electricity Supply Act).

Conversion plants that convert hydrogen, gas or synthetic fuels with electricity into storable chemical substrates are also to benefit to the extent of the electricity is drawn from the grid. However, this grid fee exemption option

---

<sup>58</sup> Cf. the Parliament's website, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20230051>> accessed 28 September 2024.

<sup>59</sup> See [section B](#) above.

<sup>60</sup> As part of a third (!) hydrogen wave of the IPCEI (Important Projects of Common European Interest) Hydrogen in July 2024, the German Federal Ministry of Economics issued a series of funding decisions totaling EUR 4.6 billion for projects covering the entire hydrogen value chain; see for example energate Messenger, [www.energate-messenger.de](http://www.energate-messenger.de), of July 15, 2024, "Bund schiebt Wasserstoff-Welle mit 4.6 Milliarden an", with further links.

<sup>61</sup> Cf. S. Rechsteiner and M. Waldner, in: Kratz et al. (eds.), *Kommentar zum Energierecht, Volume III*, Berne 2020.

<sup>62</sup> Federal Electricity Supply Act (StromVG) of 23 March 2007 (SR 734.7).

is limited to pilot and demonstration plants that are operated with electricity from renewable energies until a total capacity of 200 MW is reached (art. 14a para. 4 lit. c Electricity Supply Act).

The new art.18a Electricity Supply Ordinance<sup>63</sup> (in the version of the consultation draft) further specifies that the plant must be in operation by 31 December 2034, be operated with renewable sources of energy, be recognized by the federal government as a P&D plant and not lead to the 200 MW being exceeded (para. 2). According to para. 3, recognition as a P&D plant should require “novel technical or operational characteristics”. This in turn makes it doubtful whether a hydrogen producer, that has been granted an exemption from grid fees<sup>64</sup> for the first plant, may expect a grid fee refund for further similar plants.

With this regulation, the most relevant PtX systems in Switzerland will only be able to benefit to a limited extent from an exemption from grid fees. The exemption in neighboring Germany and Austria will still be more extensive.<sup>65</sup>

If the creation of a level playing field between power plant and grid operators as hydrogen producers, on the one hand, and industrial producers, on the other hand, is to be further intensified, *unbundling* would also have to be addressed. Without unbundling provisions, the power plant and grid operators will continue to have advantages that they can exploit in an evolving new market.<sup>66</sup> However, this is not an issue likely to be addressed in the context of further incentivizing green hydrogen production in Switzerland. It remains to be seen whether the Swiss electricity market regulatory authority ElCom will address unbundling issues instead of the legislator, as ElCom has in an earlier communication regarding electricity storage made it clear that it considers storage to be a competition area<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Federal Electricity Supply Ordinance (StromVV) of 14 March 2008 (SR 734.71).

<sup>64</sup> Cf. also art. 23a Electricity Supply Act, so-called “Regulatory Sandbox” provision regarding pilot projects.

<sup>65</sup> Cf. Schreiber (fn 49), section III/2.

<sup>66</sup> See Schreiber (fn 49), section III/3 with further reference; B. Kratz, *Speicher als Schlüsselkomponente der Energiewende*, Zurich/St. Gallen 2018, p. 85 et seq. and on the subject of unbundling in infrastructure-based sectors in general, most recently also Josianne Magnin, *Wettbewerbsrecht und Entflechtung im Infrastrukturbereich*, Habil. Lucerne, Zurich/Geneva 2024.

<sup>67</sup> See ElCom, Questions and answers on the Energy Strategy 2050 of April 3, 2018, last updated on November 14, 2023, to be found on [www.elcom.admin.ch](http://www.elcom.admin.ch) > Documentation > Communications.

As long as there are no unbundling requirements, integrated energy companies can also use the storage options of hydrogen and PtG as flexibilities in the sense of the new Art. 17c Electricity Supply Act to make grid operation more efficient and have these remunerated.

Further, in the context of the Umbrella Decree, hydrogen is also being addressed as a *trade-related issue*: green hydrogen and synthetic fuels from Switzerland need to be backed by certificates, with a view to comply with the quota for renewables, reduction of GHG emissions as well as to achieving the climate targets set out in the Climate Protection Act. Draft art. 4a ss. of the Energy Ordinance, based on art. 9 para. 5 of the Energy Act, propose a certificate system designed for a transition period, which is therefore not yet in all respects compliant with the EU system.<sup>68</sup>

## V. Other relevant regulations

As regards *specific decarbonization measures*, biogenic and synthetic fuels have been exempted from mineral oil tax and from the performance-related heavy vehicle charge for electrically powered vehicles.<sup>69</sup> This also aims at creating demand side incentives.

The revised CO<sub>2</sub> Act entering into force on 1 January 2025 provides in art. 28f for blending quotas for renewable aviation fuels.

As to recent climate protection legislation, the Climate and Innovation Protection Decree<sup>70</sup> has created a *subsidy* from which technologies that are part of the value chain of the hydrogen home market can benefit.

As far as the *pipeline-based transportation of hydrogen* is concerned, the scope of the Pipeline Ordinance<sup>71</sup> was extended to hydrogen in 2023 as a first step.<sup>72</sup>

In 2024, another revision of the Pipeline Ordinance has been submitted for consultation, with the aim to address technical criteria and safety regulations for the transportation of hydrogen at ordinance level for the time being.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Cf. UVEK, Explanatory Report dated 21 February 2024, p. 10 s.

<sup>69</sup> Cf. Polynomics analysis (fn 35), p. 49 and 2024 amendments to CO<sub>2</sub> Act, BBl 2024 686.

<sup>70</sup> Federal Act on Targets in Climate Protection, Innovation and Energy Security (KIG) of 30 September 2022; BBl 2022 2403.

<sup>71</sup> Federal Pipeline Ordinance (RLV) of 26 June 2019 (SR 746.11).

<sup>72</sup> This regulation has been criticized as excessive; see Polynomics analysis (fn 35), p. 32.

<sup>73</sup> Cf. the SFOE Website, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-102488.html>> accessed 28 September 2024, with further links to the respective documents.

## **VI. Coming to an Agreement with the European Union?**

As regards energy, many good reasons exist for Switzerland to come to a sectoral agreement with the EU. This also applies with regard to hydrogen: If Switzerland wants to be fully integrated into the European Hydrogen Backbone for future imports and transports of hydrogen, it must work towards the inclusion of the transit gas pipeline, whether in a trilateral framework with its neighboring countries Germany and Italy or in relation to the EU. As of the end of September 2024, there is no official information regarding the ongoing negotiations with the EU that also include energy related matters.

### **D. Conclusions**

From our point of view, it seems imperative that Switzerland does not miss the integration into European Hydrogen Backbone, which would allow it to keep all its options available with regard to its future hydrogen strategy and any adaptations thereof.

With regard to future trade in green hydrogen, it seems important that Switzerland aligns with international standards and complies with recognized certification schemes in order to be integrated in the green hydrogen market. In this context, alignment with European standards may represent an obvious option for Switzerland, but they remain burdensome and may render imports excessively difficult. A Swiss “way” matched with arrangements for mutual recognition may represent an alternative option.

Also with a view to further broadening the base of its energy security, it would appear to be the right course for Switzerland to further incentivize the development of domestic production of green hydrogen up to a certain production capacity. In the interests of a level playing field, it is important that the formation of industrial hubs, which are also major consumers of industrial fuels to be decarbonized, is equally incentivized.

In order to incentivize private investments in hydrogen, long-term purchase agreements should be admitted. Funding would certainly further incentivize such investments.

As for the regulation of hydrogen and PtX as a cross-sectoral matter, it is in the nature of things that this has so far been done selectively within the framework of various decrees and sector specific contexts. It can be expected that hydrogen will also be addressed in the future Gas Supply Act as renewable

gas and also in terms of transportation pipelines. In this context, the question will again be raised as to whether a specific hydrogen regulation in a separate decree would not be more appropriate to deal with the specifics of the matter.



**EuZ**

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:

**09 | 2024**

LEITARTIKEL:

**Yeşim M. Atamer / Patrick Wittum  
Von Laissez-faire zu Regulierung:  
Grundlagen der EU-Richtlinie über  
die Sorgfaltspflichten von Unternehmen  
im Hinblick auf Nachhaltigkeit  
(CSDDD)**

# Von Laissez-faire zu Regulierung: Grundlagen der EU-Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (CSDDD)

Yeşim M. Atamer/Patrick Wittum\*

## Inhalt

|      |   |     |
|------|---|-----|
| A.   | <a href="#">Einleitung</a>  | 12  |
| B.   | <a href="#">Regulierungsziele der CSDDD</a>   | 14  |
| I.   | <a href="#">Negative Externalitäten verhindern</a>  | 14  |
| 1.   | <a href="#">Ökonomische und rechtliche Ausgangslage</a>                                       | 14  |
| 2.   | <a href="#">Menschenrechts- und Umweltarbitrage</a>   | 15  |
| 3.   | <a href="#">Wahl des Regulierungsmodells</a>  | 17  |
| a)   | <a href="#">Berichterstattungspflichten</a>   | 17  |
| b)   | <a href="#">Materielle Sorgfaltspflichten</a>   | 19  |
| c)   | <a href="#">Einwände gegen das Regulierungsmodell der CSDDD</a>                               | 111 |
| II.  | <a href="#">Einheitliche Wettbewerbsbedingungen gewährleisten</a>                             | 112 |
| C.   | <a href="#">Persönliche Regulierungsdimension (Adressaten)</a>                                | 114 |
| I.   | <a href="#">Rechtsformbasierter Ansatz</a>  | 114 |
| 1.   | <a href="#">Kapitalgesellschaften</a>   | 114 |
| 2.   | <a href="#">Personengesellschaften</a>  | 115 |
| 3.   | <a href="#">Vergleichbare drittstaatliche Gesellschaften</a>                                  | 116 |
| 4.   | <a href="#">Beaufsichtigte Finanzunternehmen</a>  | 117 |
| II.  | <a href="#">Schwellenwerte</a>  | 117 |
| 1.   | <a href="#">Massstab</a>  | 117 |
| 2.   | <a href="#">Schwellenwerte im Regelfall</a>   | 118 |
| 3.   | <a href="#">Schwellenwerte bei Konzernstrukturen und Franchise- bzw. Lizenzvereinbarungen</a> | 118 |
| III. | <a href="#">Bewertung</a>   | 120 |

---

\* Prof. Dr. Dr. h.c. Yeşim M. Atamer, LL.M., ist Inhaberin des Lehrstuhls für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Zürich und Direktorin des [Zentrum für Regulierung und Vertragsrecht \(CRCL\)](https://orcid.org/0000-0002-9996-0698) an der UZH (<https://orcid.org/0000-0002-9996-0698>); Patrick Wittum, Mag. iur., ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

|      |   |      |
|------|---|------|
| D.   | <a href="#">Sachliche Regulierungsdimension (Schutzgüter)</a>                                   | I 22 |
| I.   | <a href="#">Menschenrechte</a>  | I 22 |
| II.  | <a href="#">Umwelt</a>  | I 24 |
| III. | <a href="#">Klima</a>   | I 25 |
| 1.   | <a href="#">Mittelbare Erfassung</a>  | I 26 |
| 2.   | <a href="#">Sperrwirkung von Art. 22 (Klimatransformationsplan)?</a>                            | I 28 |
| IV.  | <a href="#">Bewertung</a>   | I 29 |
| E.   | <a href="#">Modale Regulierungsdimension (Verantwortungsbereich)</a>                            | I 31 |
| I.   | <a href="#">Haftung für die eigene Geschäftstätigkeit</a>                                       | I 31 |
| II.  | <a href="#">Haftung für die Geschäftstätigkeit von Tochterunternehmen</a>                       | I 32 |
| III. | <a href="#">Haftung für die Geschäftstätigkeit der Geschäftspartner in den Aktivitätsketten</a> | I 35 |
| 1.   | <a href="#">Übersicht</a>   | I 35 |
| 2.   | <a href="#">Geschäftspartner</a>  | I 36 |
| a)   | <a href="#">Tätigkeiten, Produkte und Dienstleistungen</a>                                      | I 37 |
| b)   | <a href="#">Zusammenhang</a>  | I 38 |
| 3.   | <a href="#">Aktivitätsketten</a>  | I 39 |
| a)   | <a href="#">Upstream</a>  | I 39 |
| aa)  | <a href="#">Fokus Produktion: Ausschluss von Weiterverkäufern und Warenhändlern</a>             | I 40 |
| bb)  | <a href="#">Zusammenhang im Kontext der Upstreamaktivitätskette</a>                             | I 41 |
| b)   | <a href="#">Downstream</a>  | I 43 |
| 4.   | <a href="#">Bewertung</a>   | I 47 |
| IV.  | <a href="#">Haftung für die Geschäftstätigkeit der Geschäftspartner der Tochterunternehmen</a>  | I 47 |
| V.   | <a href="#">Haftung für die Geschäftstätigkeit von Franchisenehmern</a>                         | I 49 |
| F.   | <a href="#">Ausblick und Thesen</a>   | I 52 |

## A. Einleitung

Nach langem Hin und Her hat es die *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*<sup>1</sup> (nachfolgend: CSDDD<sup>2</sup>) am 13. Juni 2024 fast zeitgleich mit den Europäischen Parlamentswahlen über die Ziellinie geschafft. Die CSDDD führt auf europäischer Ebene erstmals branchenunabhängig materielle Sorgfaltspflichten zum Schutz der Menschenrechte und Umwelt ein und sichert diese doppelt ab: zum einen durch öffentlich-rechtliche Massnahmen der Aufsichtsbe-

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2024/1760 vom 13. Juni 2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, Abl. L 2024/1760 vom 5. Juli 2024.

<sup>2</sup> Im englischen Sprachfeld wird häufig auch die Abkürzung „CS3D“ gewählt.

hörden,<sup>3</sup> zum anderen durch eine zivilrechtliche Haftpflicht der regulierten Unternehmen gegenüber Personen, deren nach nationalem Recht geschützte rechtliche Interessen verletzt wurden.<sup>4</sup> Damit ergänzt die Richtlinie das europäische Regulierungsportfolio zur Erreichung der Nachhaltigkeitsziele, das bisher vor allem Berichterstattungspflichten und sektorspezifische Sorgfaltspflichten aufwies.<sup>5</sup> Nun müssen die Mitgliedstaaten bis zum 26. Juli 2026 Umsetzungsvorschriften erlassen, welche ab einem Jahr danach schrittweise und ab dem gleichen Datum im Jahr 2029 zur Gänze gelten.<sup>6</sup>

Das Regulierungskonzept der CSDDD betrifft den Kernbereich des klassischen Deliktsrechts, nämlich den Schutz elementarer Rechtsgüter durch Sorgfaltspflichten privater Akteure.<sup>7</sup> Aus der Warte des Deliktsrechts begründet die Richtlinie einen Paradigmenwechsel,<sup>8</sup> indem sie die Verantwortung ausgewählter Unternehmen über ihren eigenen Geschäftsbereich hinaus auch auf ihre Tochterunternehmen und Aktivitätsketten ausdehnt. Diese neuen Sorgfaltspflichten und die damit verbundene Haftungsnorm sollen insbesondere verhindern, dass weltweit unterschiedliche Schutzstandards im Bereich der Menschenrechte und Umwelt ausgenutzt werden, um Güter auf Kosten Dritter bzw. der Umwelt in Ländern mit geringeren Schutzstandards profitabler herzustellen (B.I.). Nach ersten mitgliedstaatlichen Vorstößen wie in Frankreich (*Loi de vigilance*) und Deutschland (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz)

---

<sup>3</sup> Art. 24–28 CSDDD.

<sup>4</sup> Art. 29 CSDDD. Zu Einzelheiten der zivilrechtlichen Haftpflicht siehe: Mathias Habersack/Peter Zickgraf, Sorgfaltspflichten und Haftung in der Lieferkette als Regelungsmodell. Rechtsentwicklung – Rechtsvergleichung – Rechtsökonomik – Rechtsdogmatik, *RabelsZ* 87 (2023), 532, 599 ff.; Eva-Maria Kieninger, Zivilrechtliche Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen nach Lieferkettengesetz und Sustainability-Richtlinie, *ZIP* 2024, 1037, 1044 ff.; Michael Nietsch, Die Zivilrechtliche Haftung nach der EU-Lieferketten-RL – Ein Gamechanger?, *NJW* 2024, 2865. Kritische Evaluation bei: Chris Thomale/Stephan Schmid, Das Private Enforcement der EU-Lieferkettenrichtlinie. Eine rechtsvergleichende und rechtsökonomische Beurteilung der finalen Fassung mit Anregungen für mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetze, *RabelsZ Online First* 9/2024, insb. 50–65, abrufbar unter: <<https://doi.org/10.1628/rabelsz-2024-0046>> (alle Webseiten wurden zuletzt am 8. Oktober 2024 besucht).

<sup>5</sup> Vgl. dazu: Yeşim M. Atamer/Florian Willi, Der Schweizerische CSR-Regulierungsansatz im Kontext neuester Entwicklungen in Europa, in: Eva Maria Belser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Le droit sans frontières, Mélanges pour Franz Werro*, Stämpfli 2022, 41, 44 ff.; Dirk Zetzsche/Julia Sinnig, Vom Reporting zur Vermeidungspflicht von adverse sustainability impacts: Die CSDDD-Lieferkettenregulierung, *WM* 2024, 1341 (Teil I) und 1389 (Teil II), 1342 ff.

<sup>6</sup> Art. 37 CSDDD.

<sup>7</sup> Vgl. Gerhard Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 753 und 757.

<sup>8</sup> Habersack/Zickgraf, *RabelsZ* 87 (2023) (Fn. 4), 566; Thomale/Schmid, *RabelsZ Online First* 9/2024 (Fn. 4), 20.

sah sich die EU dazu veranlasst, eine unionsweit einheitliche Regulierung einzuführen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen (*level playing field*) für alle Wirtschaftsteilnehmer des europäischen Binnenmarkts zu schaffen (B.II).

Die vorliegende Abhandlung soll dazu dienen, die Grundbausteine der Richtlinie in Bezug auf ihren Anwendungsbereich darzustellen. Der Regulierungsgegenstand der CSDDD lässt sich abstrakt in eine persönliche, sachliche und modale Dimension auffächern: In persönlicher Hinsicht werden nur Unternehmen in ausgewählten Rechtsformen verpflichtet, welche hohe Schwellenwerte überschreiten (C.). In sachlicher Hinsicht begründet die CSDDD eine Verantwortung dieser Unternehmen für tatsächliche und potenzielle negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und die Umwelt (D.). Schliesslich muss in modaler Perspektive geklärt werden, auf welche Art und Weise die negativen Auswirkungen entstehen müssen, d.h. wie weit der relevante Verantwortungsbereich der erfassten Unternehmen reicht (E.). Ausgeklammert bleiben hingegen die konkrete Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten in Art. 5–16 CSDDD und ihrer Durchsetzungsmechanismen, um den Umfang des Beitrags nicht zu sprengen.

## **B. Regulierungsziele der CSDDD**

### **I. Negative Externalitäten verhindern**

#### **1. Ökonomische und rechtliche Ausgangslage**

Nach klassischen deliktsrechtlichen Massstäben bezogen sich Sorgfaltspflichten bisher primär auf den eigenen Geschäftsbereich des jeweiligen Rechtsträgers; grundsätzlich sollte jedes Unternehmen auf das regelkonforme Verhalten anderer Marktteilnehmer vertrauen können (Vertrauensgrundsatz).<sup>9</sup> Die ökonomische Begründung dafür differenzierte zwischen erstens Konzernstrukturen und zweitens selbstständigen Geschäftspartnern. Im ersten Fall standen einer direkten Haftung der Konzernmutter das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip und die beschränkte Gesellschafterhaftung im Wege. Zu deren Rechtfertigung wurde u.a. angeführt, dass sie die Überwachungskosten für

---

<sup>9</sup> Wagner, *RabelsZ* 80 (2016) (Fn. 7), 758. Zum Vertrauensgrundsatz im Allgemeinen vgl. Manuel Jaun, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen*, *Stämpfli* 2007, 433.

Gesellschafter und Gläubiger senke und somit Investitionen fördere.<sup>10,11</sup> Im zweiten Fall könne der Geschäftspartner als unmittelbarer Verursacher die negativen Auswirkungen seiner Tätigkeit selbst am einfachsten kontrollieren und habe daher die geringsten Schadensvermeidungskosten (*cheapest cost avoider*).<sup>12</sup>

## 2. Menschenrechts- und Umweltarbitrage

In einer Welt globalisierter Wertschöpfungsketten begünstigte die bisherige Sach- und Rechtslage aber tendenziell Menschenrechts- und Umweltarbitrage.<sup>13</sup> Dazu gliedern die Unternehmen risikohafte Tätigkeiten häufig auf Tochterunternehmen oder selbstständige Vertragspartner aus, hinter denen sie sich im Schadensfall verschanzen können.<sup>14</sup> Die Produktion erfolgt bewusst in Ländern mit geringen Schutzstandards,<sup>15</sup> um so von den niedrigeren Herstellungskosten zu profitieren.<sup>16</sup> Produktion in diesen Staaten ist auch deswegen lukrativ, da sie bestehende Schutzstandards weniger konsequent durchsetzen als andere,<sup>17</sup> z.B. wegen Korruption, schwacher staatlicher Strukturen

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu: Frank Easterbrook/Daniel Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, 52 U. Chi. L. Rev. 89 (1985), 93 ff., 98 ff.; Henry Hansmann/Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 Yale L. J. 387 (2000), 398 ff., 423 ff.; Carsten König, *Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften*, AcP 217 (2017), 611, 617 ff.; Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl., OUP 2017, 8 f.; Henry Manne, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*, 53 Va. L. Rev. 259 (1967), 262.

<sup>11</sup> Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip ist mit Blick auf deliktische Gläubiger weniger klar gerechtfertigt. Siehe hierzu insbesondere: Henry Hansmann/Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, 100 Yale L.J. 1879 (1991).

<sup>12</sup> Habersack/Zickgraf, *RabelsZ* 87 (2023) (Fn. 4), 570 f.; Stefan Korch, *Rechtsökonomische Analyse menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, *ZVglRWiss* 122 (2023), 20, 32; Wagner, *RabelsZ* 80 (2016) (Fn. 7), 771.

<sup>13</sup> Terminologie von: Marc-Philippe Weller/Laura Nasse, *Unternehmensorganisation zum Schutz der Menschenrechte: Eine neue Verkehrspflicht in § 823 Abs. 1 BGB*, in: Boris P. Paal/Dörte Poelzig/Oliver Fehrenbacher (Hrsg.), *Deutsches, Europäisches und vergleichendes Wirtschaftsrecht, Festschrift für Werner F. Ebke zum 70. Geburtstag*, Beck 2021, 1071, 1077 f.

<sup>14</sup> Bezogen auf Konzernverhältnisse: Jennifer Arlen/W. Bentley MacLeod, *Beyond Master-Servant: A Critique of Vi-carious Liability*, in: Stuart Madden (Hrsg.), *Exploring Tort Law*, CUP 2005, 111, 122 f.; John Armour, *Legal Capital: An Outdated Concept?* EBOR 2006, 5, 12; König, *AcP* 217 (2017) (Fn. 10), 624.

<sup>15</sup> Vgl. *Vedanta Resources plc and another v Lungowe and others* [2019] UKSC 20, Rn. 88 ff.

<sup>16</sup> European Commission, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Accompanying the document, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, SWD(2022) 42 final, 9, 17; Habersack/Zickgraf, *RabelsZ* 87 (2023) (Fn. 4), 534.

<sup>17</sup> Yeşim M. Atamer /Florian Willi, *Konzernverantwortungsinitiative: Was ändert sich bei einem JA?*, SZW / RSDA 2020, 435, 446; Habersack/Zickgraf, *RabelsZ* 87 (2023) (Fn. 4), 534 f.;

bzw. Problemen beim Zugang zur Justiz. Im Fall Vedanta Resources ging es beispielweise um Verunreinigungen im Kafue Fluss in Chingola (Sambia), die durch den Abbau von Kupfer entstanden waren und die Trinkwasserversorgung der Bevölkerung sowie die Landwirtschaft erheblich beeinträchtigten. Die für die Verschmutzungen angeblich verantwortlichen Minen wurden von der Konkola Copper Mines plc betrieben. Vedanta Resources plc (seit Ende 2018 Ltd<sup>18</sup>) mit Sitz in London hält etwa 79,4% der Anteile an der Konkola Copper Mines plc.<sup>19</sup> Die Tatsacheninstanz in dem gegen beide Unternehmen in England angestregten Verfahren stellte fest, dass den Klägern in einem Verfahren in Sambia keine substantielle Gerechtigkeit zuteilwerden könne, weil die Finanzierung des Verfahrens mangels Prozesskostenhilfe praktisch unmöglich sei und sowohl der Anwaltschaft als auch den Gerichten die Ressourcen und Erfahrung zur Bewältigung derart komplexer Massenverfahren fehlten.<sup>20</sup>

Diese Phänomene tragen dazu bei, dass die beteiligten Unternehmen die negativen Effekte ihres Handelns nicht durch Schadenersatzzahlungen, Strafen bzw. Steuern internalisierten und daher wohlfahrtsökonomisch eine zu hohe Aktivität entfalten.<sup>21</sup> Soft Law und Ansätze der Selbstregulierung konnten diesem Phänomen aus Sicht der EU-Kommission bisher nicht in ausreichendem Masse gegensteuern.<sup>22</sup> Unter anderem finden sich auch deswegen aufsehenerregende Entscheide, in welchen Gerichte über das traditionelle Deliktsrecht eine Haftung von Unternehmen jedenfalls für das Verhalten ihrer Töchter begründeten.<sup>23</sup>

---

Carsten König, Die geplante EU-Richtlinie über Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen, NZG 2022, 1186, 1187; Korch, ZVglRWiss 122 (2023) (Fn. 12), 32; Michael Windfuhr, in: Markus Kaltenborn/Markus Krajewski/Giesela Rühl/Miriam Saage-Maaß (Hrsg.), Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare, Beck 2023, Einl. Rn. 10.

<sup>18</sup> Companies House, Find and update company information, VEDANTA RESOURCES LIMITED, abrufbar unter: <<https://find-and-update.company-information.service.gov.uk/company/04740415>>.

<sup>19</sup> Vedanta, Our Businesses, Copper, abrufbar unter: <<https://www.vedantaresources.com/businesses-copper.php>>.

<sup>20</sup> Vedanta Resources plc and another v Lungowe and others [2019] UKSC 20, Rn. 88 ff.

<sup>21</sup> Atamer/Willi, SZW / RSDA 2020 (Fn. 17), 445 f. Kritisch: Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 33 ff.

<sup>22</sup> SWD(2022) 42 final (Fn. 16), 14 f., 34.

<sup>23</sup> Vgl. Chandler v Cape plc [2012] EWCA Civ 525; Vedanta Resources plc and another v Lungowe and others [2019] UKSC 20; Okpabi and others v Royal Dutch Shell plc and another [2021] UKSC 3; Gerechtshof Den Haag, uitspraak van 29-01-2021, zaaknummer 200.126.804/01 en 200.126.834/01, ECLI:NL:GHDHA:2021:132; Vgl. dazu auch Phillip Morgan, Vicarious liability for group companies: the final frontier of vicarious liability? 31 J. of Professional Negligence 276 (2015), 276 ff.; Christian A. Witting, Liability of Corporate

### 3. Wahl des Regulierungsmodells

Um den Eintritt solcher negativer Externalitäten zu verhindern, hat der europäische Gesetzgeber bisher insbesondere auf Berichterstattungs- und sektorspezifische Sorgfaltspflichten gesetzt.<sup>24</sup>

#### a) Berichterstattungspflichten

Berichterstattungspflichten sind eine Form der verfahrensrechtlichen Regulierung.<sup>25</sup> In der EU waren sie prominent in der *Non Financial Reporting Directive*<sup>26</sup> (nachfolgend: NFRD) von 2014 vorgesehen, welche die Bilanz-RL<sup>27</sup> änderte. Danach müssen Unternehmen im Rahmen ihres Jahresabschlusses über die Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf nichtfinanzielle Belange berichten,<sup>28</sup> was neben den Menschenrechten und der Umwelt auch sonstige Sozial- und Arbeitnehmerbelange, Governance-Faktoren und die Korruptionsbekämpfung umfasst.<sup>29</sup> Im Rahmen der konsolidierten Berichterstattung mussten Mutterunternehmen über die Auswirkungen der Tätigkeit ihrer Tochterunternehmen berichten.<sup>30</sup> Inzwischen hat die *Corporate Sustainability Reporting Directive*<sup>31</sup>

---

Groups and Networks, CUP 2018; Rolf H. Weber/Rainer Baisch, *Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries*, EBLR 27 (2016), 669, 685 ff.

<sup>24</sup> Insgesamt zu den verfügbaren Regulierungsansätzen: Anna Beckers, *Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten*, ZfPW 2021, 220, 223; Florian Möslein/Karsten Engsig Søkrensen, *Nudging for Corporate Long-termism and Sustainability*, 24 Colum. J. Eur. L. 391 (2018); Gisela Rühl, *Regulierung unternehmerischer Verantwortung in globalen Lieferketten: Ein rechtsvergleichender Überblick*, in: Peter Jung/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), *Unternehmerische Verantwortung in Lieferketten*, Nomos 2023, S. 9, 14. Speziell zum Klimaschutz: Marc-Philippe Weller, *Empfehlen sich im Kampf gegen den Klimawandel gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts?*, Gutachten F zum 74. Deutschen Juristentag, Beck 2024.

<sup>25</sup> Möslein/Søkrensen, 24 Colum. J. Eur. L. 391 (2018) (Fn. 24), 409.

<sup>26</sup> Richtlinie 2014/95/EU 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, 1, Berichtigung ABl. L 369 vom 24. Dezember 2014, 79.

<sup>27</sup> Richtlinie 2013/34/EU vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. L 182 vom 29. Juni 2013, 19.

<sup>28</sup> Art. 19a der Bilanz-RL in Fassung der NFRD.

<sup>29</sup> Art. 19a der Bilanz-RL in Fassung der NFRD.

<sup>30</sup> Art. 29a der Bilanz-RL in Fassung der NFRD.

<sup>31</sup> Richtlinie (EU) 2022/2464 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

von 2022 (nachfolgend: CSRD) die europäische Nachhaltigkeitsberichterstattung deutlich verschärft, indem z.B. der persönliche Anwendungsbereich erheblich erweitert,<sup>32</sup> der *comply-or-explain*-Mechanismus weitgehend abgeschafft<sup>33</sup> und eine externe Prüfungspflicht vorgesehen wurde.<sup>34</sup> Ausserdem sieht die Neuregelung jetzt ausdrücklich vor, dass sich die Berichterstattung auch auf die Wertschöpfungskette, die Geschäftsbeziehungen und die Lieferkette des berichtenden Unternehmens selbst und – sofern eine Konsolidierungspflicht besteht – auch seiner Tochterunternehmen bezieht.<sup>35</sup> Weitere Berichterstattungspflichten sind in der Taxonomie-VO<sup>36</sup> über den Umfang ökologisch nachhaltiger Wirtschaftstätigkeiten eines Unternehmens<sup>37</sup> und der Offenlegungs-VO<sup>38</sup> bezüglich der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Finanzsektor vorgesehen.

Idealtypisch dienen Berichterstattungspflichten primär der Information relevanter Interessenträger.<sup>39</sup> Doch ist heute nicht nur der Kapitalmarkt angesprochen, sondern auch Konsumenten, Akteure der Zivilgesellschaft und Nichtregierungsorganisationen.<sup>40</sup> Durch die Berichterstattung soll insbesondere die Vergleichbarkeit von Unternehmen mit Blick auf diejenigen Faktoren

---

der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl. L 322 vom 16. Dezember 2022, 15.

<sup>32</sup> Vgl. Moritz Renner, Menschenrechts- und umweltbezogene Unternehmensverantwortung zwischen Kapitalmarkt und Lieferkette, ZEuP 2022, 782, 794 (bezogen auf die vorläufige politische Einigung zwischen Rat und Europäischem Parlament).

<sup>33</sup> Vgl. zu den wenigen Ausnahmen: Valentin Jentsch, Der Europäische Rechtsrahmen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, Ein Streifzug durch die CSRD und die ESRS, EuZ 9/2023, 15, 24 f.

<sup>34</sup> Atamer/Willi, in: *Mélanges pour Werro* (Fn. 5), 44 f.; Patrick C. Leyens, Transparenzregeln zur Steuerung der Lieferkettensorgfalt, in: Peter Jung/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), *Unternehmerische Verantwortung in Lieferketten*, Nomos 2023, 79, 86 f.

<sup>35</sup> Art. 19a Abs. 2 lit. f) Ziff. ii) und 29a Abs. 2 lit. f) Ziff. ii) der Bilanz-RL in Fassung der CSRD.

<sup>36</sup> Verordnung (EU) 2020/852 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, Berichtigung ABl. L 142 vom 1. Juni 2023, 45.

<sup>37</sup> Art. 8 Taxonomie-VO.

<sup>38</sup> Verordnung (EU) 2019/2088 vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl. L 317 vom 9. Dezember 2019, 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2023/2869, ABl. L vom 20. Dezember 2023.

<sup>39</sup> Atamer/Willi, SZW / RSDA 2020 (Fn. 17), 443; Dies. (Fn. 5), 42; Beckers, ZfPW 2021 (Fn. 24), 230; Patrick Hell, Grundsatzfragen der Ausgestaltung der nichtfinanziellen Unternehmenspublizität, EuZW 2018, 1015, 1016 f.; Renner, ZEuP 2022 (Fn. 32), 791 f.

<sup>40</sup> Erwgr. 9 CSRD; kritisch: Renner, ZEuP 2022 (Fn. 32), 791 f., 795 f.; Wolfgang Schön, „Nachhaltigkeit“ in der Unternehmensberichterstattung, ZfPW 2022, 207, 236 f.

erhöht werden, die Gegenstand des Berichtes sind.<sup>41</sup> Die erhöhte Transparenz kann die Nachfrage nach Produkten und Dienstleistungen des berichterstattenden Unternehmens beeinflussen und ihm einen Anreiz geben, bei den zu berichtenden Faktoren positiv abzuschneiden.<sup>42</sup> Zudem führt die Pflicht zur Berichterstattung indirekt dazu, dass sich das Management mit den Auswirkungen seiner Tätigkeit beschäftigen muss und die Grundlage dazu erhält, die Leistung des Unternehmens auch anhand nichtfinanzieller Belange zu beurteilen.<sup>43</sup>

Die Steuerungswirkung der Berichterstattung ist freilich begrenzt, wenn sie von anderen Marktteilnehmern nicht in dem erwarteten Ausmass bei Transaktionsentscheidungen berücksichtigt wird.<sup>44</sup> Daher ist es sinnvoll, Berichterstattung mit materiellen Sorgfaltspflichten zu kombinieren.<sup>45</sup>

## b) *Materielle Sorgfaltspflichten*

Anders als reine Berichterstattungspflichten begründen materielle Sorgfaltspflichten direkte Handlungspflichten zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter.<sup>46</sup> Sie sind daher im Vergleich zu blossen Berichterstattungspflichten das eingriffsintensivere Regulierungsinstrument.<sup>47</sup>

Bisher gab es auf europäischer Ebene schon sektorspezifische Sorgfaltspflichten in der Konfliktmineralien-VO<sup>48</sup>, der Entwaldungs-VO<sup>49</sup> und der Batterie-

---

<sup>41</sup> Christoph Burckhardt, Berichterstattungspflicht zur Corporate Social Responsibility, in: Julia Meier/Nadine Zurkinden/Lukas Staffler (Hrsg.), *Recht und Innovation*, DIKE 2020, 63, 75.

<sup>42</sup> Beckers, *ZfPW* 2021 (Fn. 24), 230.

<sup>43</sup> Yeşim M. Atamer/Florian Willi, CSR-Berichterstattung Ante portas: Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, *SZW / RSDA* 2020, 686, 686 f.; Dies. (Fn. 5), 42; Beckers, *ZfPW* 2021 (Fn. 24), 230; Hell, *EuZW* 2018 (Fn. 39), 1017; Möslin/Søkransen, 24 *Colum. J. Eur. L.* 391 (2018) (Fn. 24), 409, 413; Schön, *ZfPW* 2022 (Fn. 40), 231 f.

<sup>44</sup> Vgl. Zetzsche/Sinnig, *WM* 2024 (Fn. 5), 1343.

<sup>45</sup> Atamer/Willi, in: *Mélanges pour Werro* (Fn. 5), 49 f.; Möslin/Søkransen, 24 *Colum. J. Eur. L.* 391 (2018) (Fn. 24), 451.

<sup>46</sup> Atamer/Willi, in: *Mélanges pour Werro* (Fn. 5), 43.

<sup>47</sup> Atamer/Willi, in: *Mélanges pour Werro* (Fn. 5), 43; Beckers, *ZfPW* 2021 (Fn. 24), 235; Möslin/Søkransen, 24 *Colum. J. Eur. L.* 391 (2018) (Fn. 24), 409, 434; Renner, *ZEuP* 2022 (Fn. 32), 797.

<sup>48</sup> Verordnung (EU) 2017/821 vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, *ABl. L* 130 vom 19. Mai 2017, 1, zuletzt geändert durch *Delegierte Verordnung (EU) 2020/1588* vom 25. Juni 2020, *ABl. L* 360 vom 30. Oktober 2020, 1.

<sup>49</sup> Verordnung (EU) 2023/1115 vom 31. Mai 2023 über die Bereitstellung bestimmter Rohstoffe und Erzeugnisse, die mit Entwaldung und Waldschädigung in Verbindung stehen, auf dem

VO<sup>50</sup>; im April 2024 hat das EU-Parlament zudem eine neue Zwangsarbeits-VO angenommen, die nach der noch ausstehenden Zustimmung des Rates in Kraft treten wird.<sup>51</sup> Die CSDDD will sämtliche Verpflichtungen in den Bereichen Menschenrechte, Beschäftigungs- und soziale Rechte, Umweltschutz und Klimawandel aus anderen europäischen Rechtsakten unberührt lassen (Art. 1 Abs. 3 S. 1 CSDDD). Enthält ein anderer Rechtsakt, der dieselben Ziele verfolgt, weitergehende oder spezifischere Verpflichtungen, ist der speziellere Rechtsakt und nicht die CSDDD massgebend (Art. 1 Abs. 3 S. 2 CSDDD). Diese Kollisionsregelung ist so zu verstehen, dass sie den *lex posterior*-Grundsatz abbedingt, damit die CSDDD keinen Schritt zurück hinter den bereits erreichten Regelungsstand darstellt. Im Übrigen bleibt die CSDDD als *lex generalis*<sup>52</sup> subsidiär anwendbar, was insbesondere mit Blick auf die zivilrechtliche Haftung nach Art. 29 CSDDD relevant werden wird.

Die Sorgfaltspflichten der CSDDD sind „risikobasiert“<sup>53</sup>. Das bedeutet, dass Unternehmen nicht unter allen Umständen zur Erfolgsverhinderung verpflichtet sind (Erfolgspflicht), sondern den Umständen des Einzelfalls entsprechend geeignete Massnahmen ergreifen müssen (Bemühenspflicht).<sup>54</sup> Die Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Bemühenspflichten im Rahmen der Nachhaltigkeitsdebatte entstammt der französischen Dogmatik.<sup>55</sup> Zwar müssen die in Art. 5–16 CSDDD vorgeschriebenen Vermeidungsschritte zwingend vorgenommen werden, doch wird damit noch kein Resultat versprochen – trotz allen Bemühungen kann eine Verletzung auftreten, welche dann keine

---

Unionsmarkt und ihre Ausfuhr aus der Union sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 995/2010, ABL. L 150 vom 9. Juni 2023, 206.

<sup>50</sup> Verordnung (EU) 2023/1542 vom 12. Juli 2023 über Batterien und Altbatterien, zur Änderung der Richtlinie 2008/98/EG und der Verordnung (EU) 2019/1020 und zur Aufhebung der Richtlinie 2006/66/EG, ABL. L 191 vom 28. Juli 2023, 1, zuletzt berichtet ABL. L 90493 vom 7. August 2024, 1.

<sup>51</sup> Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens, siehe den EU Law Tracker: <[https://law-tracker.europa.eu/procedure/2022\\_269](https://law-tracker.europa.eu/procedure/2022_269)>. Kritisch zum europäischen Regulierungs-panorama: Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 35 ff.

<sup>52</sup> European Commission, Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Frequently Asked Questions, Rn. 3.2, abrufbar unter: <[https://commission.europa.eu/document/download/7a3e9980-5fda-4760-8f25-bc5571806033\\_en?filename=240719\\_CSDD\\_FAQ\\_final.pdf](https://commission.europa.eu/document/download/7a3e9980-5fda-4760-8f25-bc5571806033_en?filename=240719_CSDD_FAQ_final.pdf)>.

<sup>53</sup> Art. 5 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 2 CSDDD.

<sup>54</sup> Zur Unterscheidung zwischen Bemühenspflicht und Erfolgspflicht: Beckers, ZfPW 2021 (Fn. 24), 235.

<sup>55</sup> Elsa Savourey/Stéphane Brabant, The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption, (2021) 6 BHRJ 141, 151; Holger Fleischer, in: Holger Fleischer/Peter Mankowski (Hrsg.), LkSG, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Kommentar, Beck 2023, § 3 Rn. 36.

Verantwortung auslöst.<sup>56</sup> Eine weitere Konsequenz der Risikobasiertheit ist, dass Unternehmen abhängig von Schwere und Wahrscheinlichkeit der zu erwartenden Auswirkungen Prioritäten bzgl. der zu treffenden Massnahmen setzen dürfen.<sup>57</sup>

### c) *Einwände gegen das Regulierungsmodell der CSDDD*

Das Regulierungsmodell der CSDDD sieht sich schnell dem Vorwurf des Wertekolonialismus ausgesetzt.<sup>58</sup> Man könnte argumentieren, dass westliche Staaten Drittländern ihre Werte aufzwingen; es stehe jedem Land selbst zu, über seine eigenen Schutzstandards zu entscheiden und von den günstigeren Produktionsbedingungen wirtschaftlich zu profitieren. Dabei ist zu bedenken, dass sich die benachteiligten Bevölkerungsgruppen häufig nicht genügend Gehör verschaffen können, weil die lokalen Machthaber oft von den wirtschaftlichen Vorteilen der günstigen Produktionsbedingungen privat profitieren.<sup>59</sup> Ausserdem bezieht sich die Richtlinie ausschliesslich auf international anerkannte Menschenrechts- und Umweltschutzbestimmungen. Trotzdem verbleibt ein grosser Konkretisierungsspielraum bei der gerichtlichen Einzelfallanwendung, sodass sich ein mittelbarer Werteexport kaum vermeiden lassen wird (dazu noch unter [D.](#)).

Grundsätzliche Zweifel am Regulierungsmodell der CSDDD können sich auch aus möglichen negativen Folgeentwicklungen ergeben. Verbraucher werden die gestiegenen Produktionskosten über höhere Preise bemerken.<sup>60</sup> Allerdings sollte man die zusätzlichen Kosten nicht überbewerten: Nach einer Studie der Europäischen Kommission werden sie etwa 0,004 bis 0,006% der jährli-

---

<sup>56</sup> Zum LkSG: Fleischer, in: LkSG-Kommentar Beck (Fn. 55), § 3 Rn. 37 f.

<sup>57</sup> Art. 9 Abs. 2 CSDDD.

<sup>58</sup> In diese Richtung: Caroline Omari Lichuma, (Laws) Made in the First World, ZaöRV 2021, 497. Erwägend: Nicolas Bueno/Nadia Bernaz/Gabrielle Holly/Olga Martin-Ortega, The EU Directive on Corporate Sustainability Due Dilligence (CSDDD), BHRJ 2024, 1, 5; Humberto Cantú Rivera, The Corporate Sustainability Due Diligence Directive beyond Europe: Initial Thoughts on its Effects across Global Value Chains, VerfBlog, 14. Juni 2024, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-csddd-beyond-europe/>>, DOI: 10.59704/af0cf573b1220c5c; Kevin E. Davis/Roy Germano/Lauren E. May, Did the Global South Have Their Say on EU Supply Chain Regulation? NYU Law and Economics Research Paper No. 24-13 (February 19, 2024), abrufbar unter: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4735442](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4735442)>.

<sup>59</sup> Korch, ZVglRWiss 122 (2023) (Fn. 12), 32 f. bezeichnet umfassende unternehmerische Sorgfaltspflichten für Tochterunternehmen und Geschäftspartner deshalb als die zweitbeste Lösung im Vergleich mit einer Lösung direkt vor Ort.

<sup>60</sup> Korch, ZVglRWiss 122 (2023) (Fn. 12), 34 f.; Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 66.

chen Umsatzerlöse betragen.<sup>61</sup> Ausserdem könnten stärkere Sorgfaltspflichten einen Anreiz für die betroffenen Unternehmen schaffen, ihr Geschäft aus gefährdeten Regionen abzuziehen,<sup>62</sup> Geschäftspartner in Ländern mit geringeren Regulierungsstandards aufzukaufen, um die CSDDD-Compliance sicherzustellen,<sup>63</sup> oder generell ihre Aktivitätsketten kürzer und übersichtlicher zu halten.<sup>64</sup> Letztlich ist der globale Menschenrechts- und Umweltschutz das Opfer eines typischen Gefangenendilemmas.<sup>65</sup>

Nur angerissen werden kann hier die weitergehende Frage, ob sich die Sorgfaltspflichten in der Praxis überhaupt flächendeckend umsetzen lassen werden.<sup>66</sup> Während Tochterunternehmen gesellschaftsrechtlich beeinflusst werden können, müssen die Adressaten ihre Sorgfaltspflichten gegenüber den Geschäftspartnern in Vertragsverhandlungen durchsetzen.<sup>67</sup> In der Praxis könnte sich die Prämisse der Richtlinie, dass das CSDDD-pflichtige Unternehmen über ausreichend hohe Verhandlungsmacht verfügt, teilweise als unzutreffend herausstellen, insbesondere mit Blick auf knappe Ressourcen, besondere Expertise der Geschäftspartner oder stark durchgetaktete Industrien, in denen sich Geschäftspartner nur unter sehr hohem Aufwand und keinesfalls kurzfristig wechseln lassen.<sup>68</sup>

## II. Einheitliche Wettbewerbsbedingungen gewährleisten

In den letzten Jahren hatte es bereits auf nationaler und internationaler Ebene erste Versuche gegeben, Menschenrechts- und Umweltarbitrage durch materielle Sorgfaltspflichten einzuschränken. Als internationale Vorbilder dienen nach Erwgr. 5 CSDDD die *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPs)<sup>69</sup> sowie die *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (MNE-

---

<sup>61</sup> SWD(2022) 42 final (Fn. 16), 59.

<sup>62</sup> Jessica Schmidt, Die EU-Lieferketten-Richtlinie (CSDDD). Meilenstein oder bürokratische Hydra?, NZG 2024, 859, 869; Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 42, 66.

<sup>63</sup> Pascal Hachem, Einfluss, Kontrolle und Haftung in Lieferketten – Gestaltungsmöglichkeiten für Unternehmen, in: Peter Jung/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Unternehmerische Verantwortung in Lieferketten, Nomos 2023, 151, 162 und aus der anschliessenden Diskussion, 171; Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 61 f.

<sup>64</sup> König, NZG 2022 (Fn. 17), 1192; Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 44 f.

<sup>65</sup> Vgl. z.B. Minna-Kerttu M. Kekki, Nation-states in a Prisoner's Dilemma with climate change: Applying Edith Stein's theory of the state, *Nations and Nationalism* 2024, 1 ff.

<sup>66</sup> Kritisch aus Praktikersicht: Pascal Hachem/Aysun Günes, Sorgfalt in der Lieferkette, *SJZ* 2023, 706, 713 ff.

<sup>67</sup> Hachem/Günes, *SJZ* 2023 (Fn. 66), 713, 715.

<sup>68</sup> Hachem/Günes, *SJZ* 2023 (Fn. 66), 715; Carsten König, The Rise of Corporate Cross-Entity Liability: Which Doctrine for What Purpose?, *EBLR* 35 (2024), 343, 355.

<sup>69</sup> HR/PUB/11/04.

Leitlinien)<sup>70</sup>. Es hat sich jedoch gezeigt, dass unverbindliche Standards keine substanziellen Änderungen bewirken konnten.<sup>71</sup> Daher haben einige Mitgliedstaaten verbindliche Regelungen erlassen,<sup>72</sup> z.B. das französische *Loi de vigilance*<sup>73</sup>, das niederländische *Wet zorgplicht kinderarbeid*<sup>74</sup> und das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz<sup>75</sup> (nachfolgend: LkSG). Es ist ein grosser Fortschritt, dass infolge der CSDDD alle mitgliedstaatlichen Unternehmen nun den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterstehen.<sup>76</sup> Weil die CSDDD als Richtlinie erlassen wurde, wird die angestrebte Rechtseinheit durch unterschiedliche Umsetzung trotzdem nicht vollständig erreicht werden.<sup>77</sup>

Die CSDDD beschränkt sich aber nicht auf mitgliedstaatliche Unternehmen, sondern verpflichtet auch drittstaatliche Unternehmen, wenn sie bestimmte Umsatzschwellenwerte innerhalb der Union überschreiten (dazu im Einzelnen noch unter [C.II.](#)). Die extraterritoriale Anwendung soll Wettbewerbsnachteile für mitgliedstaatliche Unternehmen reduzieren<sup>78</sup> und Mindeststandards global durchsetzen<sup>79</sup>. Gleichwohl verbleiben Wettbewerbsnachteile für CSDDDPflichtige Unternehmen, wenn sie auf drittstaatlichen Märkten mit Unternehmen konkurrieren, die dort keinem vergleichbaren Sorgfaltsregime unterliegen.<sup>80</sup> Teilweise wird die Hoffnung geäussert, dass drittstaatliche Ge-

---

<sup>70</sup> OECD, Decision of the Council on the Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, OECD/LEGAL/0307.

<sup>71</sup> SWD(2022) 42 final (Fn. 16), 14 f., 34.

<sup>72</sup> Rechtsvergleichender Überblick: Giesela Rühl (Fn. 24), 9 ff.

<sup>73</sup> LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074 du 28 mars 2017, texte n° 1.

<sup>74</sup> Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid), Staatsblad 2019, 401.

<sup>75</sup> Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16. Juli 2021, BGBl. I 2021, Nr. 46 vom 22. Juli 2021, S. 2959.

<sup>76</sup> Korch, ZVglRWiss 122 (2023) (Fn. 12), 35 f.

<sup>77</sup> Thomale/Schmid, *RabelsZ Online First* 9/2024 (Fn. 4), 38 f.; Zum differenzierten Harmonisierungsgrad von Art. 4 CSDDD und dem Verschlechterungsverbot in Art. 1 Abs. 2 CSDDD, siehe Anne-Christin Mittwoch, Die Neugestaltung des Anwendungsbereichs des LkSG durch Umsetzung der CSDDD, NJW 2024, 2353, 2354 ff.

<sup>78</sup> Leonhard Hübner/Markus Lieberknecht, Mehr Pflichten für weniger Unternehmen? – Kerninhalte der EU-Lieferketten-RL und ihre Umsetzung im deutschen Recht, NJW 2024, 1841, 1842.

<sup>79</sup> Bueno/Bernaz/Holly/Martin-Ortega, BHRJ 2024 (Fn. 58), 5 f.; Habersack/Zickgraf, *RabelsZ* 87 (2023) (Fn. 4), 568; Ulrich G. Schroeter, Unternehmenshaftung in sorgfaltsregulierten Lieferketten nach deutschem und schweizerischem Zivilrecht, in: Peter Jung/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), *Unternehmerische Verantwortung in Lieferketten*, Nomos 2023, 97, 140.

<sup>80</sup> König, NZG 2022 (Fn. 17), 1186 f.; Korch, ZVglRWiss 122 (2023) (Fn. 12), 36; Thomale/Schmid, *RabelsZ Online First* 9/2024 (Fn. 4), 50; Wagner, *RabelsZ* 80 (2016) (Fn. 7), 781.

setzgeber nun ebenfalls nachziehen könnten, wie dies beispielsweise im Datenschutzrecht geschah (sog. *Brussels effect*<sup>81</sup>).<sup>82</sup> Eine erste Initiative stellt der britische *Commercial Organisations and Public Authorities Duty (Human Rights and Environment) Bill*<sup>83</sup> dar, welcher aktuell im Oberhaus debattiert wird. Ausserdem wird auf Ebene der UN seit 2014 an einem *Binding Treaty on Business and Human Rights* gearbeitet, dessen weitere Entwicklung noch offen ist.<sup>84</sup>

## C. Persönliche Regulierungsdimension (Adressaten)

### I. Rechtsformbasierter Ansatz

In persönlicher Hinsicht richtet sich die CSDDD an „Unternehmen“<sup>85</sup>, sofern diese bestimmte Schwellenwerte überschreiten. Unternehmen sind juristische Personen, die in einer der in Anhang I und II Bilanz-RL genannten mitgliedstaatlichen Rechtsformen oder einer vergleichbaren drittstaatlichen Rechtsform gegründet wurden,<sup>86</sup> sowie bestimmte Finanzunternehmen (Art. 3 Abs. 1 lit. a) CSDDD).

#### 1. Kapitalgesellschaften

Anhang I der angesprochenen Bilanz-RL zählt mitgliedschaftliche Kapitalgesellschaftsformen auf. Diesen entsprechen beispielsweise in Deutschland und Österreich die Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung,<sup>87</sup> in Frankreich die *Société anonyme* und die *Société à responsabilité limitée*.<sup>88</sup> Unerwähnt bleibt die „europäische“ Rechtsform *Societas Europaea*

---

<sup>81</sup> Nach Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union rules the World*, Oxford 2019.

<sup>82</sup> Bueno/Bernaz/Holly/Martin-Ortega, BHRJ 2024 (Fn. 58), 6.

<sup>83</sup> House of Lords Bill 17 of 2023–24; Überblick bei: Joshua Blach, *Der Entwurf eines britischen Lieferkettengesetzes – LkSG on steroids?*, NZG 2024, 235.

<sup>84</sup> Zum aktuellen Stand: UN Human Rights Council, *Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, abrufbar unter: <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>>.

<sup>85</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a), Art. 2 Abs. 1 und 2 CSDDD.

<sup>86</sup> Trotz des Präteritums „gegründet wurde“ kommt es nicht auf die ursprünglich gewählte Rechtsform an, wenn zwischenzeitlich eine Umwandlung erfolgte. Ein rascher Blick auf die englische und französische Fassung erhellt, dass die aktuell geführte Rechtsform gemeint ist („constituted as“ statt „which was constituted as“ und „constituée sous“ statt „qui était constituée sous“).

<sup>87</sup> Sowie in Deutschland die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

<sup>88</sup> Sowie die *société en commandite par actions* und *société par actions simplifiée*.

(SE).<sup>89</sup> Nach Art. 10 SE-VO<sup>90</sup> ist eine SE aber in jedem Mitgliedstaat wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln, die nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründet wurde. Die Vorschrift stellt sicher, dass sämtliche Mitgliedstaaten (inkl. des Sitzstaates)<sup>91</sup> die SE im Rahmen ihres allgemeinen Verkehrsrechts – d.h. für sämtliche nicht spezifisch gesellschaftsrechtliche Fragen<sup>92</sup> – wie eine Aktiengesellschaft behandeln.<sup>93</sup> Mithin müssen die Mitgliedstaaten ihre CSDDD-Umsetzungsvorschriften auch auf die SE anwenden.

## 2. Personengesellschaften

Anhang II der Bilanz-RL, auf den die CSDDD ebenfalls verweist, nennt mitgliedstaatliche Personengesellschaften. Diese sind aber nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) Bilanz-RL nur dann rechnungslegungspflichtig, wenn „alle unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter des Unternehmens [...] *tatsächlich nur beschränkt haftbar sind*, weil diese Gesellschafter über eine in Anhang I aufgeführte Rechtsform verfügen“ (Hervorhebung hinzugefügt) oder eine vergleichbare drittstaatliche Rechtsform führen. Der Gedanke hinter der Erweiterung der strengeren Pflichten bzgl. der Jahresabschlüsse auf Personengesellschaften wird im Ausgleich der Haftungsbeschränkung gesehen. Haftungsstrukturen, die einer Kapitalgesellschaft ähnlich sind, sollen auch ähnlich verpflichtet werden. In den Erwägungen zur Bilanz-RL drückt der EU-Gesetzgeber auch aus, dass eine Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften für Rechtsformen von Unternehmen mit beschränkter Haftung von besonderer Bedeutung ist, da sie „über ihr Nettovermögen hinaus Dritten keinerlei Sicherheiten bieten“.<sup>94</sup>

---

<sup>89</sup> Die Rechnungslegungspflicht der SE folgt erst aus Art. 61 SE-VO, welcher auf das Rechnungslegungsrecht der Aktiengesellschaft und damit auf die nationalen Umsetzungsvorschriften zur Bilanz-RL verweist.

<sup>90</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 517/2013 des Rates vom 13. Mai 2013, ABl. L 294 vom 10. November 2001, 1.

<sup>91</sup> Jan Schürnbrand/Mathias Habersack, in: Mathias Habersack/Florian Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, mit grenzüberschreitender Verschmelzung, Beck'sche Kurz-Kommentare, 3. Aufl., Beck 2022, Art. 10 SE-VO Rn. 2; Rüdiger Veil, in: Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 8/1, Art. 1 – 42 SE-VO, 3. Aufl., Carl Heymanns 2012, Art. 10 Rn. 3.

<sup>92</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. c) Ziff. ii) SE-VO enthält den Verweis für spezifisch gesellschaftsrechtliche Fragen.

<sup>93</sup> Carsten Schäfer, in: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl., Beck 2021, Art. 10 SE-VO Rn. 3; Schürnbrand/Habersack, in: SE-Recht (Fn. 91), Art. 10 SE-VO Rn. 5.

<sup>94</sup> Erwgr. 3 Bilanz-RL; vgl. zum deutschen Recht z.B. Oliver Fehrenbacher, in: Martin Henssler (Hrsg.), BeckOGK HGB, Beck 2024, § 264a Rn. 4.

Ob jedoch diese *ratio legis* bzgl. der Erstellung, Prüfung und Offenlegung der Jahresabschlüsse auch im Rahmen der CSDDD-pflichtigen Unternehmen passt, erscheint zweifelhaft. Die Bilanz-RL schliesst Gesellschaften mit persönlich haftenden Gesellschaftern mit dem Gedanken aus, dass diese gerade nicht so ein grosses Risiko für Dritte darstellen und deswegen auch den hohen Anforderungen der Publizität nicht entsprechen müssen. Ein Unternehmen stellt hingegen unabhängig von seiner Rechtsform oder Haftungsstruktur ein potenzielles Risiko in Bezug auf Menschenrechtsverletzungen oder Umweltverschmutzung dar. Zwar ist es vorstellbar, dass der EU-Gesetzgeber nur Gesellschaften mit (faktisch) beschränkter Haftung die weitgehenden Folgen der Sorgfaltspflichtverletzungen aufbürden wollte, doch findet sich in den Erwägungen dazu nichts. Wahrscheinlicher ist es, dass der Gesetzgeber sich einen Gleichlauf von CSDDD und Nachhaltigkeitsberichterstattung unter der Bilanz-RL vorstellte,<sup>95</sup> da beide Instrumente stets in engem Zusammenhang gesehen wurden.<sup>96</sup>

Abzuwarten gilt es, ob die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der CSDDD z.B. auch Mischformen, die zwar im Anhang nicht explizit genannt sind, aber nach nationalem Recht den Rechnungslegungspflichten unterliegen, auch als CSDDD-pflichtige Unternehmen einordnen werden. In Deutschland unterliegt beispielsweise die Mischrechtsform „Stiftung & Co. KG“ (so z.B. gegründet Aldi Nord, Diehl, EDEKA-Zentrale, Kaufland, Lidl, Netto und Norma) gemäss § 264a HGB der Erweiterung der Rechnungslegungsregeln für Kapitalgesellschaften. Sinngemäss müssten bei der Umsetzung der CSDDD diese Mischtypen auch der Haftung unterliegen.

### 3. Vergleichbare drittstaatliche Gesellschaften

Die CSDDD betrifft auch drittstaatliche juristische Personen, „die nach dem Recht eines Drittlandes als eine Rechtsform gegründet wurde[n], die mit den in den Anhängen I und II [der Bilanz-RL] aufgeführten Rechtsformen vergleichbar [sind]“<sup>97</sup>. Aus schweizerischer Sicht ist eine vergleichbare Haftungsbeschränkung für die Aktiengesellschaft (AG), Kommanditaktiengesellschaft (KmAG) sowie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) vorgesehen. Die Kollektivgesellschaft (KIG) und Kommanditgesellschaft (KmG) wären hin-

---

<sup>95</sup> Zetzsche/Sinnig, WM 2024 (Fn. 5), 1344 und 1393.

<sup>96</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, S. 5 f., 20 sowie die Koordinierungsvorschriften in Art. 16 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 2 CSDDD.

<sup>97</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a) Ziff. ii) CSDDD.

gegen nicht erfasst, da der persönlich haftende Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaften keine juristische Person sein kann (Art. 552 Abs. 1 und Art. 594 Abs. 2 OR). Fraglich ist, wie es um den Typ der Genossenschaft steht, die eigentlich auch keine Haftung ihrer Mitglieder vorsieht und somit die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Für Deutschland sind diese z.B. nicht in den Anhängen der Bilanz-RL erwähnt. Belgien hingegen zählt die *Société coopérative à responsabilité limitée* im Anhang I und die *Société coopérative à responsabilité illimitée* im Anhang II als Bilanz-RL-relevant auf. Offen bleibt, an welchem der Rechtstypen sich nun ein ausländisches Unternehmen orientieren muss, um zu wissen, ob es der CSDDD unterfällt.

#### 4. Beaufsichtigte Finanzunternehmen

Schliesslich erfasst die CSDDD noch rechtsformunabhängig einige Arten von beaufsichtigten Finanzunternehmen (z.B. Kreditinstitute, Wertpapierfirmen oder Versicherungsunternehmen).<sup>98</sup> Hingegen bleiben Alternative Investmentfonds und Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere ausgenommen.<sup>99</sup> Praktische Bedeutung erlangt die Einbeziehung von Finanzunternehmen aber kaum: Die Sorgfaltspflichten von Finanzunternehmen sind weitgehend bedeutungslos, weil der Aktivitätskette bei Dienstleistungen der Downstreambereich, wo sich in Bezug auf Finanzunternehmen die relevanten Risiken befinden, amputiert wurde (dazu unter [E.III.3.b](#)).

## II. Schwellenwerte

### 1. Massstab

Damit ein Unternehmen (in dem zuvor unter [C.I.](#) dargestellten Sinne) der Richtlinie unterfällt, muss es hohe Umsatz- und Beschäftigungsschwellenwerte überschreiten (Art. 2 Abs. 1 und 2 CSDDD). Der konkrete Schwellenwert und die Berechnungsmethode hängen davon ab, ob das Unternehmen „nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurde“ oder nicht.<sup>100</sup> Bei mitgliedstaatlichen Unternehmen beziehen sich die Schwellenwerte auf das „letzte Geschäftsjahr, für das ein Jahresabschluss angenommen wurde oder hätte angenommen werden müssen“.<sup>101</sup> Für drittstaatliche Unternehmen ist

---

<sup>98</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a) Ziff. iii) CSDDD. Dazu detailliert: Christian Kropf, Die EU Corporate Sustainability Due Dilligence Directive im Finanzsektor, BKR 2024, 545, 547 f. und 553 f.

<sup>99</sup> Art. 2 Abs. 8 CSDDD.

<sup>100</sup> Art. 2 Abs. 1 CSDDD (mitgliedstaatliche Unternehmen) oder Art. 2 Abs. 2 CSDDD (drittstaatliche Unternehmen).

<sup>101</sup> Art. 2 Abs. 1 CSDDD.

hingegen das „Geschäftsjahr vor dem letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr“ massgeblich.<sup>102</sup> Bei Anwendungsbeginn im Juli 2027 wäre für ein mitgliedstaatliches Unternehmen auf 2025 oder 2026 (je nachdem, ob der Abschluss schon aufgestellt wurde), für drittstaatliches Unternehmen hingegen auf 2024 oder 2025 (je nachdem, wann das Geschäftsjahr endet) abzustellen. Der potenziell unterschiedliche zeitliche Bezugsrahmen erklärt sich wohl daraus, dass bei drittstaatlichen Gesellschaften nicht auf die gesetzliche Pflicht zur Annahme des Jahresabschlusses abgestellt werden konnte, weil das drittstaatliche Rechnungslegungsrecht ausserhalb des Einflussgebiets des unionalen Gesetzgebers liegt (Drittstaaten könnten z.B. ungewöhnlich lange Fristen vorsehen). Sowohl für mitgliedstaatliche als auch für drittstaatliche Unternehmen müssen die relevanten Schwellenwerte in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren erfüllt sein,<sup>103</sup> was eine gewisse Kontinuität gewährleistet.

## 2. Schwellenwerte im Regelfall

Im Regelfall müssen Unternehmen in dem soeben dargestellten Zeitraum einen Nettoumsatz<sup>104</sup> von über 450 Millionen Euro haben.<sup>105</sup> Bei mitgliedstaatlichen Unternehmen kommt es auf den weltweiten Umsatz an, bei drittstaatlichen hingegen nur auf den innerunionalen. Die Unterscheidung erklärt sich aus völkerrechtlichen Erwägungen: Damit die EU legitimerweise extraterritoriale Regelungsgewalt über drittstaatliche Unternehmen ausüben kann, muss deren Aktivität einen hinreichend konkreten Bezug zum Binnenmarkt aufweisen.<sup>106</sup> Mitgliedstaatliche Unternehmen müssen zusätzlich über 1.000 Beschäftigte<sup>107</sup> verfügen. Bei drittstaatlichen Unternehmen ist die Beschäftigtenzahl hingegen irrelevant, weil die Ermittlung aus Sicht des Gesetzgebers zu unsicher gewesen wäre.<sup>108</sup>

## 3. Schwellenwerte bei Konzernstrukturen und Franchise- bzw. Lizenzvereinbarungen

Ist das Unternehmen (in einer oben unter [C.I.](#) dargestellten Rechtsform) oberste Muttergesellschaft einer Gruppe, sind die konsolidierten Umsatz-

---

<sup>102</sup> Art. 2 Abs. 2 CSDDD.

<sup>103</sup> Art. 2 Abs. 5 CSDDD.

<sup>104</sup> Definiert in Art. 3 Abs. 1 lit. m) CSDDD.

<sup>105</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a) und Abs. 2 lit. a) CSDDD.

<sup>106</sup> Erwgr. 30 CSDDD.

<sup>107</sup> Näheres zum Beschäftigtenbegriff findet sich in Art. 2 Abs. 4 CSDDD und Erwgr. 27 S. 5-8.

<sup>108</sup> Erwgr. 30 S. 5 und 6 CSDDD.

und Beschäftigungszahlen des gesamten Konzerns massgeblich.<sup>109</sup> Die konsolidierte Betrachtung verhindert, dass das herrschende Unternehmen seinen Konzern gezielt so strukturiert, dass jede konzernangehörige Gesellschaft für sich genommen unterhalb der Schwellenwerte bleibt.<sup>110</sup>

Ebenfalls dem Umgehungsschutz dienen die Sonderregeln zu Franchise- bzw. Lizenzkonstellationen,<sup>111</sup> weil sich hierdurch eine Konzernstruktur ersetzen lässt.<sup>112</sup> Voraussetzung ist aber, dass die Unternehmen, die in der EU gegen Lizenzgebühren Franchise- bzw. Lizenzverträge mit unabhängigen Drittunternehmen schliessen, durch diese Vereinbarungen auch „eine gemeinsame Identität, ein gemeinsames Geschäftskonzept und die Anwendung einheitlicher Geschäftsmethoden“ sicherstellen.<sup>113</sup> Handelt es sich um ein Unternehmen, das nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurde, so muss dieses Unternehmen im relevanten Bezugsjahr weltweit einen Nettoumsatz von 80 Millionen Euro (statt 450 Millionen Euro) erzielen. Zusätzlich müssen sich die Lizenzgebühren in demselben Zeitraum auf mehr als 22'500'000 EUR belaufen.<sup>114</sup> Bei Unternehmen, die nach dem Recht eines Drittstaates gegründet wurden, gelten dieselben Schwellen, doch bezieht sich der Nettoumsatz auf die Union. Warum die Schwellenwerte bei solchen Vereinbarungen im Vergleich zu sonstigen CSDDD-pflichtigen Unternehmen so niedrig ausfallen, kann man daran erklären, dass nur auf den Franchise-/ Lizenzgeber bzw. des-

---

<sup>109</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. b) und Abs. 2 lit. b) CSDDD.

<sup>110</sup> Vgl. Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 27.

<sup>111</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. c) und Abs. 2 lit. c) CSDDD.

<sup>112</sup> Vgl. Eckhard Flohr, in: Michael Martinek/Franz-Jörg Semler/Eckhard Flohr (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl., Beck 2016, § 29 Rn. 20; Michael Martinek, in: Michael Martinek/Franz-Jörg Semler/Eckhard Flohr (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl., Beck 2016, § 4 Rn. 79; Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 27.

<sup>113</sup> Klassischerweise wird dieses einheitliche Auftreten der Geschäftspartner beim Franchisevertrag gegeben sein: Flohr (Fn. 112), § 29 Rn. 20. Anders ist es hingegen bei einem Lizenzvertrag, in dem es hauptsächlich um die Überlassung der Rechte zur Nutzung von gewerblichen Schutzrechten, nicht hingegen um das einheitliche Auftreten geht. Der Grund für den Einschluss aus dieser Vertragstypen sollte womöglich auch einer Gesetzesumgehung vorbeugen. In Folge wird nur noch von der Franchisevereinbarung gesprochen.

<sup>114</sup> Aus dem Normtext und den Erwägungsgründen geht nicht eindeutig hervor, ob es sich bei den Lizenzgebühren in Art. 2 Abs. 1 lit. c) und Abs. 2 lit. c) CSDDD um Netto- oder Bruttobeträge handelt. Der Sache nach läge es nahe, Nettobeträge zugrunde zu legen, weil im unternehmerischen Geschäftsverkehr Gebühren stets als Nettobeträge ausgedrückt werden und die Richtlinie auch für den Umsatz Nettobeträge verwendet. Da man aber auch im Umkehrschluss zu dem ausdrücklich als netto deklarierten Umsatz folgern könnte, dass es sich bei den Lizenzgebühren um Bruttobeträge handelt, ist eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert.

sen Konzern abgestellt werden kann und nicht auf das gesamte Franchise-/Lizenzsystem, da es anders als im Konzern keine Konsolidierungspflicht gibt.

### III. Bewertung

Der rechtsformspezifische Regelungsansatz entspricht dem französischen *Loi de vigilance*, welches nur ausgewählte Gesellschaftsformen erfasst.<sup>115</sup> Wenn man aber die Sorgfaltspflichtenregulierung auf bestimmte Rechtsformen beschränkt, können ungerechtfertigte Schutzlücken entstehen und Gesetzesumgehungen Tür und Tor geöffnet werden. Daher hätte der Gesetzgeber besser einen rechtsformneutralen Ansatz verfolgen sollen, wie z.B. die (in der Abstimmung abgelehnte) schweizerische Konzernverantwortungsinitiative<sup>116</sup> oder § 1 LkSG. Ein rechtsformneutraler Ansatz entspricht auch Prinzip 14 UNGPs.

Grundsätzlich ist der Einsatz von Schwellenwerten unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten<sup>117</sup> zu begrüssen, auch wenn Prinzip 14 UNGPs Sorgfaltspflichten unabhängig der Grösse vorsieht.<sup>118</sup> Der finale Ratskompromiss setzte die Schwellenwerte aber deutlich zu hoch an, um ein endgültiges Scheitern der Richtlinie zu verhindern.<sup>119</sup> Das hat nach offiziellen Schätzungen der Europäischen Kommission einen deutlichen Rückgang der Anzahl erfasster Unternehmen zur Folge:<sup>120</sup>

- Mitgliedstaatliche Unternehmen: nur noch ca. 6.000 Unternehmen statt zuvor ca. 13.000 (Rückgang um 54%);
- Drittstaatliche Unternehmen: nur noch ca. 900 Unternehmen statt zuvor ca. 4.000 (Rückgang um 78%).

---

<sup>115</sup> Konkret erfasst das *Loi de vigilance* die *Société Anonyme*, *Societas Europaea*, *Société en commandite par actions* und – was streitig ist – die *Société par actions simplifiée*: Thierry Bonneau/Louis-Marie Pillebout, *Le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité*, *Rev. des Sociétés* 2024, 223, Nr. 10; Savourey/ Brabant, (2021) 6 *BHRJ* 141 (Fn. 55), 144.

<sup>116</sup> Eidgenössische Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, eingereicht am 10. Oktober 2016. Dazu: Atamer/Willi, *SZW / RSDA* 2020 (Fn. 17).

<sup>117</sup> COM(2022) 71 final (Fn. 96), S. 18.

<sup>118</sup> Kritisch zum Grössenkriterium: Beckers, *ZfPW* 2021 (Fn. 24), 228 f.

<sup>119</sup> Rainer Palmstorfer/Isabel Staudinger, *Die EU-Lieferketten-Richtlinie, Der Binnenmarkt im Einsatz für eine bessere Welt*, *EuZW* 2024, 637, 637.

<sup>120</sup> Neue Werte: European Commission, *Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Frequently Asked Questions*, Rn. 4.1, abrufbar unter: <[https://commission.europa.eu/document/download/7a3e9980-5fda-4760-8f25-bc5571806033\\_en?filename=240719\\_CSDD\\_FAQ\\_final.pdf](https://commission.europa.eu/document/download/7a3e9980-5fda-4760-8f25-bc5571806033_en?filename=240719_CSDD_FAQ_final.pdf)>. Alte Werte: COM(2022) 71 final (Fn. 96), S. 20.

Hinsichtlich mitgliedstaatlicher Unternehmen stellt die Richtlinie neben den Umsatzzahlen kumulativ auch auf die Zahl der Beschäftigten ab. Doch werden in vielen Geschäftsbereichen Produktionsprozesse heute immer weiter automatisiert. Lagert ein Unternehmen seine Aktivitäten in grossem Stile auf Geschäftspartner aus, kann von der Aktivitätskette eine beachtliche menschen- und umweltrechtliche Gefährdung ausgehen, ohne dass das Unternehmen eine grosse Zahl an Beschäftigten benötigte. Insgesamt lassen die Beschäftigtenzahlen nur begrenzte Rückschlüsse auf Grösse und Einflussmöglichkeiten eines Unternehmens zu. Es wäre daher besser, für mitgliedstaatliche und drittstaatliche Unternehmen gleichermaßen ausschliesslich auf den Umsatz abzustellen.

Unternehmen, die unter diesen Schwellenwerten liegen, u.a. auch kleine und mittlere Unternehmen (KMU), werden trotzdem mittelbar verpflichtet sein, wenn ihre CSDDD-pflichtigen Geschäftspartner z.B. vertragliche Zusagen verlangen, um ihren Sorgfaltspflichten gerecht zu werden.<sup>121</sup> Zwar sieht die Richtlinie diverse Unterstützungsmassnahmen zugunsten von KMU vor;<sup>122</sup> realistischerweise werden sich die CSDDD-pflichtigen Unternehmen aber vorzugsweise Geschäftspartner aussuchen, welche die mit der Einhaltung der Sorgfaltspflichten verbundenen Kosten selbst zu tragen bereit sind.<sup>123</sup>

Ein weiteres praktisches Problem kann sich daraus ergeben, dass es für Ausenstehende teilweise schwierig festzustellen sein wird, ob die relevanten Schwellenwerte überschritten sind (z.B. wenn sie eine Klage erwägen).<sup>124</sup> Bestimmte Daten wie die Beschäftigtenzahlen oder der innerunionale Umsatz sind nicht (immer) öffentlich verfügbar.<sup>125</sup> Zwar sind drittstaatliche Unternehmen dazu verpflichtet, der zuständigen mitgliedstaatlichen Behörde<sup>126</sup> mitzuteilen, wenn sie die betreffenden Schwellenwerte überschreiten.<sup>127</sup> Ob sich die Praxis daran auch tatsächlich halten wird, steht auf einem anderen Blatt.

---

<sup>121</sup> Hachem/Günes, SJZ 2023 (Fn. 66), 708; Svenja Langenhagen, in: Holger Fleischer/Peter Mankowski (Hrsg.), LkSG, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Kommentar, Beck 2023, § 1 Rn. 350; Leyens (Fn. 34), 91; Schmidt, NZG 2024 (Fn. 62), 861, 865; Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 28; Kristina Weiler/Nicholas Schoch/Johanna Möller, Update aus der Praxis: Level playing field oder Bürokratiemonster – was die europäische Lieferkettens-Richtlinie für Unternehmen bedeutet, RIW 2024, 397, 401.

<sup>122</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. e), Abs. 5 UAbs. 2, Art. 11 Abs. 3 lit. f), Abs. 6 UAbs. 2, Art. 20 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 1 CSDDD.

<sup>123</sup> König, NZG 2022 (Fn. 17), 1192.

<sup>124</sup> Savourey/Brabant, (2021) 6 BHRJ 141 (Fn. 55), 142.

<sup>125</sup> Savourey/Brabant, (2021) 6 BHRJ 141 (Fn. 55), 142.

<sup>126</sup> Art. 2 Abs. 7 CSDDD regelt die Zuständigkeit für drittstaatliche Unternehmen.

<sup>127</sup> Erwgr. 30 S. 8 CSDDD.

## D. Sachliche Regulierungsdimension (Schutzgüter)

### I. Menschenrechte

Sachlich schützt die CSDDD die Menschenrechte und die Umwelt vor tatsächlichen und potenziellen negativen Auswirkungen unternehmerischer Geschäftstätigkeit.<sup>128</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. c) und Anhang Teil I CSDDD spezifizieren die geschützten Menschenrechte durch sechzehn Regelbeispiele und eine Generalklausel. Dabei bezieht sich die Richtlinie im Anhang Teil I auf international anerkannte Instrumente zu Menschenrechten und Grundfreiheiten (UN-Zivilpakt<sup>129</sup>, UN-Sozialpakt<sup>130</sup>, UN-Kinderrechtsübereinkommen<sup>131</sup>, sowie mehrere ILO-Übereinkommen). Die Auswahl basiert primär auf Prinzip 12 der UNGPs.<sup>132</sup>

Die Regelbeispiele in Anhang Teil I, Abschnitt 1 enthalten u.a. folgende Rechte:

- Leben und Schutz vor grausamer Behandlung (Nr. 1 und 2): man denke z.B. an die Del-Monte Ananasfarm in Kenia, auf der Mitarbeiter von Wachpersonal erschlagen worden sein sollen<sup>133</sup> oder an Arbeitsbedingungen, unter denen sich Frauen zu Hysterektomie (operative Entfernung der Gebärmutter) gezwungen sehen;<sup>134</sup>
- Sichere Arbeitsbedingungen (Nr. 6): genannt sei der Einsturz des Rana-Plaza-Gebäudes in Bangladesch mit über 1100 Toten;<sup>135</sup>
- Kinderarbeit (Nr. 9 und 10): gemäss der ILO arbeiten weltweit insgesamt 160 Millionen Kinder – 63 Millionen Mädchen und 97 Millionen Jungen –

---

<sup>128</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a) CSDDD.

<sup>129</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, A/RES/2200A (XXI).

<sup>130</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A/RES/2200A(XXI).

<sup>131</sup> Convention on the Rights of the Child, A/RES/44/25.

<sup>132</sup> European Commission, Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Frequently Asked Questions, Rn. 5.1, abrufbar unter: <[https://commission.europa.eu/document/download/7a3e9980-5fda-4760-8f25-bc5571806033\\_en?filename=240719\\_CSDD\\_FAQ\\_final.pdf](https://commission.europa.eu/document/download/7a3e9980-5fda-4760-8f25-bc5571806033_en?filename=240719_CSDD_FAQ_final.pdf)>. Neu hinzugekommen ist das UN-Kinderrechtsübereinkommen.

<sup>133</sup> The Guardian, Guards at Del Monte pineapple farm in Kenya accused of killings, Bericht vom 21. Juni 2023, abrufbar unter: <<https://www.theguardian.com/world/2023/jun/21/guards-at-del-monte-pineapple-farm-accused-of-killings-in-kenya>>.

<sup>134</sup> New York Times, How a Sugar Industry Stamp of Approval Hid Coerced Hysterectomies, Bericht vom 30. Juli 2024, abrufbar unter: <<https://www.nytimes.com/2024/07/30/world/asia/sugar-human-rights-bonsucro-india-hysterectomies.html?smid=url-share>>.

<sup>135</sup> Neue Zürcher Zeitung, Tragödie von Rana Plaza: Die Textilindustrie hat aus ihren Fehlern nur teilweise gelernt, Bericht vom 24. April 2023, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/panorama/tragoedie-von-rana-plaza-die-textilindustrie-hat-aus-ihren-fehlern-nur-teilweise-gelernt-ld.1734952>>.

in Kinderarbeit, was fast jedes zehnte Kind betrifft. 79 Millionen von ihnen verrichten gefährliche Arbeiten.<sup>136</sup> In den ärmsten Ländern der Welt ist etwas mehr als jedes fünfte Kind in Kinderarbeit tätig.<sup>137</sup> Sie stellt insbesondere in der Textilverarbeitung, in Minen, Steinbrüchen und auf Plantagen ein grosses Problem dar;<sup>138</sup>

- Zwangsarbeit (Nr. 11): beispielsweise Zwangsarbeit der Uiguren in Xinjiang,<sup>139</sup>
- Vereinigungsfreiheit (Nr. 13): gewaltsame Unterdrückung von Arbeitskämpfmassnahmen in einer argentinischen Mercedes-Benz-Fabrik während des Schmutzigen Krieges.<sup>140</sup>

Neben diesen Regelbeispielen verweist die Auffangregelung in Art. 3 Abs. 1 lit. c) Ziff. ii) CSDDD pauschal auf die zuvor erwähnten Menschenrechtsinstrumente. Die Richtlinie schützt sämtliche darin enthaltenen Menschenrechte, sofern diese (1) durch private Akteure verletzt werden können, (2) die Beeinträchtigung des entsprechenden geschützten rechtlichen Interesses unmittelbar erfolgte und (3) das Risiko einer Beeinträchtigung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach vernünftigem Ermessen vorhersehbar war. Ein mögliches Anwendungsbeispiel der Generalklausel könnte z.B. die Meinungsfreiheit sein,<sup>141</sup> etwa wenn eine Werkszeitung wegen unliebsamer Positionen verboten wird. Erkennbar nur an den Staat gerichtet sind hingegen z.B. Verfahrensrechte<sup>142</sup>, die Gewährleistung der Rechtsfähigkeit<sup>143</sup> sowie das Recht auf Registrierung, Namensgebung und Staatsangehörigkeit<sup>144</sup>.

---

<sup>136</sup> ILO, Child Labour, abrufbar unter: <<https://www.ilo.org/topics/child-labour>>.

<sup>137</sup> UNICEF, Child Labour, abrufbar unter: <<https://data.unicef.org/topic/child-protection/child-labour/>>.

<sup>138</sup> Markus Kaltenborn, in: Markus Kaltenborn/Markus Krajewski/Giesela Rühl/Miriam Saage-Maaß (Hrsg.), Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare, Beck 2023, § 2 Rn. 65.

<sup>139</sup> Vgl. z.B. den Ende 2021 in Kraft getretenen Uyghur Forced Labor Prevention Act der USA, Public Law No. 117-78 sowie die geplante EU Forced Labour Regulation; zu letzterem siehe Fn. 51.

<sup>140</sup> Daimler AG v. Bauman, 571 U.S. 117 (2014).

<sup>141</sup> Art. 19 UN-Zivilpakt und Art. 13 UN-Kinderrechtsübereinkommen.

<sup>142</sup> Art. 14 UN-Zivilpakt, Art. 12 und 25 UN-Kinderrechtsübereinkommen.

<sup>143</sup> Art. 16 UN-Zivilpakt.

<sup>144</sup> Art. 7 UN-Kinderrechtsübereinkommen.

## II. Umwelt

Negative Auswirkungen auf die Umwelt erfassen Verstöße gegen zwei personenbezogene Umweltschutzvorschriften, die zu bestimmten menschenrechtlichen Beeinträchtigungen führen, sowie gegen eine Liste von Umweltschutzabkommen (Art. 3 Abs. 1 lit. b) CSDDD). Die personenbezogenen Umweltschutzvorschriften betreffen folgende zwei Fälle im Anhang Teil I, Abschnitt 1:

- das Verbot, messbare Umweltschädigungen wie schädliche Bodenveränderung, Wasser- oder Luftverschmutzung, schädliche Emissionen oder andere Auswirkungen auf natürliche Ressourcen zu verursachen (Nr. 15): z.B. Zugang zu sauberem Trinkwasser wie im eingangs erwähnten Vedanta-Fall verunmöglichen;
- unrechtmässige Inbesitznahme von Land und Ressourcen (Nr. 16): z.B. die Vertreibung indigener Gemeinschaften aus dem Amazonasgebiet.<sup>145</sup>

Die Umweltschutzabkommen werden in Anhang Teil II CSDDD gelistet. Sie erfassen vor allem den Artenschutz und den Schutz vor umweltschädlichen Stoffen wie Quecksilber, Chemikalien und Abfällen. Bei der Auslegung der Umweltschutzvorgaben müssen teilweise ergänzend die damit zusammenhängenden nationalen Rechtsvorschriften berücksichtigt werden.<sup>146</sup> Massgeblich ist das Recht des Staates, in dem die Umweltauswirkung erfolgt, wie sich aus der Wendung „das in dem betreffenden Hoheitsgebiet anwendbare Recht“<sup>147</sup> ergibt. Der Verweis auf das nationale Recht erklärt sich daraus, dass der Bestimmtheitsgrad der angesprochenen völkerrechtlichen Übereinkommen sehr unterschiedlich ist.<sup>148</sup> Das kann man anhand von zwei Extrembeispielen veranschaulichen:

- Ausfüllungsbedürftig ist die Regelung zu biologischer Vielfalt<sup>149</sup> in Art. 10 lit. b) der Biodiversitätskonvention<sup>150</sup>: „Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate adopt measures relating to the use of biological resources to avoid or minimize adverse impacts on biological diversity“. Hier ist ein Rückgriff auf das nationale Recht unerlässlich, etwa

---

<sup>145</sup> National Geographic, Brasilien: Immer mehr Attacken auf indigene Völker im Amazonas-Regenwald, Bericht vom 12. Juli 2021, abrufbar unter: <<https://www.nationalgeographic.de/umwelt/2021/07/brasilien-immer-mehr-attacken-auf-indigene-voelker-im-amazonas-regenwald>>.

<sup>146</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. b) a. E. CSDDD.

<sup>147</sup> Anhang Teil II, Nr. 1, 9, 13, 14 und 16 CSDDD.

<sup>148</sup> Sebastian Heselhaus, Unternehmerische Sorgfaltspflichten – Die Entwicklungen in Europa und dem grössten Nachbarland Deutschland, URP 2024, 4, 25.

<sup>149</sup> Anhang Teil II, Nr. 1 CSDDD.

<sup>150</sup> Convention on Biological Diversity, United Nations, Treaty Series, vol. 1760, p. 79.

auf einzelne Verbotsbestimmungen des Kenianischen *Fisheries Act*<sup>151</sup> wie das Verbot zum Fischen bestimmter Fischarten durch Rechtsverordnung nach *Section 5(1)*.

- Ausreichend konkret ist hingegen das Verbot der Herstellung, Einfuhr und Ausfuhr von mit Quecksilber versetzten Produkten<sup>152</sup> nach Art. 4 Abs. 1 des Minamata Übereinkommens<sup>153</sup>, sodass die CSDDD diesbezüglich nicht ergänzend auf das nationale Recht verweisen musste. Anhang A des Minamata Übereinkommens nennt sehr detailliert, welche Produkte erfasst sind, z.B.: „*Compact fluorescent lamps (CFLs) for general lighting purposes that are ≤ 30 watts with a mercury content exceeding 5 mg per lamp burner*“<sup>154</sup> oder „*Cosmetics (with mercury content above 1ppm), including skin lightening soaps and creams, and not including eye area cosmetics where mercury is used as a preservative and no effective and safe substitute preservatives are available*“<sup>155</sup>.

### III. Klima

Inwieweit die CSDDD auch das Klima durch eventuelle Sorgfaltspflichten schützt, wird sich erst in der Anwendung der Richtlinie konkretisieren. Jedenfalls beziehen sich die Erwägungsgründe prominent auf das Pariser Klimaschutzübereinkommen<sup>156</sup> sowie das EU-Klimagesetz<sup>157</sup> und betonen die zentrale Rolle privater Akteure zur Erreichung einer klimaneutralen Gesellschaft.<sup>158</sup> Der operative Teil der Richtlinie enthält in Art. 22 die Pflicht für die erfassten Unternehmen (oben C.), einen Klimatransformationsplan aufzustellen. Der Anhang nimmt dagegen nicht ausdrücklich Bezug auf Klimaschutzverpflichtungen, obwohl mit dem Pariser Übereinkommen ein möglicher völkerrechtlicher Anknüpfungspunkt bestanden hätte.<sup>159</sup>

---

<sup>151</sup> Fisheries Act, Revised Edition 2012, Chapter 378, abrufbar unter: <[https://infotradekenya.go.ke/media/Fisheries Act CAP 378.pdf](https://infotradekenya.go.ke/media/Fisheries%20Act%20CAP%20378.pdf)>.

<sup>152</sup> Anhang Teil II, Nr. 3 CSDDD.

<sup>153</sup> Minamata Convention on Mercury, United Nations Environment Programme, 2023.

<sup>154</sup> Annex A, Part I, no. 3 Minamata Convention.

<sup>155</sup> Annex A, Part I, no. 9 Minamata Convention.

<sup>156</sup> ABl. L 282 vom 19. Oktober 2016, 4.

<sup>157</sup> Verordnung (EU) 2021/1119 vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), ABl. L 243 vom 9. Juli 2021, 1.

<sup>158</sup> Erwgr. 10, 11 und 12 CSDDD.

<sup>159</sup> Sebastian Steuer, Klimaziele im Unternehmensrecht: Freiwillige Verlautbarungen und Perspektiven nach dem CSDDD-Entwurf, ZIP 2023, 13, 22.

## 1. Mittelbare Erfassung

Klimaschädigungen könnten mittelbar insbesondere über die menschenrechtsbezogene Umweltschutzvorschrift in Anhang Teil I, Abschnitt 1, Nr. 15 CSDDD verboten sein.<sup>160</sup> Kurz zusammengefasst verbietet die Regel, messbare Umweltschäden zu verursachen, wenn die Umweltschäden bestimmte negative Auswirkungen für den Menschen haben. Die Verursachung messbarer Umweltschäden umfasst dem Wortlaut der Richtlinie nach insbesondere Luftverschmutzung, schädliche Emissionen und andere Auswirkungen auf natürliche Ressourcen.<sup>161</sup> Zu der etwas engeren deutschen Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 9 LkSG hatten Teile der Literatur schon anerkannt, dass auch Treibhausgasemissionen eine Luftverunreinigung sind.<sup>162</sup> Jedenfalls kann man Treibhausgasemissionen aber als schädliche Emission ansehen.

Infolge der Emission muss eine der in Anhang Teil I, Abschnitt 1, Nr. 15 lit. a) bis e) aufgezählten menschenrechtlichen Beeinträchtigungen<sup>163</sup> auftreten:

- Massgebliche Beeinträchtigung der natürlichen Grundlagen für die Erhaltung und Erzeugung von Lebensmitteln (lit. a): Derartige Beeinträchtigungen kann der Klimawandel durch höhere Temperaturen<sup>164</sup> und Extremwetterereignisse<sup>165</sup> verursachen.

---

<sup>160</sup> Alternativ könnte man konkrete Auswirkungen des Klimawandels, wie beispielsweise Artensterben, auch unter Umweltauswirkungen nach Teil II fassen.

<sup>161</sup> Anhang Teil I, Nr. 15 CSDDD.

<sup>162</sup> Matteo Fornasier/Markus Kaltenborn, in: Markus Kaltenborn/Markus Krajewski/Giesela Rühl/Miriam Saage-Maaß (Hrsg.), Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare, Beck 2023 § 2 Rn. 506; Franziska Humbert, in: Alexander Schall/Ingo Theusinger/Mansur Pour Rafsendsjani (Hrsg.), LkSG, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Kommentar, De Gruyter 2023, § 2 Rn. 125; Christian Kolb, in: Holger Fleischer/Peter Mankowski (Hrsg.), LkSG, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Kommentar, Beck 2023, § 2 Rn. 115.

<sup>163</sup> Vgl. zu den negativen Auswirkungen des Klimawandels auf die Wahrnehmung der Menschenrechte: Hoge Raad, Urt. v. 12. Dezember 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, ErwG. 5; BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 142 ff.; EGMR, *Case of Verein Klimasenioreninnen Schweiz and others v. Switzerland*, Application no. 53600/20, Judgment of 9 April 2024 (Grand Chamber), § 431 ff.

<sup>164</sup> Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Climate Change 2023, Synthesis Report, Summary for Policymakers, A.2.1, abrufbar unter: <<https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/summary-for-policymakers/>>; BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 19, 27 m.w.N.; vgl. auch EGMR, *Case of Verein Klimasenioreninnen Schweiz and others v. Switzerland*, Application no. 53600/20, Judgment of 9 April 2024 (Grand Chamber), § 114.

<sup>165</sup> IPCC (Fn. 164), A.2.1, B.1.3 f.; BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 20 m.w.N.; EGMR, *Case of Verein Klimasenioreninnen Schweiz and others v. Switzerland*, Application no. 53600/20, Judgment of 9 April 2024 (Grand Chamber), § 114 f., 417.

- Verwehrung des Zugangs zu sicherem und sauberem Trinkwasser (lit. b): Das könnte der Klimawandel durch Gletscherschmelze<sup>166</sup>, Erschöpfung des Grundwassers<sup>167</sup> oder Austrocknung von Flüssen infolge von Hitze bewirken.
- Beeinträchtigung von Gesundheit und Sicherheit, der normalen Nutzung von Land oder rechtmässig erworbenem Eigentum einer Person (lit. d) bzw. Erschwerung des Zugangs zu sanitären Einrichtungen oder Zerstörung dieser Einrichtungen (lit. c): Der Klimawandel kann Personen- oder Sachschäden z.B. durch Extremwetterereignisse verursachen.<sup>168</sup> Ausserdem können Klimaveränderungen Herz-Kreislauf- und Atemwegserkrankungen verstärken.<sup>169</sup> Schliesslich könnte der Anstieg des Meeresspiegels<sup>170</sup>, Dürren<sup>171</sup> oder Verteilungskonflikte<sup>172</sup> Menschen zur Flucht bewegen.
- Erhebliche Beeinträchtigung von Ökosystemleistungen, durch die ein Ökosystem direkt oder indirekt zum Wohlergehen der Menschen beiträgt (lit. e): Zur Auslegung der Begriffe Ökosystem und Ökosystemleistungen kann man sich an der Taxonomie-VO orientieren.<sup>173</sup> Ein Ökosystem ist ein komplexes dynamisches Wirkungsgefüge von Pflanzen-, Tier- und Mikroorganismengemeinschaften und ihrer abiotischen Umwelt, die eine funktionelle Einheit bilden.<sup>174</sup> Darunter könnte man z.B. sibirische und nordamerikanische Permafrostböden, die Polargebiete oder den Amazonasregenwald<sup>175</sup> fassen. Ökosystemleistungen sind die direkten und indirekten Beiträge von Ökosystemen zu den wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und sonstigen Vorteilen, die Menschen aus diesen Ökosystemen ziehen.<sup>176</sup> Derartige Vorteile sind beispielsweise Lebensmittel und Wasser,

---

<sup>166</sup> IPCC (Fn. 164), A.2.3; BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 20 m.w.N.

<sup>167</sup> BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 26 m.w.N.

<sup>168</sup> IPCC (Fn. 164), A.2.6, B.1.4, B.2.1; BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 23, 25 m.w.N.; EGMR, *Case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*, Application no. 53600/20, Judgement of 9 April 2024 (Grand Chamber), § 417.

<sup>169</sup> BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 23 m.w.N.; allg. zu gesundheitlichen Auswirkungen: IPCC (Fn. 164), A.2.5, B.2.1.

<sup>170</sup> IPCC (Fn. 164), A.2.1, B.1.4, B.2.1 f.; BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 20 m.w.N.

<sup>171</sup> IPCC (Fn. 164), A.2.1 f., B.1.4; BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 27 m.w.N.

<sup>172</sup> IPCC (Fn. 164), B.2.3.

<sup>173</sup> Art. 2 Nr. 14 der Taxonomie-VO spricht zwar von den „Ökosystemdienstleistungen“, doch sollte dies den „Ökosystemleistungen“ in der CSDDD entsprechen, da die englische Übersetzung in beiden Texten „ecosystem services“ ist.

<sup>174</sup> Art. 2 Nr. 13 Taxonomie-VO.

<sup>175</sup> Vgl. BVerfGE 157, 30 – Klimabeschluss, Rn. 21.

<sup>176</sup> Art. 2 Nr. 14 Taxonomie-VO.

Regulierung des Klimas oder Krankheiten, Nährstoffkreisläufe und Sauerstoffherzeugung sowie geistige Werte und Erholung.<sup>177</sup>

Insgesamt erscheint es gut möglich, viele Auswirkungen des Klimawandels über Anhang Teil I, Abschnitt 1, Nr. 15 CSDDD aufzufangen. Mit Blick auf das einzelne Unternehmen wird ein besonderer Streitpunkt aber der doppelte Zusammenhang sein, nämlich dass gerade dieses Unternehmen die Umweltschädigung hervorgerufen hat und dass die menschenrechtliche Beeinträchtigung als Folge davon eingetreten ist.

## 2. Sperrwirkung von Art. 22 (Klimatransformationsplan)?

Teilweise wird dafür plädiert, die Pflicht zur Aufstellung eines Klimatransformationsplans nach Art. 22 CSDDD als abschliessende Regelung klimaschutzbezogener Pflichten anzusehen.<sup>178</sup> Dafür könnte man anführen, dass der Klimaschutz nicht ausdrücklich in den Anhang aufgenommen wurde,<sup>179</sup> obwohl dies die Berichterstatteerin des Parlaments vorgeschlagen hatte.<sup>180</sup> Ausserdem hatte der ursprüngliche Kommissionsentwurf noch vorgesehen, dass sich die Sorgfaltspflichten der Unternehmensleitung auch auf die Folgen ihrer Entscheidungen für Nachhaltigkeitsaspekte (inkl. des Klimawandels) beziehen.<sup>181</sup> In der finalen Fassung verpflichtet die Richtlinie Unternehmen mit Blick auf den Klimaschutz (jedenfalls ausdrücklich) nur dazu, den Klimatransformationsplan aufzustellen und umzusetzen. Nach der Systematik von Art. 1 Abs. 1 CSDDD stehen die allgemeinen Sorgfaltspflichten (angesprochen in lit. a) und b)) neben dem Klimatransformationsplan (angesprochen in lit. c)). Auch Art. 5 CSDDD, der einen Überblick über die Sorgfaltspflichten aufstellt, verweist nicht auf Art. 22 CSDDD. Daher könnte man insgesamt bezweifeln, ob es wirklich das Ansinnen der CSDDD war, gleichsam durch die Hintertüre bisher als sozialadäquat eingestufte Verhaltensweisen wie die Gewinnung von Erdöl, die Betreuung von Schiffen, Flugzeugen oder Kohlekraftwerken wegen der damit verbundenen Treibhausgasemissionen möglichen Bussgeldern oder privaten Haftungsklagen auszusetzen.

---

<sup>177</sup> Erwgr. 31 S. 2 Taxonomie-VO.

<sup>178</sup> So z.B. Humbert, in: LkSG-Kommentar De Gruyter (Fn. 162), § 2 Rn. 125; Steuer, ZIP 2023 (Fn. 159), 22.

<sup>179</sup> Vgl. Fornasier/Kaltenborn, in: Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht (Fn. 162), § 2 Rn. 507.

<sup>180</sup> Dazu: Peter Gailhofer/Roda Verheyen, Klimaschutzbezogene Sorgfaltspflichten: Perspektiven der gesetzlichen Regelung in einem Lieferkettengesetz, ZUR 2021, 402, 404 f.

<sup>181</sup> Art. 25 COM(2022) 71 final (Fn. 96).

Auf der anderen Seite verpflichtet Anhang Teil I, Abschnitt 1, Nr. 15 CSDDD nicht generell zum Klimaschutz, sondern – wie oben dargelegt – nur zur Vermeidung konkreter Auswirkungen des Klimawandels. Dadurch werden viel höhere Beweisforderungen an potenzielle Kläger gestellt, insbesondere mit Blick auf die Ursachenzusammenhänge. Die Überprüfungsklausel in Art. 36 CSDDD spricht ausserdem von einer möglichen Überarbeitung der Richtlinie mit Blick auf „Vorschriften zur Bekämpfung des Klimawandels, insbesondere in Bezug auf die Gestaltung von Übergangsplänen“ (Hervorhebung hinzugefügt).<sup>182</sup> Im Gegensatz dazu hatte die Übergangsklausel im Kommissionsentwurf noch eine Überprüfung dahingehend gefordert, „ob die Artikel 4 bis 14 [heute: Artikel 5-16] auf negative Klimaauswirkungen ausgeweitet werden sollten“.<sup>183</sup> Die Änderung der Überprüfungsklausel könnte man dahingehend interpretieren, dass die Entscheidung, ob Klimaschutz auch unter die allgemeinen Sorgfaltspflichten fällt, bewusst vage gehalten wurde. Das könnte sich als kluge Entscheidung erweisen, die Raum für zukünftige Entwicklungen lässt, insbesondere auch durch die gerichtliche Entscheidungspraxis. Wenn man nämlich den Unionsgesetzgeber so verstünde, dass Unternehmen zum Klimaschutz ausschliesslich den Klimatransformationsplan aufstellen sollen und sie damit alle Sorgfaltspflichten erfüllt haben, könnte das auch ein Argument dafür sein, sich dem Rückgriff auf das nationale Deliktsrecht (wie im niederländischen Shell-Verfahren<sup>184</sup>) zu verschliessen.<sup>185</sup>

#### IV. Bewertung

Die gewählte Regelungstechnik stellt den Rechtsanwender vor besondere Herausforderungen, da die aufgegriffenen Instrumente völkerrechtlicher Natur sind und sich an Staaten als Mindestvorgaben richten.<sup>186</sup> Bemerkenswert ist, dass diesen Instrumenten nun über den Umweg der Richtlinie eine (unmittelbare) Drittwirkung gegenüber Privaten verliehen wird, obwohl Privatpersonen nach herkömmlicher Auffassung keine Adressaten des Völkerrechts sind.<sup>187</sup>

---

<sup>182</sup> Art. 36 Abs. 2 lit. e) CSDDD.

<sup>183</sup> Art. 29 lit. d) COM(2022) 71 final (Fn. 96).

<sup>184</sup> Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26. Mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339. In diesem Fall hatte die Rechtbank Den Haag Shell auf Basis des niederländischen Deliktsrechts dazu verpflichtet, seine Treibhausgasemissionen zu reduzieren. Das Berufungsverfahren ist aktuell vor dem Gerichtshof Den Haag anhängig. Mit einer Entscheidung wird gegen Ende des Jahres 2024 gerechnet.

<sup>185</sup> Vgl. zum Argument der Justiziabilität im Kontext nationaler Klimaklagen: Leonhard Hübner, Klimaklagen gegen Private – CO<sub>2</sub>-Reduktionsklagen gegen deutsche Autohersteller, in: Phillip Hellwege/Daniel Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, Mohr Siebeck 2024, 289, 311 f.

<sup>186</sup> Heselhaus, URP 2024 (Fn. 148), 8 f.; Kolb, in: LkSG-Kommentar Beck (Fn. 162), § 2 Rn. 21 f.; König, NZG 2022 (Fn. 17), 1187.

<sup>187</sup> Vgl. Matthias Herdegen, Völkerrecht, 22. Aufl., Beck 2023, § 13 Rn. 11 ff. und Anne Peters/Anna Petrig, Völkerrecht: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., C.F. Müller/Schulthess 2023, Kap. 9

Weil eine Verletzung der Sorgfaltspflichten neben deliktsrechtlicher Haftung auch verwaltungs- bzw. strafrechtliche Sanktionen begründen wird,<sup>188</sup> stellt sich die Frage nach hinreichender Bestimmtheit unter Art. 49 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh.<sup>189</sup> <sup>190</sup> Diese setzt voraus, dass Zuwiderhandlung und Sanktion ausreichend klar definiert sind, damit die Betroffenen den Umfang ihrer Verpflichtung erkennen können.<sup>191</sup> Der Europäische Gesetzgeber war sehr bemüht, ein grösseres Mass an Bestimmtheit als seine völkerrechtlichen Vorbilder zu gewährleisten, indem er viele der geschützten Menschenrechte direkt im Anhang aufführte und auf das Verhältnis zwischen Privaten umformte, konkretisierte und um Regelbeispiele ergänzte.<sup>192,193</sup> Durch den Verweis auf die Auslegung der entsprechenden menschenrechtlichen Instrumente können ergänzend auch deren *travaux préparatoires*, Anmerkungen des UN Human Rights Committee bzw. der ILO, sowie die schon vorhandene umfassende Literatur herangezogen werden. Gleichwohl verbleiben im Einzelfall Schwierigkeiten bei der Konkretisierung, etwa bei der Frage nach der Höhe eines angemessenen und existenzsichernden Lohns,<sup>194</sup> wie sichere und gesunde Arbeitsbedingungen konkret aussehen,<sup>195</sup> oder was konkret einen angemessenen Lebensstandard ausmacht.<sup>196</sup> <sup>197</sup> Im Kontext der Umweltschutzvorschriften verweisen die Regelungen hingegen teilweise konkretisierend auf drittstaatliches Recht, was freilich anderweitige Probleme schafft, etwa wenn das lokale Schutzniveau unzureichend ist.

Als besonders problematisch könnte sich die Generalklausel in Art. 3 Abs. 1 lit. c) Ziff. ii) CSDDD erweisen. Zwar ist vorgesehen, dass die relevanten Menschenrechte nur insoweit erfasst sind, als sie auch von privaten Akteuren verletzt werden können; die Übersetzungsarbeit auf das Horizontalverhältnis,

---

Rn. 59 ff., jeweils m.w.N. zu den aktuellen Entwicklungslinien. Siehe insbesondere auch *Nevsun Resources Ltd v Araya*, 2020 SCC 5, Rn. 69 ff. und *Rechtbank Den Haag*, Urte. v. 26. Mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, Rn. 4.4.9., wonach völkerrechtliche Regelungen (möglicherweise) auf die unternehmerische Haftung nach nationalem Deliktsrecht ausstrahlen können.

<sup>188</sup> Nationale Umsetzungsvorschriften zu Art. 27 CSDDD.

<sup>189</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, 389.

<sup>190</sup> Zur fehlenden Bestimmtheit der Bussgeldvorschrift im französischen *Loi de vigilance*: Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Rn. 13.

<sup>191</sup> Vgl. z.B. EuGH, Urte. v. 29. März 2011, Rs. C-352/09 P – *ThyssenKrupp Nirosta* ./.. Kommission, Rn. 80.

<sup>192</sup> Etwa in Anhang Teil I, Nr. 1, 2, 10, 13, 14, 15 und 16 CSDDD.

<sup>193</sup> *Bueno/Bernaz/Holly/Martin-Ortega*, BHRJ 2024 (Fn. 58), 2.

<sup>194</sup> Anhang Teil I, Nr. 6 CSDDD.

<sup>195</sup> Anhang Teil I, Nr. 6 CSDDD.

<sup>196</sup> Anhang Teil I, Nr. 6 und 8 CSDDD.

<sup>197</sup> Zu § 2 LkSG: Kolb, in: *LkSG-Kommentar Beck* (Fn. 162), § 2 Rn. 107.

welche eigentlich der EU-Gesetzgeber hätte vornehmen sollen, bleibt damit dem rechtsunterworfenen Unternehmen unter Androhung einer Busse überlassen.<sup>198</sup> Insofern hilft auch die bisher zu den Menschenrechtsinstrumenten ergangene Konkretisierung nur eingeschränkt weiter, weil sie sich allein auf das Vertikalverhältnis zwischen Staat und Bürger konzentriert.<sup>199</sup>

An den Umweltschutzvorschriften kann man insbesondere deren fragmentarischen Charakter kritisieren.<sup>200</sup> Das liegt im Regulierungsmodell begründet, weil auch das internationale Umweltrecht nur ausschnittsweise geregelt ist.<sup>201</sup> Ausserdem ist zweifelhaft, inwiefern die CSDDD das Klima schützt. Es war politisch nicht möglich, das Pariser Klimaschutzübereinkommen positiv im Anhang zu verankern. Daher werden die Gerichte klären müssen, wie weit Anhang Teil I, Abschnitt 1, Nr. 15 mit Blick auf den Klimaschutz aktiviert werden kann.

## **E. Modale Regulierungsdimension (Verantwortungsbereich)**

Zum Schutz der zuvor genannten Rechtsgüter treffen CSDDD-pflichtige Unternehmen Sorgfaltspflichten innerhalb von drei Verantwortungsbereichen. Neben der eigenen Geschäftstätigkeit, und das ist ein Paradigmenwechsel (oben [B.I.](#)), erfassen die Sorgfaltspflichten auch die Geschäftstätigkeit der Tochterunternehmen und der Geschäftspartner in den Aktivitätsketten (Art. 1 Abs. 1 lit. a) CSDDD).

### **I. Haftung für die eigene Geschäftstätigkeit**

Es ist bereits nach geltendem Recht selbstverständlich, dass ein Unternehmen für die meisten negativen Auswirkungen seiner eigenen Geschäftstätigkeit haftet (auch wenn das formal nicht mit der Terminologie „Menschenrechte und Umwelt“ verknüpft ist<sup>202</sup>).<sup>203</sup> Die CSDDD regelt diese Fälle trotzdem mit und legt den Unternehmen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im eigenen Geschäftsbereich materielle Sorgfaltspflichten auf.<sup>204</sup>

---

<sup>198</sup> Vgl. zu § 2 LkSG: Kolb, in: LkSG-Kommentar Beck (Fn. 162), § 2 Rn. 23.

<sup>199</sup> Wagner, RabelsZ 80 (2016) (Fn. 7), 756.

<sup>200</sup> David Krebs, Menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflicht: Der Wettlauf zwischen europäischer und deutscher Rechtssetzung, ZUR 2021, 394, 399.

<sup>201</sup> David Krebs, ZUR 2021 (Fn. 200), 399.

<sup>202</sup> Zur Verbindung zwischen Menschenrechten und Deliktsrecht vgl. Wagner, RabelsZ 80 (2016) (Fn. 7), 753.

<sup>203</sup> Atamer/Willi, SZW / RSDA 2020 (Fn. 17), 439 f.

<sup>204</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a) CSDDD.

Dass die Richtlinie die eigene unternehmerische Geschäftstätigkeit miterfasst, hätte deswegen bedeutsam werden können, weil die von der CSDDD geschützten Menschenrechts- und Umweltrechtsgüter teilweise weiter reichen als der Schutzbereich des nationalen Deliktsrechts (v.a. mit Blick auf immaterielle Persönlichkeitsaspekte und Umweltschäden).<sup>205</sup> Gleichwohl schränkt die Richtlinie die Ausweitung des Schutzbereichs mit Blick auf die zivilrechtliche Haftung sofort wieder ein, indem sie hierfür zusätzlich die Verletzung eines nach nationalem Recht geschützten Interesses fordert (Art. 29 Abs. 1 lit. b) CSDDD).<sup>206</sup> Der weite Schutzbereich der CSDDD ist daher nur für die öffentlich-rechtliche Durchsetzung bedeutsam.

Da die zivilrechtliche Haftung nach Art. 29 CSDDD keinen Auslandsbezug voraussetzt,<sup>207</sup> kann die Richtlinie in vielen Bereichen in Konkurrenz zum nationalen Deliktsrecht treten.<sup>208</sup> Es scheint gut denkbar, dass Kläger künftiger nationaler Haftpflichtprozesse versuchen werden, ihren Fall als Verletzung menschen- oder umweltrechtlicher Sorgfaltpflichten darzustellen, weil die mindestens fünfjährige Verjährungsfrist der Haftung unter der CSDDD<sup>209</sup> u.U. länger als die nationale Verjährungsfrist dauert und die Richtlinie aus Sicht mancher Mitgliedstaaten neue prozessrechtliche Werkzeuge, z.B. eine Art Discovery-Verfahren,<sup>210</sup> vorsieht.

## II. Haftung für die Geschäftstätigkeit von Tochterunternehmen

Anfangs konzentrierte sich die Diskussion über unternehmerische Sorgfaltpflichten zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt wegen der Kontroll- bzw. Einflussnahmemöglichkeit des Mutterunternehmens primär auf (multinationale) Konzernstrukturen.<sup>211</sup> Auch die meisten Gerichtsentscheide

---

<sup>205</sup> Vgl. Wagner, *RabelsZ* 80 (2016) (Fn. 7), 753.

<sup>206</sup> Dazu: Habersack/Zickgraf, *RabelsZ* 87 (2023) (Fn. 4), 599 ff.; Hübner/Lieberknecht, *NJW* 2024 (Fn. 78), 1845; Eva-Maria Kieninger, *ZIP* 2024 (Fn. 4), 1044, 1047; Schmidt, *NZG* 2024 (Fn. 62), 868.

<sup>207</sup> Hübner/Lieberknecht, *NJW* 2024 (Fn. 78), 1846; König, *NZG* 2022 (Fn. 17), 1187.

<sup>208</sup> Erwgr. 88 CSDDD sieht vor, dass beide Haftungsregime nebeneinander bestehen können (also Idealkonkurrenz besteht).

<sup>209</sup> Art. 29 Abs. 3 lit. a) CSDDD.

<sup>210</sup> Hübner/Lieberknecht, *NJW* 2024 (Fn. 78), 1845 und Thomale/Schmid, *RabelsZ Online First* 9/2024 (Fn. 4), 52 zu Art. 29 Abs. 3 lit. e) CSDDD.

<sup>211</sup> König, *AcP* 217 (2017) (Fn. 10), 656 ff.; Morgan, 31 *J. of Professional Negligence* 276 (2015) (Fn. 23), 276 ff.; Sophie Nordhues, *Die Haftung der Muttergesellschaft und ihres Vorstands für Menschenrechtsverletzungen im Konzern*, *Nomos* 2019, 35 ff.; Martin Petrin/Barnali Choudhury, *Group Company Liability*, *EBOR* 19 (2018), 771 ff.; Witting (Fn. 23), 309 ff.

zu rechtsträgerübergreifenden Sorgfaltspflichten beziehen sich auf die Haftung von Mutterunternehmen für schädigende Handlungen ihrer Töchter.<sup>212</sup> Im Konzernverhältnis erscheint es besonders wenig gerechtfertigt, sich gegenüber Deliktsgläubigern auf die beschränkte Gesellschafterhaftung zu berufen, weil Deliktsgläubiger sich ihren Schuldner nicht aussuchen können.<sup>213</sup>

Unter der CSDDD beziehen sich die unternehmerischen Sorgfaltspflichten daher auch auf die Geschäftstätigkeit von Tochterunternehmen.<sup>214</sup> Zur Definition von Tochterunternehmen verweist Art. 3 Abs. 1 lit. e) CSDDD alternativ auf die Bilanz-RL und ein kontrolliertes Unternehmen i. S. d. Transparenz-RL<sup>215</sup>. Nach der detaillierteren Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 lit. f) Transparenz-RL liegt ein Kontrollverhältnis in vier Fällen vor: ein Gesellschafter hat die Mehrheit der Stimmrechte; ein Gesellschafter kann die Mehrheit der Organmitglieder bestimmen; ein Gesellschafter verfügt über die Mehrheit der Stimmrechte infolge einer Vereinbarung mit anderen Gesellschaftern; oder eine Person hat die (faktische) Möglichkeit, die Geschäfts- und Finanzpolitik<sup>216</sup> festzulegen. Dabei muss die Kontrolle nur potenziell bestehen und nicht tatsächlich realisiert worden sein. Art. 2 Nr. 10 Bilanz-RL spricht hingegen allgemeiner von einem „kontrollierte[n] Unternehmen, einschliesslich jedes mittelbar kontrollierten Tochterunternehmens eines Mutterunternehmens“. Neben der umfassenderen Definition der Transparenz-RL ist der nachträglich eingefügte Verweis auf die Bilanz-RL eigentlich überflüssig. Der einzige erkennbare Mehrwert ist die Klarstellung, dass auch mittelbare Kontrolle genügt. Insgesamt beugen diese Regeln Umgehungen vor, indem sie auch komplexere wirtschaftliche Strukturen als die einfache Anteilsmehrheit abbilden.

---

<sup>212</sup> Sämtliche in Fn. 23 zitierte Fälle.

<sup>213</sup> Vgl. zu diesem Gedanken: Easterbrook/Fischel, 52 U. Chi. L. Rev. 89 (1985) (Fn. 10), 91 (s. aber S. 107 ff. zu Argumenten, warum trotz der Haftungsbeschränkung ein Anreiz zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung bestehen kann, was wiederum das Ausfallrisiko deliktischer Gläubiger senkt); Hansmann/Kraakman, 110 Yale L. J. 387 (2000) (Fn. 10), 431 f. (generell gegen eine Haftungsbeschränkung im deliktischen Kontext; im Detail dazu Dies. (Fn. 11)); König, AcP 217 (2017) (Fn. 10), 621 ff.

<sup>214</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a) CSDDD.

<sup>215</sup> Richtlinie 2004/109/EG vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 390 vom 31. Dezember 2004, 38.

<sup>216</sup> Wolf-Georg Ringe, in: Matthias Lehmann/Christoph Kumpan (Hrsg.), European Financial Services Law, Article-by-Article Commentary, Nomos 2019, Art. 2 TDR N. 13.

Die Sorgfaltspflichten beziehen sich auf *sämtliche* Geschäftstätigkeiten des Tochterunternehmens.<sup>217</sup> Anders als bei Geschäftspartnern muss die Aktivität der Tochter also keinen Bezug zu der Produktion oder den Dienstleistungen des CSDDD-pflichtigen Unternehmens haben. Die Geschäftstätigkeit des Tochterunternehmens wird unter der CSDDD daher so behandelt, als sei sie die eigene Geschäftstätigkeit des Mutterunternehmens. Auch wenn das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip der Form nach gewahrt bleibt, behandelt die CSDDD den ganzen Konzern sowohl für die Schwellenwerte als auch für die Sorgfaltspflichterfüllung faktisch wie ein einziges Unternehmen (vorbehaltlich der Frage, ob auch für die Aktivitätskette der Tochter gehaftet wird; dazu unten [E.IV.](#)).

In Ergänzung zur konzernweiten Verantwortlichkeit sieht die CSDDD einige spezielle Regeln vor, die eine Pflichtendelegation im Konzern ermöglichen. Reine Holdinggesellschaften können auf Antrag die Pflichterfüllung auf operative Tochterunternehmen übertragen, selbst wenn die einzelnen Tochterunternehmen unter den relevanten Schwellenwerten liegen.<sup>218</sup> Ist umgekehrt das Tochterunternehmen selbst CSDDD-pflichtig, kann das Mutterunternehmen die Sorgfaltspflichten auch für die Tochter miterfüllen.<sup>219</sup> Die Pflichtendelegation ermöglicht es, die Sorgfaltspflichten innerhalb des Konzerns sinnvoll zu verteilen, ohne dass schon alleine durch die Delegation eine Pflichtverletzung angenommen würde. In beiden Fällen bleibt es aber dabei, dass sämtliche beteiligten Unternehmen gemeinschaftlich für die mangelhafte Pflichterfüllung haften.<sup>220</sup> Die gemeinsame Haftung verhindert, dass sich ein konzernangehöriges Unternehmen im Schadensfall mit seinen Konzernstrukturen verteidigen kann, die den Klägern im Vorfeld eines Prozesses unbekannt waren.

---

<sup>217</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a) CSDDD. Aus ökonomischer Sicht hätte man sogar darüber nachdenken können, im Fall von Tochterunternehmen deren Verhalten generell dem Mutterunternehmen zuzurechnen, ohne dass es auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Mutterunternehmens ankäme: König, EBLR 35 (2024) (Fn. 68), 360 f.

<sup>218</sup> Art. 2 Abs. 3 UAbs. 1 CSDDD. Diese Ausnahme gilt aber unter der Bedingung, dass zur Erfüllung der Pflichten eines der in der Union niedergelassenen Tochterunternehmen benannt wird.

<sup>219</sup> Art. 6 Abs. 1 S. 1 CSDDD.

<sup>220</sup> Art. 2 Abs. 3 UAbs. 3 und Art. 6 Abs. 1 S. 2 CSDDD.

### III. Haftung für die Geschäftstätigkeit der Geschäftspartner in den Aktivitätsketten

#### 1. Übersicht

Beschränkte man die unternehmerische Verantwortung nur auf Tochterunternehmen, würden risikoträchtige Aktivitäten künftig häufiger auf selbstständige Geschäftspartner ausgegliedert. Grosse Unternehmen können aber auch auf ihre Geschäftspartner einen Einfluss ausüben, sodass es prinzipiell gerechtfertigt ist, auch Geschäftspartner in die Sorgfaltspflichten einzubeziehen. Die Richtlinie stellt diese (tatsächlichen und vermeintlichen) Einflussmöglichkeiten der Unternehmen in den Dienst des Menschenrechts- und Umweltschutzes.

Setzt z.B. das abnehmende Unternehmen seinen drittstaatlichen Geschäftspartnern, die faktisch niedrigeren Schutzstandards unterliegen, nur sehr kurze Lieferfristen bzw. bietet nur sehr geringe Preise an, sind negative Auswirkungen auf die Menschenrechte und Umwelt quasi vorprogrammiert (etwa infolge niedriger Arbeitsschutzstandards oder Umweltverschmutzung). Umgekehrt könnten Unternehmen schon bei der Wahl ihrer Geschäftspartner die Auswirkungen von deren Geschäftstätigkeit auf die Menschenrechte und Umwelt berücksichtigen, z.B. über externe Audits.<sup>221</sup> Ausserdem könnten Unternehmen bei ausreichender Verhandlungsmacht einen Verhaltenskodex vorgeben und sich die Möglichkeit unangekündigter Betriebsbesichtigungen vorbehalten. Sie könnten auch verlangen, dass der Geschäftspartner den Verhaltenskodex gegenüber seinen eigenen Geschäftspartnern durchsetzt.<sup>222</sup>

Gleichwohl ist die Möglichkeit der Einflussnahme nicht immer in gleichem Masse gegeben und hängt neben dem wirtschaftlichen Gewicht stark von den konkreten Marktstrukturen ab (oben unter [B.I.3.c](#)). Ein weiterer Faktor, der sich auf die Möglichkeit der Einflussnahme auswirkt, ist die Intensität der Zusammenarbeit, welche von einem einmaligen Leistungsaustausch bis zu ei-

---

<sup>221</sup> Vgl. aber zur Problematik unregulierter Audits: Patrick C. Leyens (Fn. 34), 93 f.; Siehe auch zu Bonsucro, die den Industriestandard für die Zuckerproduktion setzt und von Marken wie Coca-Cola, PepsiCo, Unilever und General Mills verwendet werden, um ihren Kunden zu versichern, dass ihre Lieferketten die Menschenrechte achten: Megha Rajagopalan, New York Times, How a Sugar Industry Stamp of Approval Hid Coerced Hysterectomies, Bericht vom 30. Juli 2024, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2024/07/30/world/asia/sugar-human-rights-bonsucro-india-hysterectomies.html?smid=url-share>.

<sup>222</sup> Vgl. Anna Peters/Sabine Gless/Chris Thomale/Marc-Philippe Weller, Business and Human Rights: Towards a 'Smart Mix' of Regulation and Enforcement, ZaöRV 83 (2023), 415, 427. Unter der CSDDD: Art. 10 Abs. 2 lit. b), Abs. 5, Art. 11 Abs. 3 lit. c), Abs. 6.

nem Alleinbezugs- bzw. Alleinbelieferungsvertrag reichen kann.<sup>223</sup> Daher ist es wichtig, dass die Intensität der Sorgfaltspflichten gegenüber Geschäftspartnern flexibel genug ausgestaltet ist, um den tatsächlichen Einflussmöglichkeiten des verpflichteten Unternehmens Rechnung tragen zu können.<sup>224</sup>

Die Sorgfaltspflichten des CSDDD-pflichtigen Unternehmens betreffen die Geschäftstätigkeit seiner Geschäftspartner in seinen Aktivitätsketten.<sup>225</sup> Die beiden Elemente „Geschäftspartner“ und „Aktivitätsketten“ sind miteinander verschränkt: sie setzen teilweise dieselben Begriffsmerkmale voraus (Produkte, Dienstleistungen, Zusammenhang) und hängen daher voneinander ab, betonen aber unterschiedliche Aspekte und ergänzen sich somit. Die Identifizierung eines Dritten als Geschäftspartner muss immer im spezifischen Kontext der konkreten Aktivitätskette erfolgen.

## 2. Geschäftspartner

Die Sorgfaltspflichten betreffen sowohl direkte als auch indirekte Geschäftspartner (Art. 3 Abs. 1 lit. f) CSDDD), weisen aber dementsprechend eine unterschiedliche Intensität auf,<sup>226</sup> weswegen die Unterscheidung von Bedeutung ist. Ein direkter Geschäftspartner hat eine Geschäftsvereinbarung unmittelbar mit dem CSDDD-pflichtigen Unternehmen über dessen Tätigkeiten, Produkte oder Dienstleistungen geschlossen. Mit anderen Worten ist der direkte Geschäftspartner ein Vertragspartner des CSDDD-pflichtigen Unternehmens. Indirekter Geschäftspartner ist hingegen, wer „mit den Tätigkeiten, Produkten oder Dienstleistungen des Unternehmens zusammenhängende Geschäftstätigkeiten ausübt“. Hier ist der Zusammenhang das relevante Kriterium, um die Reichweite der Haftung des CSDDD-pflichtigen Unternehmens zu bestimmen und zu begrenzen (dazu unten [E.III.2.b](#)). Sowohl bei direkten als auch bei indirekten Geschäftspartnern ist es keine Voraussetzung, dass der Geschäftspartner ein „Unternehmen“ (im oben unter [C.I](#) diskutierten Sinne) darstellt. Vielmehr ist neutraler von „Einheit“ (engl. „entity“, frz. „entité“) die Rede. Nach dem Kommentar zu Prinzip 13 UNGPs und Nr. 48 MNE-Leitlinien könnten sogar Staaten erfasst sein.

---

<sup>223</sup> Vgl. Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 9.

<sup>224</sup> König, EBLR 35 (2024) (Fn. 68), 354 ff.; Unter der CSDDD: Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2.

<sup>225</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a) CSDDD.

<sup>226</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b) und Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b) CSDDD.

## a) Tätigkeiten, Produkte und Dienstleistungen

Um den Kreis der direkten und indirekten Geschäftspartner, für deren Aktivitäten eine Sorgfaltspflicht besteht, zu bestimmen, sind die „Tätigkeiten, Produkte und Dienstleistungen“ des CSDDD-pflichtigen Unternehmens der massgebliche Bezugspunkt. Der allgemeine Begriff „Tätigkeiten“ erfasst neben dem unternehmerischen Output (d.h. Produkte und Dienstleistungen) auch alle sonstigen Aktivitäten des Unternehmens. Nur weil ein Geschäftspartner im Zusammenhang mit den allgemeinen, nicht outputbezogenen Tätigkeiten des CSDDD-pflichtigen Unternehmens steht, haftet das Unternehmen aber noch nicht für diesen. Zusätzlich muss der Zusammenhang mit der Aktivitätskette (unten [E.III.3.](#)) gegeben sein, welche sich nur auf Produkte und Dienstleistungen und nicht auch allgemeiner auf Tätigkeiten des CSDDD-pflichtigen Unternehmens bezieht.

Die Varianten „Produkt“ und „Dienstleistung“ sind den (sonstigen) „Tätigkeiten“ gegenüber spezieller; die genaue Begriffsklärung ist wichtig, da die Aktivitätskette downstream für Produkte weiter als für Dienstleistungen reicht (unten [E.III.3.b.](#)). Weil es im Unionsrecht bisher kein einheitliches Verständnis von Produkt oder Dienstleistung gibt,<sup>227</sup> muss die Begriffsklärung im Kontext der CSDDD massgeblich von deren Schutzzweck ausgehen. Die CSDDD zielt darauf, möglichst umfassend negative Auswirkungen unternehmerischer Tätigkeiten auf die Menschenrechte und die Umwelt zu erfassen.<sup>228</sup>

Vor dem Hintergrund dieses Schutzziels dürften Produkte des CSDDD-pflichtigen Unternehmens sämtliche körperlichen, aber auch unkörperlichen Gegenstände umfassen. Dies entspricht auch dem Reformvorschlag zur Produkthaftungs-RL<sup>229</sup>, der trotz fehlender Körperlichkeit die Produkteigenschaft von kommerzieller Software anerkennt.<sup>230</sup> Diese Erweiterung ist für die CSDDD zu übernehmen, sodass es auch auf die Arbeitsbedingungen ankommen wird, wenn das Unternehmen beispielsweise die Entwicklung von Software teilweise in Indien in Auftrag gibt.

---

<sup>227</sup> Beispiele für Produkt: Art. 2 Produkthaftungs-RL 85/374/EWG oder Art. 3 Nr. 1 Produktsicherheits-VO (EU) 2023/988; Beispiele für Dienstleistung: Art. 57 Abs. 1 AEUV und Art. 7 Nr. 1 lit. b), 2. Spiegelstrich Brüssel Ia-VO (EU) Nr. 1215/2012 in der Auslegung des EuGH, Urt. v. 3. Oktober 2019, Rs. C-272/18 – VKI ././ TVP, Rn. 46.

<sup>228</sup> Vgl. Erwgr. 16 und 24 CSDDD.

<sup>229</sup> Richtlinie 85/374/EWG vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210 vom 7. August 1985, 29.

<sup>230</sup> Vgl. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products, 24.01.2024, 2022/0302(COD), Art. 4 Abs. 1. Open-source Software wurde in den letzten Änderungen ausgeschlossen (Art. 2 Abs. 1a).

Auch der Dienstleistungsbegriff sollte vor dem Hintergrund des Schutzzwecks in Anlehnung an Art. 57 Abs. 1 AEUV weit verstanden werden: Dienstleistungen im Sinne der CSDDD sind alle in der Regel entgeltlich erbrachten Leistungen, die keine Produkte sind. Ungeachtet nationaler Begriffsprägungen könnte das CSDDD-pflichtige Unternehmen beispielsweise Dienstleistungen in der Bau-, Kredit-, Versicherungs-, Beratungs-, Transport- oder Lagerungsbranche erbringen. Wenn also der Baukonzern Vinci bei Holcim Zement, die Allianz SE ein Computerprogramm für Risikoberechnung bei dem indischen Unternehmen Rolta India oder aber Kühne + Nagel für ihre Binnenschiffe Diesel von der Dangote-Raffinerie in Nigeria in Vorbereitung ihrer eigenen Dienstleistungserbringung (in Form eines Bau-, Versicherungs- bzw. Beförderungsvertrags) beziehen, erstrecken sich die Sorgfaltspflichten der Dienstleistungserbringer auf die genannten Geschäftspartner.

## b) Zusammenhang

Der Schlüsselbegriff, welcher den Kreis der indirekten Geschäftspartner<sup>231</sup> (und auch der Aktivitätskette; unten [E.III.3.](#)) bestimmt und begrenzt, ist der „Zusammenhang“ (engl. „relation“, frz. „lien“) mit der Tätigkeit des CSDDD-pflichtigen Unternehmens. Ein Zusammenhang ist eine Beziehung oder Verbindung. Der Text enthält keinerlei Einschränkung, wie eng und intensiv der Konnex sein muss. Anders als in Prinzip 13 der UNGP muss der Zusammenhang nicht „direkt“ sein. Auch wird in Abkehr von dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag<sup>232</sup> und dem französischen *Loi de vigilance*<sup>233</sup> keine etablierte Geschäftsbeziehung vorausgesetzt. Eine etablierte Beziehung hätte in Anbetracht ihrer Intensität oder Dauer beständig sein müssen und nicht von unbedeutender oder lediglich untergeordneter Bedeutung sein dürfen.<sup>234</sup> Der in der finalen Fassung der CSDDD benutzte „Zusammenhang“ kann demgegenüber weiter verstanden werden. In systematischer Hinsicht sollte es auch keine Rolle spielen, ob das CSDDD-pflichtige Unternehmen den Geschäftspartner beeinflussen kann, weil die Richtlinie diesen Aspekt erst auf der nachgelagerten Ebene der konkreten Sorgfaltspflicht behandelt.<sup>235</sup> Eine sinnvolle Begrenzung lässt sich daher allein aus teleologischen Gründen ableiten. Der Dritte darf jedenfalls nicht nur in einem äusserlichen, zufälligen Zusammenhang zu

---

<sup>231</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. f) Ziff. ii) CSDDD.

<sup>232</sup> SWD(2022) 42 final (Fn. 16).

<sup>233</sup> Art. L. 225-102-4 I. Code de commerce (ab 1. Januar 2025: Art. L. 225-102-1 I.).

<sup>234</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. f) COM(2022) 71 final (Fn. 96).

<sup>235</sup> Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c) CSDDD.

der Tätigkeit des CSDDD-pflichtigen Unternehmen stehen. Es ist zu fragen, ob die Tätigkeit des Dritten ein Teil des umfassenden Wertschöpfungsprozesses ist, von dem das CSDDD-pflichtige Unternehmen profitiert.

### 3. Aktivitätsketten

Der Begriff „Aktivitätskette“ ist eine Neuschöpfung der CSDDD. Er stellt einen Kompromiss zwischen den bisher bekannten Begriffen „Lieferkette“<sup>236</sup> und „Wertschöpfungskette“<sup>237</sup> dar. Lieferkette ist der engere Begriff: sie umfasst nur vorgelagerte Tätigkeiten (upstream). Die Wertschöpfungskette ist weiter gefasst: sie erfasst zusätzlich nachgelagerte Tätigkeiten (downstream). Die Vielfalt an Begriffen verwirrt und erschwert das Verständnis der europäischen Nachhaltigkeitsregulierung.

Im finalen Kompromiss deckt die Richtlinie umfassend die dem CSDDD-pflichtigen Unternehmen vorgelagerten Geschäftspartner (upstream) und nur teilweise die dem CSDDD-pflichtigen Unternehmen nachgelagerten Geschäftspartner (downstream) ab. Die Einordnung eines Geschäftspartners in die Kategorien vorgelagert/ nachgelagert muss stets relativ erfolgen. Bezugspunkt ist die Tätigkeit des CSDDD-pflichtigen Unternehmens. Beispielsweise ist die Reifenproduktion aus Sicht des Kautschukbauern eine nachgelagerte Tätigkeit, aus Sicht des Autoherstellers hingegen eine vorgelagerte Tätigkeit. Ob eine Geschäftstätigkeit dem CSDDD-pflichtigen Unternehmen vorgelagert ist, bestimmt sich ausserdem nicht zeitlich, sondern anhand der Wertschöpfungsstufe. Beispielsweise können Wartungsdienstleistungen oder Softwareupdates nach Verkauf eines Produkts durch unabhängige Dritte durchaus noch als Teil des gesamten Produkts und damit als vorgelagerte Tätigkeit angesehen werden.<sup>238</sup>

#### a) *Upstream*

Upstream umfasst die Aktivitätskette „Tätigkeiten der vorgelagerten Geschäftspartner eines [CSDDD-pflichtigen] Unternehmens im Zusammenhang mit der Produktion von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen

---

<sup>236</sup> Art. 964j OR, Art. 19a und 29a Bilanz-RL, Konfliktmineralien-VO (EU) 2017/821 und Entwaldungs-VO (EU) 2023/1115.

<sup>237</sup> Art. 19a und 29a Bilanz-RL. Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag zur CSDDD [COM(2022) 71 final (Fn. 96)] war ebenfalls vom weiteren Begriff der Wertschöpfungskette ausgegangen.

<sup>238</sup> Vgl. z.B. zur Softwareaktualisierungspflicht im Rahmen der Warenkaufrichtlinie: Yeşim M. Atamer/Semir Hermidas, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, Regelung, Neuerung und mögliche Ausstrahlung auf das schweizerische Kaufrecht, AJP 2020, 48, 56 f.

durch dieses Unternehmen“ (Art. 3 Abs. 1 lit. g) Ziff. i) CSDDD). Im Unterschied zur Regelung über Geschäftspartner und der Downstreamaktivitätskette verwendet die Upstreamaktivitätskette den Ausdruck „Produktion von Waren“ (engl. „production of goods“, frz. „production de biens“) statt „Produkten“ (engl. „products“, frz. „produits“). Diese Formulierung soll die sprachlich ungünstige Wendung „Produktion von Produkten“ vermeiden; besser hätte man von der Herstellung von Produkten gesprochen. Der Kommissionsentwurf zeigt deutlich, dass die Begriffe „Produkt“ und „Ware“ im Kontext der CSDDD synonym verstanden wurden: „Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Produktion von Waren [...], einschließlich der Entwicklung des Produkts“.<sup>239</sup>

### *aa) Fokus Produktion: Ausschluss von Weiterverkäufern und Warenhändlern*

Der Fokus auf „Produktion“ bewirkt eine wichtige Eingrenzung. Der Wortlaut deutet klar darauf hin, dass das CSDDD-pflichtige Unternehmen produzieren muss.<sup>240</sup> Deshalb sind Weiterverkäufer bzw. Warenhändler (z.B. von Lebensmitteln, Elektrogeräten oder Kleidung) nicht für die Tätigkeiten ihrer vorgelagerten Geschäftspartner verantwortlich.<sup>241</sup> Bleibt der vorgelagerte Hersteller unter den relevanten Schwellenwerten, haftet niemand für die negativen Auswirkungen der Aktivitätskette. Die Einschränkung ist grundsätzlich verständlich, da der Hersteller gerade das dominante Kettenglied ist, das die Steuerungs- und Einflussmöglichkeit bzgl. der Produktionsprozesse wahrnehmen kann. Der gleiche Verantwortungsgedanke ist auch der deliktischen Herstellerhaftung inhärent.<sup>242</sup> Ein Händler von sehr unterschiedlichen Waren hätte nicht die Spezialisierung, um alle Produktionsabläufe zu übersehen und entsprechend zu kontrollieren.

Problematisch sind jedoch Fälle, bei denen das Unternehmen die ganze Produktion auslagert, ohne dass es sich beim Produzenten um eine Tochtergesellschaft handelt. Beispielsweise betreibt KiK keine eigenen Produktionsstätten und lässt seine Waren grösstenteils direkt in asiatischen Ländern herstellen.<sup>243</sup>

---

<sup>239</sup> Art. 3 lit. g) COM(2022) 71 final (Fn. 96).

<sup>240</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. g) Ziff. i) CSDDD: „Tätigkeiten der vorgelagerten Geschäftspartner eines Unternehmens im Zusammenhang mit der Produktion von Waren [...] durch dieses Unternehmen“.

<sup>241</sup> So auch bzgl. § 2 Abs. 5 LkSG: Alexander Schall, (Berechtigte) Lücken in der Lieferketten-sorgfaltspflicht des LkSG?, NZG 2022, 787, 788 f.; ders., in: LkSG-Kommentar De Gruyter (Fn. 162), § 2 Rn. 193, 196.

<sup>242</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Produkthaftungs-RL.

<sup>243</sup> Verhaltenskodex der KiK Textilien und Non-Food GmbH, abrufbar unter <<https://unternehmen.kik.de/verantwortung/produktion>>.

Das gleiche gilt auch bei vielen landwirtschaftlichen Rohstoffen wie Kaffee (z.B. Nestlé), Bananen (z.B. Chiquita), Kakao (z.B. Cargill), weil diese nur im globalen Süden produziert werden können. Es ist selbstverständlich, dass gerade diese Produktionsprozesse, die weitgehend auch Auslöser der Sorgfaltspflichtendebatte waren, unter die Richtlinie subsumiert werden müssen. Die Lage ist wieder ähnlich wie bei der Produkthaftung: Wenn ein Weiterverkäufer die Produkte unter seiner eigenen Handelsmarke (z.B. Carrefour Bio, Primark) und nicht unter der Marke des Herstellers vertreibt, so wird er wie ein Hersteller bewertet.<sup>244</sup> Eine parallele Einordnung dieser Unternehmen muss auch unter der CSDDD gelten.<sup>245</sup>

### *bb) Zusammenhang im Kontext der Upstreamaktivitätskette*

Die Reichweite der Upstream-Aktivitätskette hängt davon ab, welche Tätigkeiten noch im Zusammenhang mit der Produktion von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen durch das CSDDD-pflichtige Unternehmen stehen. Der Zusammenhang sollte identisch wie bei indirekten Geschäftspartnern verstanden werden, weil sich dieselbe Frage stellt: Sind die Tätigkeiten des Dritten dem CSDDD-pflichtigen Unternehmen zuzurechnen? Werden mehrere „Zusammenhänge“ hintereinandergeschaltet (z.B. indirekter Geschäftspartner in der Upstreamaktivitätskette),<sup>246</sup> sollte nur einmal übergreifend gefragt werden, ob das Unternehmen und die indirekten Geschäftspartner insgesamt in einem hinreichend engen Zusammenhang stehen.

In der leistungsbezogenen Aktivitätskette sind sämtliche Tätigkeiten der direkten und indirekten Geschäftspartner erfasst. Insofern stellt die CSDDD klar, dass der gesamte Prozess der Entwicklung, Gewinnung, Beschaffung,

---

<sup>244</sup> Art. 3 Abs. 1 RL 85/374/EWG.

<sup>245</sup> So auch bzgl. § 2 Abs. 5 LkSG: Kolb, in: LkSG-Kommentar Beck (Fn. 162), § 2 Rn. 204; Mittwoch/Bremenkamp, in: Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht (Fn. 162), § 2 Rn. 820. Unter der Produkthaftungs-RL wird auch der Händler ausnahmsweise als Hersteller behandelt (Art. 3 Abs. 3), falls der tatsächliche Hersteller des Produkts nicht festgestellt werden kann und der Lieferant dem Geschädigten nicht innerhalb angemessener Zeit den Hersteller oder diejenige Person benennt, die ihm das Produkt geliefert hat. Dieser spezielle Gedanke der Händlerhaftung lässt sich aber nicht auf die CSDDD übertragen, weil es unter der CSDDD gerade nicht um die Haftung gegenüber dem durch das Produkt Geschädigten geht, bei der sich die Aktivitätskette *ex post* nicht mehr bis zum Hersteller rückverfolgen lässt, sondern im Gegenteil zur Haftungsbegründung die Aktivitätskette von dem schadensnäheren Geschäftspartner bis hin zum CSDDD-pflichtigen Unternehmen etabliert werden muss.

<sup>246</sup> Tätigkeit „im Zusammenhang mit der Produktion von Waren“ des Unternehmens (Art. 3 Abs. 1 lit. g) Ziff. i) CSDDD) durch eine Einrichtung, welche mit den Produkten des Unternehmens „zusammenhängende Geschäftstätigkeiten ausübt“ (Art. 3 Abs. 1 lit. f) Ziff. ii) CSDDD).

Herstellung, Beförderung, Lagerung und Lieferung<sup>247</sup> von Rohstoffen, Produkten oder Teilen von Produkten und der Entwicklung des Produkts oder der Dienstleistung Teil der Aktivitätskette ist.<sup>248</sup> Für einen Autohersteller sind dies die einzelnen Bauteile und die vorgelagerte Rohstoffgewinnung. Nebenleistungen betreffen Transport oder Lagerung von Rohstoffen bzw. Teilen von Produkten. Offen bleibt, ob ein Hersteller, der recycelte Bestandteile in seiner Produktion verwendet, auch für den vorherigen Lebenszyklus verantwortlich ist. In Anlehnung an Art. 7 Abs. 4 der Konfliktmineralien-VO erscheint es richtiger, bei Recycling die Aktivitätskette mangels hinreichenden Zusammenhangs abzutrennen, da der alte Lebenszyklus schwer zu ermitteln sein kann und sonst ein Anreiz gegen die Verwendung wiederhergestellter Bauteile bestünde.<sup>249</sup>

Tätigkeiten der Geschäftspartner müssen nicht zwingend in der späteren Leistung des CSDDD-pflichtigen Unternehmen aufgehen. Das Unternehmen unterhält auch zusammenhängende Geschäftsbeziehungen, die nicht unmittelbar outputbezogen sind: Anschaffung von Bürobedarf, Verpflegung der Belegschaft, Reinigungsdienste, Sicherheitskräfte, Beratungsdienste (Rechtsberatung, Steuerberatung, Unternehmensberatung, Wirtschaftsprüfung), Kommunikationskosten (Softwarelizenzen, Cloud-Dienste), Fahrzeugleasing oder Erwerb von Unternehmensfahrzeugen und Investitionen in Anlagevermögen (insb. technische Anlagen und Maschinen). Beispielsweise kauft oder least der Autohersteller Maschinen, die zur Produktion nötig sind. Wenn die Maschinen unter unsicheren Arbeitsbedingungen oder umweltverschmutzend hergestellt wurden, profitiert auch der Autohersteller von den geringeren Produktionskosten des Maschinenherstellers und dessen Geschäftspartnern, die sich in niedrigeren Preisen niederschlagen. Hier sollte der Zusammenhang mit der Tätigkeit des Autoherstellers also bejaht werden.

Vorbereitende Aktivitäten können auch auf Ebene der Geschäftspartner auftreten. Beispielsweise bezieht der Reifenproduzent des CSDDD-pflichtigen Autoherstellers Sicherheitskleidung von einem dritten Unternehmen, das Kinderarbeit einsetzt. Ein anderes Beispiel ist der Ananasfarmer, der in Geschäftsbeziehung zu Del-Monte steht und brutale Sicherheitskräfte einsetzt.

---

<sup>247</sup> Die Beförderung, Lagerung und Lieferung upstream bezieht sich nur auf Rohstoffe und Teile von Produkten, da die Beförderung, Lagerung und Lieferung des fertigen Produkts Teil der Downstreamkette ist, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. g) Ziff. ii) CSDDD und unten b.

<sup>248</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. g) Ziff. i) CSDDD.

<sup>249</sup> Zu § 2 Abs. 5 LkSG: Christian Gehling/ Kristian Fischer, in: Christian Gehling/Nicolas Ott (Hrsg.), LkSG, Kommentar, Otto Schmidt 2022, § 2 Rn. 334; Dirk Uwer/ Patrick Späth, in: Birgit Spießhofer/Patrick Späth (Hrsg.), LkSG, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – unter Berücksichtigung AGB-rechtlicher Besonderheiten, Kommentar, ESV 2024, § 2 Rn. 186.

Auch in den beiden letztgenannten Fällen sollte der Zusammenhang mit der Tätigkeit des CSDDD-pflichtigen Unternehmens tendenziell bejaht werden, weil und wenn es von den Kosteneinsparungen infolge der günstigen Sicherheitskleidung und der unqualifizierten Sicherheitskräfte profitiert. Einem extensiven Verständnis der Aktivitätskette kann auf der Ebene des konkret zu erwartenden Sorgfaltsniveaus gegengesteuert werden (oben [E.III.2.b](#)). Wieweit sonstige vorbereitende Tätigkeiten im Einzelfall zur Upstreamkette zugeordnet werden können, wird sich erst noch in der Gerichtspraxis zeigen müssen.<sup>250</sup>

Auch die Entsorgung des Produktionsabfalls (z.B. Altöl) ist Teil der vorbereitenden, nicht unmittelbar leistungsbezogenen Aktivitäten. Trotzdem besteht der Zusammenhang zum Produktionsprozess, sodass das Unternehmen für die Tätigkeiten seiner direkten und indirekten Entsorgungspartner sorgfaltspflichtig ist.<sup>251</sup> Es wäre mit dem Schutzzweck der Richtlinie unvereinbar, wenn das Unternehmen beispielsweise für die durch Zyanid verursachte Umweltverschmutzung seines Goldlieferanten haften müsste, etwa wenn das Zyanid bei der Goldgewinnung in den Euphrat gelangt, hingegen nicht haften würde, wenn das vom Unternehmen selbst genutzte Zyanid vom Geschäftspartner im Euphrat entsorgt wird.<sup>252</sup> Die Entsorgung des Produktionsabfalls muss unterschieden werden von der Entsorgung des Produkts selbst, welche Teil der Downstreamaktivitätskette ist, aber für die Unternehmen unter der CSDDD nicht haften.

## b) *Downstream*

Die Sorgfaltspflichten erstrecken sich in der Regel nicht auf die Downstreamaktivitätskette. Nur bzgl. gesonderter Tätigkeiten der nachgelagerten Geschäftspartner eines Unternehmens im Zusammenhang mit dem Vertrieb, der Beförderung und der Lagerung seines Produkts bestehen Sorgfaltspflichten, sofern die Geschäftspartner diese Tätigkeiten für das Unternehmen oder im Namen des Unternehmens ausüben (Art. 3 Abs. 1 lit. g) Ziff. ii) CSDDD).<sup>253</sup> Ob

---

<sup>250</sup> Vgl. zu dieser Diskussion unter dem LkSG: Gehling/Fischer, in: LkSG-Kommentar (Fn. 249), § 2 Rn. 337; Schall, in: LkSG-Kommentar De Gruyter (Fn. 162), § 2 Rn. 227 ff.

<sup>251</sup> So auch zu § 2 Abs. 5 LkSG: Schall, in: LkSG-Kommentar De Gruyter (Fn. 162), § 2 Rn. 181.

<sup>252</sup> Vgl. zum Çöpler Minenunglück in 2024: Wikipedia, Çöpler mine disaster, abrufbar unter: [https://en.wikipedia.org/wiki/Çöpler\\_mine\\_disaster](https://en.wikipedia.org/wiki/Çöpler_mine_disaster).

<sup>253</sup> Nicht erfasst ist nach Hs. 2 der Vertrieb, die Beförderung oder Lagerung des Produkts, das Ausfuhrkontrollen gemäss der Verordnung (EU) 2021/821 oder Ausfuhrkontrollen in Bezug auf Waffen, Munition oder Kriegsmaterial unterliegt, sobald die Ausfuhr des Produkts genehmigt wurde.

der Zusammenhang gewahrt ist, beurteilt sich ebenfalls anhand der zuvor erörterten Kriterien (oben [E.III.2.b](#))).

Dass die Aktivitätskette bei Dienstleistungen die Tätigkeiten der nachgelagerten Geschäftspartner eines Unternehmens nicht umfassen, wird explizit in den Erwägungen ausgedrückt.<sup>254</sup> Diese Ausnahme führt insbesondere dazu, dass beaufsichtigte Finanzunternehmen faktisch nur sehr geringfügige Sorgfaltspflichten haben,<sup>255</sup> weil die eigentlichen Gefahren im Downstreambereich liegen, beispielsweise bei den finanzierten Projekten (Mine, Staudamm, Kraftwerk). D.h. falls Allianz (welche als Versicherung ebenfalls ein Finanzunternehmen im Sinne der CSDDD darstellt)<sup>256</sup> dem US-amerikanischen Rüstungsunternehmen Lockheed Martin Corp. eine Versicherung anbietet, bestünde für alle Geschäfte der Allianz in der Upstreamaktivitätskette eine Sorgfaltspflicht, nicht aber bzgl. der Lockheed Martin Corp. selbst. Der EU-Gesetzgeber wollte die Verantwortung der unter die CSDDD fallenden Unternehmen nicht übermäßig ausweiten, indem er ihnen auch eine Sorgfaltspflicht zur Überprüfung der jeweiligen Dienstleistungsempfänger und deren geschäftlichen Aktivitäten auferlegt. Speziell für den Finanzdienstleistungssektor besteht aber nach der Offenlegungs-VO eine Offenlegungspflicht bzgl. der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken bei Investitionsentscheidungsprozessen (oben [B.I.3.a](#))).

Der gleiche Gedanke gilt auch für Produkte. Das CSDDD-pflichtige Unternehmen muss nicht kontrollieren, wie z.B. der Käufer das Produkt selbst nutzt bzw. unter welchen Bedingungen es diese weitervermarktet.<sup>257</sup> Handelt es sich bei dem Abnehmer z.B. um eine Diktatur, welche die Produkte zur Verletzung von Menschenrechten verwendet, ist der Hersteller dafür unter der CSDDD nicht mitverantwortlich.<sup>258</sup> Die Verwendung umfasst auch die Weiterverarbeitung. Wenn z.B. ein Bremsen- oder Reifenhersteller seine Produkte an einen Autohersteller verkauft, ist der Bremsen- oder Reifenhersteller für die negativen Auswirkungen der Produktion des Autos nicht verantwortlich.<sup>259</sup>

Da aber anders als bei Dienstleistungen ein Produkt meist nicht sofort beim Endnutzer ankommt, sondern erst eine gewisse Absatzkette durchläuft, musste nur für diesen Fall die Downstreamverantwortung gesondert geregelt

---

<sup>254</sup> Erwgr. 26 S. 1 CSDDD.

<sup>255</sup> Bonneau/Pillebout, *Rev. des Sociétés* 2024 (Fn. 115), Nr. 57; Hübner/Lieberknecht, *NJW* 2024 (Fn. 78), 1843; Schmidt, *NZG* 2024 (Fn. 62), 861.

<sup>256</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a) Ziff. iii), 5. Spiegelstrich CSDDD.

<sup>257</sup> Habersack/Zickgraf, *RabelsZ* 87 (2023) (Fn. 4), 603; Kropf, *BKR* 2024 (Fn. 98), 549.

<sup>258</sup> Zu § 2 Abs. 5 LkSG: Schall, in: *LkSG-Kommentar De Gruyter* (Fn. 162), § 2 Rn. 177.

<sup>259</sup> Zu § 2 Abs. 5 LkSG: vgl. Kolb, in: *LkSG-Kommentar Beck* (Fn. 162), § 2 Rn. 214; Mittwoch/Bremenkamp, in: *Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht* (Fn. 162), § 2 Rn. 812.

werden.<sup>260</sup> Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. g) Ziff. ii) CSDDD ist eine solche Verantwortung bei Produkten aber auf Vertrieb, Beförderung und Lagerung begrenzt. Weiter fordert die CSDDD, dass der Geschäftspartner diese Aktivitäten „für das Unternehmen oder im Namen des Unternehmens“ ausübt.<sup>261</sup> Der Vertrieb betrifft alle Schritte, die ein Produkt seiner endgültigen Verwendung, Weiterverarbeitung oder seinem Weiterverkauf zuführen.<sup>262</sup> Er erfolgt im Namen des Unternehmens (zweite Alternative), wenn der Geschäftspartner als dessen offener Stellvertreter auftritt (klassisch: Abschlussagent<sup>263</sup>). Schwieriger ist die Frage, wann Downstreamaktivitäten „für“ das CSDDD-pflichtige Unternehmen erfolgen (erste Alternative). Der Vertrieb erfolgt jedenfalls dann nicht mehr für das Unternehmen, wenn der Geschäftspartner ein Eigenhändler ist, der Produkte unterschiedlicher Hersteller frei erwirbt und in sein Sortiment einstellt.<sup>264</sup> Der Eigenhändler trägt erstens selbst das Absatzrisiko und ist zweitens nicht zur Wahrung der Interessen des CSDDD-pflichtigen Unternehmens verpflichtet. Stellt man primär auf das erste Kriterium des Absatzrisikos ab, wären aber auch der Abnehmer im Alleinvertriebsvertrag und Franchisenehmer nicht dem Sorgfaltspflichtenbereich des CSDDD-pflichtigen Unternehmens zugeordnet, weil beide selbst das Absatzrisiko tragen.<sup>265</sup> Für das CSDDD-pflichtige Unternehmen würde hingegen ein Kommissionär handeln, der zwar im eigenen Namen, aber nicht auf eigene Rechnung tätig wird.<sup>266</sup>

Richtiger erscheint es, das zweite Kriterium der Bindung an die Interessen des CSDDD-pflichtigen Unternehmens zugrunde zu legen, um zu entscheiden, ob der Vertrieb „für“ dieses Unternehmen erfolgt oder nicht. Die binäre Unterscheidung anhand des Absatzrisikos vernachlässigt nämlich, dass es Fälle geben kann, in denen jemand sowohl für sich als auch für jemand anderen handelt. Geschäftspartner mit eigenem Absatzrisiko können mehr oder weniger

---

<sup>260</sup> Kritisch bzgl. der Erfassung dieser Downstreamkomponente durch die CSDDD: Thomale/Schmid, *RabelsZ Online* First 9/2024 (Fn. 4), 41.

<sup>261</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. g) Ziff. ii) CSDDD. Ausgenommen sind Fälle, in denen eine besondere Ausfuhrgenehmigung erteilt wurde (ebd.).

<sup>262</sup> Martinek (Fn. 112), § 1 Rn. 1.

<sup>263</sup> Zu der Unterscheidung zwischen Vermittlungs- und Abschlussagent: Kurt Pärli, in: *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 7. Aufl., Helbing Lichtenhahn 2020, Art. 418a N. 6; zum vergleichbaren deutschen Handelsvertreterrecht: Tom Billing, in: Eckhard Flohr/Ulf Wauschkuhn (Hrsg.), *Vertriebsrecht, Kommentar*, 3. Aufl., Beck 2023, § 84 HGB Rn. 6.

<sup>264</sup> Zu Eigenhändlern: Pärli, in: *BSK OR I* (Fn. 263), Art. 418a N. 2; Christian Lenz/Andreas von Planta, in: *BSK OR I* (Fn. 263), Vor Art. 425 – 438 N. 6; Martinek (Fn. 112), § 1 Rn. 7 ff.

<sup>265</sup> Zur Zuordnung des Absatzrisikos an den Alleinabnehmer (Vertragshändler) bzw. Franchisenehmer, vgl. Marc Amstutz/Ariane Morin, in: *BSK OR I* (Fn. 263), Einl. vor Art. 184 ff. N. 113 (zum Alleinabnehmer); BGE 118 II 157 E. 2a (zum Franchisenehmer); allg. Billing, in: *Vertriebsrecht* (Fn. 263), Vorb. §§ 84 ff. HGB Rn. 12 bzw. 14.

<sup>266</sup> Art. 425 Abs. 1 OR.

stark an das CSDDD-pflichtige Unternehmen gebunden sein und eine Pflicht zur Wahrnehmung seiner Interessen haben (sog. vertikale Integration<sup>267</sup>).<sup>268</sup> Auch hier profitiert das CSDDD-pflichtige Unternehmen massgeblich von der Tätigkeit des Geschäftspartners. Es scheint daher gerechtfertigt, darauf abzustellen, wessen Interessen wahrgenommen werden, um zu ermitteln, für wen der Vertrieb erfolgt. So wird auch verhindert, dass Franchiseverhältnisse downstream pauschal von der Sorgfaltspflicht ausgenommen werden, obwohl sie als eine dem Konzernverhältnis ähnliche Struktur identifiziert und über eine besondere Schwellenregelung in der Richtlinie adressiert wurden (oben [C.II.3.](#) und unten [E.V.](#)).

Analog lassen sich auch die Fälle zur Beförderung und Lagerung lösen. Sie dienen so lange den Interessen des CSDDD-pflichtigen Unternehmens, wie sie seinen Absatzbemühungen zugeordnet sind, das Produkt also mit anderen Worten noch nicht an einen freien Händler, Weiterverarbeiter oder Endnutzer weitergegeben wurde.

Die Entsorgung des Produkts ist – in Abkehr von dem ursprünglichen Kommissionsentwurf – kein Teil der Downstreamaktivitätskette.<sup>269</sup> Damit sind Recycling, Kompostierung oder Deponierung des Produkts ausgeschlossen. Entsorgung und Recycling unterstehen aber der Herstellerverantwortung nach Art. 8 der Abfallrahmenrichtlinie sowie Spezialregelungen wie der Batterie-VO<sup>270</sup>, der Altfahrzeuge-RL<sup>271</sup>, der Elektro- und Elektronik-Altgeräte-RL<sup>272</sup> sowie der Verpackungs- und Verpackungsabfall-RL<sup>273</sup>. Die Entsorgung des Produkts selbst muss von der Entsorgung des Produktionsabfalls unterschieden werden, welche der Upstreamaktivitätskette unterfällt (oben [E.III.3.a\)bb\)](#)).

---

<sup>267</sup> Michael Martinek, Vertriebsrecht als Rechtsgebiet und Aufgabe – Zur Programmatik der neuen ZVertriebsR, ZVertriebsR 2012, 2, 5.

<sup>268</sup> Zur Typologie: Martinek (Fn. 112), § 1 Rn. 9, 11.

<sup>269</sup> Erwgr. 25 S. 2.

<sup>270</sup> Verordnung (EU) 2023/1542 vom 12. Juli 2023 über Batterien und Altbatterien, zur Änderung der Richtlinie 2008/98/EG und der Verordnung (EU) 2019/1020 und zur Aufhebung der Richtlinie 2006/66/EG, ABl. L 191 vom 28. Juli 2023, 1.

<sup>271</sup> Richtlinie 2000/53/EG vom 18. September 2000 über Altfahrzeuge, ABl. L 269 vom 21. Oktober 2000, 34.

<sup>272</sup> Richtlinie 2012/19/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über Elektro- und Elektronik-Altgeräte, ABl. L 197 vom 24. Juli 2012, 38.

<sup>273</sup> Richtlinie 94/62/EG vom 20. Dezember 1994 über Verpackungen und Verpackungsabfälle, ABl. L 365 vom 31. Dezember 1994, 10.

## 4. Bewertung

Insbesondere die Konkretisierung der Reichweite der Aktivitätskette kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Gleichwohl ist es sinnvoll, dass auf das Erfordernis einer etablierten Geschäftsbeziehung verzichtet wurde, weil sonst ein Anreiz zum häufigen Wechsel der Zulieferer geschaffen würde. Wie intensiv die Belastung für CSDDD-pflichtige Unternehmen ausfällt, hängt von der konkreten Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten ab. Im Interesse des Menschen- und Umweltrechtsschutzes ist es sinnvoll, den theoretischen Verantwortungsbereich des Unternehmens tendenziell weit zu ziehen und einen Ausgleich über die Intensität der Sorgfaltspflicht im Einzelfall zu schaffen.

### IV. Haftung für die Geschäftstätigkeit der Geschäftspartner der Tochterunternehmen

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob ein CSDDD-pflichtiges Unternehmen auch für die negativen Auswirkungen der Geschäftstätigkeit der Geschäftspartner seiner Tochterunternehmen in den Aktivitätsketten dieser Tochterunternehmen haftet. Zur Illustration kann folgender Fall dienen: Die LVMH Moët Hennessy – Louis Vuitton SE hält über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Christian Dior Italia Srl<sup>274</sup> sämtliche Anteile von Manufacturers Dior Srl. Manufacturers Dior Srl hatte Verträge mit selbstständigen Zulieferern geschlossen, die in Italien chinesische Arbeitnehmer in den Fabriken schlafen und an Maschinen ohne Schutzvorkehrungen arbeiten liessen.<sup>275</sup> Hier stellt sich die Frage, ob die LVMH SE unter der CSDDD auch für die Arbeitsbedingungen bei den Zulieferern ihrer Enkelgesellschaft Manufacturers Dior Srl haften könnte.

Unter der CSRD erfasst die konsolidierte Nachhaltigkeitsberichterstattung ausdrücklich auch die Wertschöpfungsketten der gesamten Gruppe und nicht nur die Wertschöpfungsketten des Mutterunternehmens.<sup>276</sup> Unter der CSDDD wird die Frage nach der Haftung für die Aktivitätskette des Tochterunternehmens vor allem in zwei Fällen relevant: Erstens, wenn das Tochterunternehmen selbst nicht die Schwellenwerte der CSDDD überschreitet (was bei Manu-

---

<sup>274</sup> LVMH, Fiscal Year Ended December 31, 2023, Universal Registration Document, S. 304, linke Spalte, abrufbar unter: <<https://www.lvmh.com/publications?tag=Reports>>.

<sup>275</sup> Emilio Parodi, LVMH's unit put under court administration in Italy over labour exploitation, Reuters Bericht vom 11. Juni 2024, abrufbar unter: <<https://www.reuters.com/business/retail-consumer/dior-unit-put-under-court-administration-italy-over-labour-exploitation-2024-06-10/>>.

<sup>276</sup> Art. 29a Abs. 2 lit. f) Ziff. ii) Bilanz-RL in Fassung der CSRD.

facturers Dior Srl zutreffen dürfte). Zweitens, wenn das Tochterunternehmen in einem Drittstaat sitzt und sich gegenüber diesem kein EU-Gerichtsstand begründen lässt.<sup>277</sup>

Unter der CSDDD könnte man eine solche Haftung zunächst über den Umweg der eigenen Aktivitätskette des Mutterunternehmens rekonstruieren. Indirekte Geschäftspartner müssen kein (mittelbares) vertragliches Verhältnis zu dem CSDDD-pflichtigen Unternehmen unterhalten. Allerdings müsste man dann im Einzelfall prüfen, ob Geschäftspartner in der Aktivitätskette des Tochterunternehmens auch im Zusammenhang mit der eigenen Geschäftstätigkeit des Mutterunternehmens stehen (oben [E.III.2.b](#)) und [3.](#)), was keineswegs selbstverständlich ist. Die Tätigkeit des Tochterunternehmens kann sich von dem Tätigkeitsbereich des Mutterunternehmens unterscheiden.

Alternativ könnte man einem Mutterunternehmen wie unter der CSRD pauschal die gesamte Aktivitätskette seiner Tochterunternehmen zurechnen. Der Sache nach läge das in der Logik der konsolidierten Schwellenwerte (oben [C.II.3.](#)) und der Haftung für die *gesamte* Geschäftstätigkeit des Tochterunternehmens, ohne dass es dabei auf einen Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Mutterunternehmens ankäme (oben [E.II.](#)). Ausserdem besteht Missbrauchsgefahr, wenn Unternehmen durch Kombination von Tochter und Aktivitätskette die Reichweite ihrer Sorgfaltspflichten reduzieren könnten. Wegen der Bussgeldbewährung<sup>278</sup> einer Sorgfaltspflichtverletzung ist der methodische Spielraum aber auf den Wortsinn beschränkt.<sup>279</sup> Ein erster Ansatzpunkt wäre, die Wendung „Geschäftstätigkeit der Tochterunternehmen“ (engl. „operations of their subsidiaries“, frz. „les activités de leurs filiales“)<sup>280</sup> extensiv zu verstehen und auch die Aktivitätsketten des Tochterunternehmens darunter zu fassen. Dagegen spricht aber, dass die Richtlinie für das pflichtige Unternehmen selbst zwischen dessen eigener Geschäftstätigkeit und der Geschäftstätigkeit seiner Geschäftspartner unterscheidet. Mit anderen Worten ist die Aktivitätskette kein Unterfall der eigenen Geschäftstätigkeit, sondern steht neben dieser. Der zweite Ansatzpunkt wäre, das Possessivpronomen „ihre[] Geschäftspartner“ (engl. „their business partners“, frz. „leurs partenaires commerciaux“)<sup>281</sup> extensiv zu verstehen und wegen seiner Pluralform

---

<sup>277</sup> Dazu: Eva-Maria Kieninger, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Schadensersatzklagen wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten in Lieferketten, in: Peter Jung/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), Unternehmerische Verantwortung in Lieferketten, Nomos 2023, 43, 47 ff.; Thomale/Schmid, RabelsZ Online First 9/2024 (Fn. 4), 58 f.

<sup>278</sup> Nationale Umsetzungsvorschriften zu Art. 27 CSDDD.

<sup>279</sup> Art. 49 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh.

<sup>280</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a) CSDDD.

<sup>281</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a) CSDDD.

nicht nur auf die pflichtigen Unternehmen, sondern auch auf ihre Tochterunternehmen zu beziehen (also im Sinne von Geschäftspartner der CSDDD-pflichtigen Unternehmen UND ihrer Tochterunternehmen). Dagegen spricht jedoch, dass die Richtlinie mehrmals hintereinander dasselbe Possessivpronomen verwendet, nämlich „ihre[] eigene Geschäftstätigkeit“ (engl. „their own operations“, frz. „leurs propres activités“), Geschäftstätigkeit „ihrer Tochterunternehmen“ (engl. „their subsidiaries“, frz. „leurs filiales“) und Geschäftstätigkeit „ihre[r] Geschäftspartner in den Aktivitätsketten dieser Unternehmen“ (engl. „their business partners in the chains of activities of those companies“, frz. „leurs partenaires commerciaux dans les chaînes d'activités de ces entreprises“). In den ersten beiden Fällen (eigene Tätigkeit, Töchter) bezieht sich das Possessivpronomen „ihre“ eindeutig nur auf die pflichtigen Unternehmen (Plural!). Man kann demselben Wort innerhalb desselben Satzes bei der dritten unterschiedslosen Verwendung keine andere Bedeutung als bei den ersten zwei Verwendungen zuschreiben. Eine gesetzgeberische Klarstellung, dass Unternehmen auch für die Aktivitätsketten ihrer Tochterunternehmen verantwortlich sind, wäre daher wünschenswert.

## **V. Haftung für die Geschäftstätigkeit von Franchisenehmern**

Ebenfalls fehlt im Kontext des Verantwortungsbereichs eine Sonderregel zu Franchisekonstellationen. Eigentlich hätte es in der Logik der besonderen Schwellenregelung für Franchise gelegen, Franchisenehmer den Tochterunternehmen gleichzustellen. Zwar ist – anders als mit einem Tochterunternehmen – zwischen dem Franchisegeber (CSDDD-pflichtiges Unternehmen) und dem Franchisenehmer immer ein vertragliches Verhältnis gegeben. Doch lässt sich dieses Verhältnis in dem gewählten Regelungssystem der CSDDD nur über die Aktivitätskettenregelung erfassen, womit gezwungenermaßen die Frage entsteht, wie Franchiseverträge, die aus Sicht der CSDDD-pflichtigen Unternehmen bei natürlicher Betrachtung eine Downstreambeziehung darstellen, erfasst werden können.

In der Praxis wird u.a. zwischen Produktions-, Dienstleistungs- und Vertriebsfranchising unterschieden.<sup>282</sup> Beim Produktionsfranchising stellt der Franchisenehmer Waren selbst nach den Anweisungen des Franchisegebers her.<sup>283</sup> In dieser Fallgestaltung sollte man den Franchisegeber wegen der einheitlichen Handelsmarke, unter der die Franchisenehmer die Ware verkaufen, in

---

<sup>282</sup> Zu dieser Unterscheidung: EuGH, Urt. v. 28. Januar 1986, Rs. 161/84 – Pronuptia, Rn. 13.

<sup>283</sup> EuGH, Urt. v. 28. Januar 1986, Rs. 161/84 – Pronuptia, Rn. 13.

Anlehnung an den weiten Herstellerbegriff der Produkthaftungs-RL<sup>284</sup> selbst als Produzenten ansehen (oben [E.III.3.a\)aa\)](#)). Daher kann der Franchisegeber upstream für negative Auswirkungen der Vorleistungen verantwortlich sein, im Fall von McDonald's<sup>285</sup> z.B. mögliche Kinderarbeit in der Landwirtschaft, Entwaldung durch Rindfleischproduktion oder Vertreibung indigener Gemeinschaften und lokaler Bauern für Viehzucht. Downstream erfolgt der Vertrieb durch die Franchisenehmer wegen der Interessenwahrnehmungspflicht „für“ den Franchisegeber (oben [E.III.3.b\)](#)), weshalb McDonald's wiederum für die Arbeitsbedingungen in den einzelnen Filialen sorgfaltspflichtig ist, etwa wenn die Gewerkschaftsbildung verhindert wird.

Beim Dienstleistungsfranchising bietet der Franchisenehmer hingegen „eine Dienstleistung unter der Geschäftsbezeichnung in Wort oder Bild, dem Handelsnamen oder auch dem Warenzeichen des Franchisegebers und in Übereinstimmung mit dessen Richtlinien“ an.<sup>286</sup> Beispielsweise hält AccorHotels ihre Marken Sofitel, Pullman, Novotel, Ibis, Etap oder Mercure zum Franchise bereit. Auf ihrer Webseite wird angegeben, dass sie mit 45+ Hotelmarken, 5'700 Hotels und 840'000 Zimmern in 110+ Ländern ihre Dienste zur Verfügung stellen.<sup>287</sup> Doch scheint in diesem Fall (zumindest auf den ersten Blick) der Franchisegeber selbst nur Erbringer der Dienstleistung „Franchisekonzept oder -paket“ zu sein.<sup>288</sup> Upstream wäre das Unternehmen bei dieser Betrachtung zwar für die Aktivitäten hierauf bezogener Geschäftspartner sorgfaltspflichtig, z.B. Verletzung des Arbeitsschutzes bei Erstellung der einheitlichen Internetseite. Doch liegt es auf der Hand, dass sich die eigentliche Sorgfaltspflicht gerade beim Dienstleistungsfranchising auf die Franchisenehmer konzentrieren müsste. Speziell für den Fall des Hotelgewerbes denke man etwa

---

<sup>284</sup> Art. 3 Abs. 1 RL 85/374/EWG; zur Produkthaftung speziell von Franchisenehmern als Quasi-Herstellern: Gerhard Wagner, in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 9. Aufl., Beck 2024, § 4 ProdHaftG Rn. 39.

<sup>285</sup> Zum Geschäftsmodell von McDonald's: McDonald's Corporation, 2023 Annual Report, S. 3, abrufbar unter: <[https://corporate.mcdonalds.com/content/dam/sites/corp/nfl/pdf/2023 Annual Report\\_vf.pdf](https://corporate.mcdonalds.com/content/dam/sites/corp/nfl/pdf/2023%20Annual%20Report_vf.pdf)>.

<sup>286</sup> EuGH, Urt. v. 28. Januar 1986, Rs. 161/84 – Pronuptia, Rn. 13. „Dienstleistung“ wird hier wieder in dem weiten, europäischen Verständnis verwendet: oben [E.III.2.a\)](#).

<sup>287</sup> Accor Group, About Accor, abrufbar unter: <<https://group.accor.com/en/group/who-we-are/about-us>>; All.com, Alle unsere Reiseziele: „Sämtliche Hotels werden Ihnen angeboten von Accor und unseren Partnern.“, abrufbar unter: <<https://all.accor.com/de/world/hotels-accor-monde.shtml>>.

<sup>288</sup> Zum Franchisekonzept bzw. -paket: BGE 118 II 157 E. 2c – Yves Rocher; Jan Dirk Harke, in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 9. Aufl., Beck 2023, § 581 BGB Rn. 28; Martinek (Fn. 112), § 4 Rn. 55.

an mögliche Arbeitszeitverletzungen,<sup>289</sup> hohen Wasserverbrauch,<sup>290</sup> Umweltverschmutzung durch Abfallentsorgung,<sup>291</sup> Menschenhandel<sup>292</sup> sowie Arbeitsbedingungen auf Hotelbaustellen<sup>293</sup>.

Während die *ratio legis* des Ausschlusses der Downstreamkette bei „normalen“ Geschäftspartnern darauf beruhte, die unter die CSDDD fallenden Unternehmen nicht für die eigenverantwortliche Nutzung eines Produkts oder den Einsatz einer Dienstleistung durch Dritte haftbar zu machen, lässt sich dieser Gedanke im Franchisesystem nicht wiederfinden. Im Franchisesystem vertritt der Franchisenehmer die Dienstleistung im Interesse des Franchisegebers, der das gesamte Franchisesystem ähnlich wie eine Konzernmutter steuern kann und seine eigenen Aktivitäten auf Imagebildung, Leitung und Koordination konzentriert. Beim Produktionsfranchising war es noch möglich, die Eingrenzung der Downstreamverantwortung u.a. auf den Vertrieb des Produkts durch Auslegung auch auf Franchisenehmer zu erstrecken (oben [E.III.3.b](#)). Bei Dienstleistungen sieht die Richtlinie hingegen *a priori* keine Downstreamkette vor. Im Angesicht der Bussgeldbewährung<sup>294</sup> gibt es ausserhalb der herkömmlichen Auslegungsmethoden keinen Spielraum zur Erfassung der Franchisenehmer im Dienstleistungskontext. Allenfalls könnte man die Dienstleistung durch den Franchisenehmer – erneut in Anlehnung an den weiten Herstellerbegriff der Produkthaftungs-RL (oben [E.III.3.a\)aa](#)) – als Dienstleistung des

---

<sup>289</sup> Sangheon Lee/Deirdre McCann/Jon C. Messenger, Working Time Around the World, Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective, Routledge 2007, 89, abrufbar unter: <[https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms\\_104895.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104895.pdf)>.

<sup>290</sup> Katrina Visser, Booking.com, Partner Hub, Lösungen für den Wasserverbrauch von Hotels erschliessen, Bericht vom 20. Juni 2019, abrufbar unter: <<https://partner.booking.com/de/click-magazine/trends-einblicke/lösungen-für-den-wasserverbrauch-von-hotels-erschließen>>; Sascha Rettig, Warum Dubai die Vergeudung von Wasser fast egal ist, WELT Bericht vom 21. Juli 2016, abrufbar unter: <<https://www.welt.de/reise/Fern/article157070362/Warum-Dubai-die-Vergeudung-von-Wasser-fast-egal-ist.html>>.

<sup>291</sup> Fair Unterwegs, ABC, Abfall, abrufbar unter: <<https://fairunterwegs.org/abc/abfall/>>.

<sup>292</sup> Booking.com, Partner Hub, Erkennung und Bekämpfung des potenziellen Menschenhandels mit Flüchtenden aus der Ukraine, Bericht vom 16. Mai 2024, abrufbar unter: <<https://partner.booking.com/de/rechtliche-informationen/erkennung-und-bekämpfung-des-potenziellen-menschenhandels-mit-flüchtenden>>; Neue Zürcher Zeitung, Hotelbesitzer wegen Menschenhandels inhaftiert, Bericht vom 27. Januar 2017, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/panorama/mallorca-hotelbesitzer-wegen-menschenhandels-inhaftiert-ld.142343>>.

<sup>293</sup> The Guardian, Revealed: 6,500 migrant workers have died in Qatar since World Cup awarded, Bericht vom 23. Februar 2021, abrufbar unter: <<https://www.theguardian.com/global-development/2021/feb/23/revealed-migrant-worker-deaths-qatar-fifa-world-cup-2022>>.

<sup>294</sup> Nationale Umsetzungsvorschriften zu Art. 27 CSDDD.

Franchisegebers selbst ansehen. Dann könnte man sagen, dass die Tätigkeiten der Franchisenehmer der Vorbereitung der Dienstleistung dienen und daher der Upstream- und nicht der Downstreamaktivitätskette unterfallen. Alternativ könnte man das Franchisepaket wegen der eingeräumten Lizenzrechte als unkörperliches Produkt ansehen (oben [E.III.2.a](#)), das durch die Franchisenehmer vertrieben wird (oben [E.III.3.b](#)). Die beste Lösung wäre sicherlich, wenn der EU-Gesetzgeber hier eine Klärung dadurch bringt, dass er, genau wie bei Konzernverhältnissen, die Franchisestrukturen auch hinsichtlich des Verantwortungsbereichs gesondert regelt und klarstellt, dass der Franchisegeber für die Tätigkeiten der Franchisenehmer im Zusammenhang mit dem Franchisesystem CSDDD-sorgfaltspflichtig ist.

Beim Vertriebsfranchising schliesslich verkauft der Franchisenehmer „Waren in einem Geschäft mit der Geschäftsbezeichnung des Franchisegebers“<sup>295</sup>, wie z.B. Modemobil oder BackWerk. Es kann sich sowohl um Waren handeln, die der Franchisegeber hergestellt hat, als auch um fremde Waren.<sup>296</sup> Hat der Franchisegeber die Waren selbst hergestellt, haftet er upstream und downstream wie beim Produktionsfranchising. Handelt es sich hingegen um fremde Waren, kann man den Franchisenehmer nicht als Vertreter eines Produkts *des CSDDD-pflichtigen Unternehmens* ansehen. Daher wird beim Vertrieb fremder Produkte wieder die im vorstehenden Absatz angedeutete Diskussion von Bedeutung sein, ob man die Haftung des Franchisegebers schon *de lege lata* nicht generell auf die Aktivitäten der Franchisenehmer erstrecken könnte oder dies zumindest *de lege ferenda* sollte.

## F. Ausblick und Thesen

Insgesamt hat die CSDDD viel aus den Sorgfaltspflichtendiskussionen der vergangenen Jahre gelernt und stellt einen wichtigen Fortschritt für den internationalen Menschenrechts- und Umweltschutz dar. Gleichzeitig steigen mit höheren Sorgfaltspflichten und Haftungsrisiken natürlich auch die Produktionskosten und letztlich die Verbraucherpreise. Ob die gewonnenen Vorteile die Nachteile aufwiegen, kann juristisch redlicherweise nicht beantwortet werden und wird dementsprechend auch häufig instinktiv nach politischen Präferenzen beurteilt. Wenn man sich politisch für eine materielle Sorgfaltspflichtenregulierung entscheidet, ist eine EU-weite Regelung jedenfalls besser als nationale Alleingänge, um Wettbewerbsnachteile zu reduzieren.

---

<sup>295</sup> EuGH, Urt. v. 28. Januar 1986, Rs. 161/84 – Pronuptia, Rn. 13.

<sup>296</sup> Wolfgang Kirchhoff, in: Gerhard Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., Beck 2020, § 11 Rn. 58.

Aus schweizerischer Sicht ist mit dem Schritt der EU ein wesentliches Argument für die Ablehnung der Konzernverantwortungsinitiative weggefallen, nämlich dass man nicht der Entwicklung voranpreschen wolle.<sup>297</sup> Einige der sehr grossen schweizerischen Unternehmen werden wegen ihrer engen wirtschaftlichen Verflechtungen mit der EU die relevanten Schwellenwerte überschreiten und daher der CSDDD unterstehen. Der Schweizer Gesetzgeber wird daher erwägen müssen, ob er dem europäischen Vorbild folgen sollte und für bestimmte Unternehmen unabhängig davon, ob sie ihren Hauptabsatzmarkt in der EU haben, parallele Sorgfaltspflichten und Haftungsnormen einführen will.

Mit Blick auf die drei Dimensionen des Regulierungsgegenstandes lassen sich die Erkenntnisse des vorliegenden Beitrags in den folgenden drei Thesen zusammenfassen:

1. Der rechtsformbasierte Regulierungsansatz überzeugt nicht, da er Umgehungsmöglichkeiten eröffnet. Zudem ist das Risikopotential eines Unternehmens für die Umwelt bzw. Menschenrechte nicht rechtsformabhängig. Auch das Aufgreifen der Beschäftigtenzahlen im Kontext der Schwellenwerte erscheint nicht richtig, zumal die stetig zunehmende Automatisierung der Produktionsprozesse keinen direkten Rückschluss von den Beschäftigtenzahlen auf die Grösse und Einflussmöglichkeit des Unternehmens zulässt. Sinnvoll erscheint es daher, den persönlichen Anwendungsbereich unabhängig der geführten Rechtsform ausschliesslich an den Umsatzzahlen der betreffenden Einheit anzuknüpfen (inkl. der Sonderregeln für Konzernstrukturen und Franchisesysteme).
2. Die Konkretisierung der Menschenrechte kann im Einzelfall schwierig sein, z.B. das Recht auf sichere Arbeitsbedingungen oder existenzsichernden Lohn. Als zu unbestimmt könnte sich auch die menschenrechtliche Generalklausel erweisen. Der Umweltschutz ist nur fragmentarisch geregelt. Eine explizitere Regelung in Bezug auf Klimabelange wäre wünschenswert gewesen.
3. Die wichtigste dogmatische Neuerung der Richtlinie ist die Ausweitung der unternehmerischen Haftung auf sämtliche Aktivitäten der Tochterunternehmen sowie auf Geschäftspartner, sofern deren Tätigkeiten innerhalb der Aktivitätskette stehen. Besonders bezüglich der Aktivitätskette besteht jedoch noch weiterer Konkretisierungsbedarf durch die gerichtliche Entscheidungspraxis. Ausserdem ist zweifelhaft, ob die Aktivitätsketten der Tochterunternehmen, die nicht mit der ihrer Mutterunternehmen überlap-

---

<sup>297</sup> Schroeter (Fn. 79), 140 f.

pen, nach dem geltenden Regulierungsstand der unternehmerischen Verantwortung unterfallen. Schliesslich sind auch Franchisekonstellationen mangels einer entsprechenden Sonderregelung nur ausschnittsweise erfassbar, obwohl man sie im Kontext des Anwendungsbereichs als eigenständiges Problem identifiziert hatte. In beiden Fällen, d.h. sowohl hinsichtlich der Verantwortung für Aktivitätsketten der Tochterunternehmen als auch für Franchisenehmer, sollte legislatorisch nachgebessert werden, um mögliche Schutzlücken zu vermeiden.





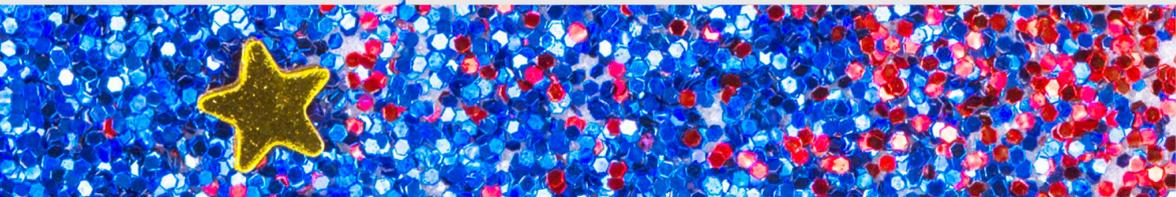
**EuZ**  
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

LEITARTIKEL:

**Astrid Epiney**  
**Die Unionsbürgerrichtlinie: Rechtliche Tragweite und Bedeutung für die Schweiz**

AUSGABE:

**10 | 2024**



# Die Unionsbürgerrichtlinie: Rechtliche Tragweite und Bedeutung für die Schweiz<sup>1</sup>

Gleichzeitig ein Beitrag zur dynamischen Rechtsübernahme im Rahmen der „Bilateralen III“

Astrid Epiney\*

## Inhalt

|      |   |      |
|------|---|------|
| A.   | <a href="#">Einleitung</a>  | J 2  |
| B.   | <a href="#">Die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) – ein Überblick</a>                                 | J 3  |
| I.   | <a href="#">Zur Tragweite der RL 2004/38</a>  | J 5  |
| II.  | <a href="#">Die Rechtslage nach der RL 2004/38 und dem FZA im Vergleich</a>                             | J 9  |
| C.   | <a href="#">Die „Bilateralen III“ – ein Überblick auf der Grundlage des <i>Common understanding</i></a> | J 16 |
| D.   | <a href="#">„Bilaterale III“ und die RL 2004/38</a>   | J 18 |
| I.   | <a href="#">Dynamische Rechtsübernahme: Grundsatz</a>   | J 18 |
| II.  | <a href="#">Zur Weiterentwicklung des FZA – unter besonderer Berücksichtigung der RL 2004/38</a>        | J 22 |
| III. | <a href="#">Exkurs: Streitbeilegung</a>   | J 23 |
| E.   | <a href="#">Schluss</a>   | J 28 |

---

\* Prof. Dr. Astrid Epiney ist Professorin für Europa- und Völkerrecht sowie schweizerisches öffentliches Recht an der Universität Freiburg/CH. Sie ist geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht und war bis Januar 2024 Rektorin der Universität.

<sup>1</sup> Dieser Beitrag beruht auf bereits früher durchgeführten Untersuchungen, welche aufgegriffen werden. S. insbesondere Astrid Epiney, Die „Bilateralen III“ und ihre möglichen Auswirkungen auf das Migrationsrecht, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, Bern 2024, 1 ff.; Astrid Epiney/Sian Affolter, Das Institutionelle Abkommen – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019, Bern 2019, 43 ff.; Astrid Epiney, Die dynamische Rechtsübernahme im Entwurf des Institutionellen Abkommens, EuZ 2021, 4 ff.; Astrid Epiney/Sian Affolter, Unionsbürgerrichtlinie und EWR. Mit einem Exkurs zum Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, EuR, Beiheft 1/2020, 173 ff.

## A. Einleitung

Seit März 2024 sind offizielle **Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU über die „Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen“**<sup>2</sup> im Gang, dies auf der Grundlage von entsprechenden Mandaten sowohl des Bundesrates<sup>3</sup> als auch der Europäischen Union.<sup>4</sup> Vorangegangen waren – im Anschluss an das Scheitern des sog. Institutionellen Abkommens (InstA)<sup>5</sup> – „exploratorische Gespräche“<sup>6</sup> zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, welche mit einem *Common Understanding* abgeschlossen wurden, das die gemeinsame Grundlage für die im Anschluss aufzunehmenden Verhandlungen bilden soll. Angesichts des in den erwähnten Dokumenten zugrundegelegten „Paketansatzes“ sowie des Ziels der Verhandlungen – wie erwähnt die „Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen“ – rechtfertigt es sich in jeder Beziehung, von (möglichen) „**Bilateralen III**“ zu sprechen.

Ein zentrales Thema in den Verhandlungen ist die **Personenfreizügigkeit** und hier insbesondere die in Aussicht genommene „Übernahme“ der sog. Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)<sup>7</sup> durch die Schweiz über eine entsprechende Änderung des Personenfreizügigkeitsabkommens, wobei im *Common Under-*

---

<sup>2</sup> So der Einführungstext des vom Bundesrat am 8. März verabschiedeten Verhandlungsmandats. Dieses sowie alle weiteren in diesem Beitrag zitierten offiziellen Dokumente des Bundesrates – unter Einschluss des sog. *Common understanding* (in der englischen Originalversion und einer inoffiziellen deutschen Übersetzung) – zu den Verhandlungen sind zugänglich auf [www.admin.ch](http://www.admin.ch).

<sup>3</sup> S. Fn. 2.

<sup>4</sup> Beschluss des Rates vom 7. März über die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft über institutionelle Bestimmungen in Abkommen zwischen der EU und der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit Bezug zum Binnenmarkt, über ein Abkommen über die Teilnahme der Schweizerischen Eidgenossenschaft an Programmen der Union und über einen Mechanismus zur Ermöglichung finanzieller Beiträge der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Ratsdokument Nr. 7031/24, abrufbar unter [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

<sup>5</sup> S. zur Ausgangslage bzw. zu den Entwicklungen im Vorfeld der jetzt laufenden Verhandlungen, m.w.N., Epiney, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024 (Fn. 1), 1 (5 ff.).

<sup>6</sup> So die Bezeichnung des Bundesrates in seinem „Bericht zu den exploratorischen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zur Stabilisierung und Weiterentwicklung ihrer Beziehungen“ vom 15. Dezember 2023.

<sup>7</sup> RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten ABl. 2004 L 158, 77. Die Bezeichnung „Unionsbürgerrichtlinie“ knüpft an den offiziellen Titel der Richtlinie, der auf „Unionsbürger“ Bezug nimmt an und wird häufig auch in den EU-Mitgliedstaaten gebraucht. Vor dem Hintergrund, dass es in der Richtlinie primär um Freizügigkeitsrechte geht, könnte aber auch der Begriff „Freizügigkeitsrichtlinie“ verwendet werden.

standing allerdings gewisse Ausnahmen und „Absicherungen“ vorgesehen sind. Dies soll zum Anlass genommen werden, auf der Grundlage eines Überblicks über den Inhalt der RL 2004/38 (B.) sowie des geplanten Vertragspakets der „Bilateralen III“ (C.) die diesbezüglichen Weichenstellungen im *Common Understanding* und damit die nach heutigem Stand erkennbaren bzw. absehbaren Inhalte des Abkommenspakets zu erörtern (D.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbetrachtung (E.).<sup>8</sup>

## B. Die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) – ein Überblick

In der Union wurde das **Freizügigkeitsrecht** durch den **Erllass der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)**,<sup>9</sup> aber auch durch die VO 492/2011<sup>10</sup>, neu gefasst. Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (FZA)<sup>11</sup> hingegen beruht noch auf der Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Unterzeichnung (21. Juni 1999), und eine Anpassung an die neue Rechtslage in der Union erfolgte nicht, dies einerseits weil die eigentlichen Freizügigkeitsrechte im Anhang I FZA geregelt sind, der nicht durch Beschluss des Gemischten Ausschusses angepasst werden kann (vgl. Art. 18 FZA), andererseits weil der Bundesrat es ablehnte, auf

---

<sup>8</sup> Zum Zeitpunkt der Redaktion dieses Beitrags (Anfang Oktober 2024) waren die Verhandlungen zu den „Bilateralen III“ noch im Gang, und beide Vertragsparteien erachteten – trotz einiger noch nicht gelöster Fragen – einen Abschluss bis Ende 2024 für möglich. Zu beachten ist weiter, dass sich die Ausführungen notwendigerweise nur (aber immerhin) auf die bislang veröffentlichten Dokumente stützen; diese – wobei in erster Linie das erwähnte *Common Understanding* sowie die Verhandlungsmandate der Schweiz und der EU im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind – stellen jedoch keinen Vertragstext bzw. keinen Entwurf eines Vertragstextes dar, sondern formulieren den grundsätzlichen politischen Konsens der (zukünftigen) Vertragsparteien bzw. die Zielsetzungen der Verhandlungen. In diesen geht es dann darum, diese Grundsätze bzw. Zielsetzungen in einen eigentlichen Vertragstext zu „übersetzen“; erst dieser wird es dann erlauben, eine fundierte und „vorläufig abschliessende“ Analyse der rechtlichen Tragweite der „Bilateralen III“ vorzunehmen, was insbesondere deshalb von Bedeutung ist, weil die erwähnten Dokumente durchaus einige Fragen offen lassen, wenn auch die grossen Linien und Grundsätze erkennbar sind.

<sup>9</sup> Fn. 7.

<sup>10</sup> VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1. Die VO 492/2011 regelt umfassend die Einzelheiten des Freizügigkeitsrechts der Arbeitnehmer sowie diverse Begleitrechte, so insbesondere gewisse Rechte von Familienangehörigen der Arbeitnehmer. Sie stellt im Verhältnis zur RL 2004/38 für Arbeitnehmer die speziellere Regelung dar.

<sup>11</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681; ABl. 2002 L 114, 6 ff.

das Anliegen der Union, das FZA an die RL 2004/38 anzupassen, einzutreten.<sup>12</sup> Damit fällt die Rechtslage im Rahmen des EU-Rechts einerseits und des Freizügigkeitsabkommens andererseits insoweit auseinander, wobei dies im Wesentlichen nur für die RL 2004/38 relevant ist, schreibt die VO 492/2011<sup>13</sup> doch die vorher geltende Rechtslage fort bzw. kodifiziert die bis dahin erfolgten Modifikationen.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden zunächst die inhaltliche Tragweite der RL 2004/38 im Vergleich zum bis dahin geltenden Unionsrecht skizziert werden (I), um auf dieser Grundlage einen vergleichenden Blick auf die im FZA verankerten Freizügigkeitsrechte zu werfen (II). Dabei kann es jedoch nicht um eine umfassende Darstellung der Unionsbürgerrichtlinie – zu der inzwischen auch zahlreiche Urteile des EuGH ergangen sind – gehen; ebensowenig kann ein umfassender Vergleich der Rechtslage auf der Grundlage der RL 2004/38 mit derjenigen nach dem FZA geleistet werden. Vielmehr geht es jeweils eher darum, die grossen Linien der mit der RL 2004/38 verbundenen Weiterentwicklungen aufzuzeigen, dies mit Hilfe einer Kategorisierung der grundsätzlichen Inhalte der Richtlinie im Vergleich zu der bis dahin geltenden Rechtslage und damit des FZA.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Vgl. hierzu, m.w.N., Christa Tobler, Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie – Reise- und Aufenthaltsrechte im Ankara-Abkommen, dem FZA Schweiz-EU und dem EWR-Recht, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Bern/Zürich 2018, 433 (443 f.); Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2016 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Bern/Zürich 2017, 69 (75).

<sup>13</sup> Fn. 10.

<sup>14</sup> Ansonsten sei zur Vertiefung einiger in diesem Beitrag aufgegriffener Fragen auf folgende Beiträge verwiesen: Christa Tobler, Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz. Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 55 ff.; Tobler, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Fn. 12), 433 ff.; Astrid Epiney/Gaëtan Blaser, L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques – un aperçu, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 37 ff.; Silvia Gastaldi, L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 121 ff.; Andreas Zünd/Thomas Hugli Yar, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 157 ff.

## I. Zur Tragweite der RL 2004/38

Beim Erlass der RL 2004/38, welche (vorbehaltlich der Sonderregelungen betreffend **Arbeitnehmer** und ihre Familienangehörigen gemäss der **VO 492/2011**<sup>15</sup>) umfassend die **Freizügigkeit der Unionsbürger** regelt, standen zwei Aspekte im Vordergrund: Einerseits sollten die das Aufenthaltsrecht regelnden sekundärrechtlichen Bestimmungen in einem einzigen Rechtsakt zusammengeführt werden,<sup>16</sup> weshalb auch in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage angeknüpft wird. Andererseits sollte die tatsächliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtert werden, indem administrative Hürden verringert werden, der Status von Familienangehörigen möglichst umfassend definiert wird, ein Recht auf Daueraufenthalt für die Unionsbürger eingeführt wird und die Möglichkeiten der Verweigerung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeschränkt bzw. präzisiert werden.<sup>17</sup>

Die RL 2004/38 regelt insbesondere folgende Aspekte:

- das **Recht auf Ein- und Ausreise** und die hierfür zulässigen Formalitäten (Art. 4, 5);

---

<sup>15</sup> Die VO 492/2011 sieht in Bezug auf die Rechtsstellung der Arbeitnehmer spezifische Rechte vor. So ist in Bezug auf die Kinder von Arbeitnehmern Art. 10 VO 492/2011 massgeblich, und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen für Arbeitnehmende richtet sich nach Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011, wobei diese Regelungen im Wesentlichen die bereits in der VO 1612/68 enthaltenen Grundsätze aufgreifen, die ihrerseits in weiten Teilen wörtlich oder sinngemäss auch in das FZA Eingang gefunden haben, vgl. insoweit im Einzelnen Epiney/Blaser, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 14), 37 ff. Ausführlich zum Verhältnis der verschiedenen sekundärrechtlichen Regelungen nach Erlass der RL 2004/38 Astrid Epiney, Rechtsgrundlagen der Migration in Europa. Zur Regelung eines „Anspruchs auf Aufenthalt“ im Völker- und Europarecht, in: Hartmut Bauer/Pedro Cruz Villalon/Julia Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, Baden-Baden 2009, 115 ff.

<sup>16</sup> So löste die RL 2004/38 insbesondere folgende Aufenthaltsrichtlinien ab: RL 90/364/EWG (allg. Aufenthaltsrecht), ABl. L 180/1990, 26; RL 93/96/EG (Studenten), ABl. L 317/1993, 59; RL 90/365/EWG (Rentner), ABl. L 180/1990, 28.

<sup>17</sup> In Bezug auf den zuletzt genannten Punkt und im Zusammenhang mit dem FZA ist von Bedeutung, dass die RL 2004/38 auch die RL 64/221 aufhob. Weiter hob sie neben den bereits in Fn. 16 erwähnten folgende Rechtsakte auf: RL 68/360, RL 72/194, RL 73/148, RL 75/34, RL 75/35. Vgl. im Einzelnen zur RL 2004/38 z.B. Aude Bouveresse/Anastasia Iliopoulou-Penot/Julie Rondu (Hrsg.), La citoyenneté européenne: quelle valeur ajoutée?, Brüssel 2023; Elspetz Guild/Steve Peers/Jonathan Tomkin, The EU Citizenship Directive. A Commentary, Oxford 2014; Martin Fleuß, Unionsbürgerschaft und Freizügigkeit, VerwArch 2022, 201 ff.; Sandrine Coursoux-Bruyère, Le sentiment d'appartenance à l'Union européenne: une citoyenneté à redéfinir, Revue de l'Union européenne 2021, 8 ff.

- das **Aufenthaltsrecht für erwerbstätige und nicht erwerbstätige Unionsbürger sowie ihre Familienangehörigen**, inklusive der entsprechenden Verwaltungsformalitäten und der Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts im Falle der Modifikation bestimmter Umstände (Art. 6 ff.);
- das Recht auf **Daueraufenthalt** für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 16 ff.);
- die **Rechte der Aufenthaltsberechtigten** (insbesondere das Recht, erwerbstätig zu sein oder eine selbstständige Tätigkeit aufzunehmen, sowie das Diskriminierungsverbot, Art. 22 ff.);
- die zulässigen **Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts** (Art. 27 ff.).

Obwohl der Titel der Richtlinie dies nahelegen könnte, werden durch die RL 2004/38 die **Unterschiede zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern** nicht im Sinne der Schaffung eines „einheitlichen Unionsbürgerstatus“ aufgehoben. Vielmehr unterscheiden zahlreiche Rechte nach wie vor zwischen diesen beiden Kategorien von Personen: So gilt für Arbeitnehmer weiterhin die spezifische und teilweise weitergehende VO 492/2011,<sup>18</sup> weiter differenziert auch die RL 2004/38 (teilweise) zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern. Nur für einen Aufenthalt unter drei Monaten gilt nach Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 für alle Unionsbürger ein ohne weitere Bedingungen und Formalitäten bestehendes Aufenthaltsrecht (unter der Voraussetzung des Besitzes eines gültigen Ausweises).

Im **Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten der RL 2004/38** können die in dieser figurierenden Bestimmungen bzw. Rechte in **fünf grosse Kategorien** eingeteilt werden:<sup>19</sup>

- Erstens knüpfen zahlreiche Bestimmungen an die bis dahin geltenden Rechtsakte an bzw. **übernehmen bereits vorher bestehende Regelungen** (wenn auch mitunter mit einer etwas abweichenden Formulierung). Zu erwähnen sind hier insbesondere folgende Rechte bzw. Bestimmungen: Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige (Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38), zahlreiche Aspekte der Rechte der Aufenthaltsberechtigten (Art. 23 RL 2004/38), die meisten Aspekte des Daueraufenthaltsrechts für Arbeitnehmende (Art. 17 RL 2004/38) und ihre Familienangehörigen (bislang unter der Bezeichnung Verbleiberechte geregelt) sowie Teile der die Beendigung des

---

<sup>18</sup> Vgl. Fn. 15.

<sup>19</sup> Wobei darüber hinaus aufgrund der Zusammenfassung der diversen Rechtsakte in einem einzigen Rechtsakt auch gewisse Systematisierungen zu verzeichnen sind.

Aufenthaltsrechts betreffenden Bestimmungen (Art. 27 ff. RL 2004/38). Soweit eine solche Anknüpfung erfolgt (wobei dies jeweils differenziert zu betrachten ist), führte der Erlass der RL 2004/38 somit nicht zu einer Modifikation der Rechtslage und auch die Rechtsprechung des EuGH zu den „alten“ Richtlinien bleibt relevant.<sup>20</sup>

- Zweitens wird in einigen Bestimmungen die **Rechtsprechung des EuGH** aufgegriffen und kodifiziert, so z.B. in weiten Teilen der Art. 27 ff. RL 2004/38, welche die Beendigung des Aufenthalts regeln, aber auch z.B. in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38, wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfe „nicht automatisch“ zu einer Ausweisung führen darf, oder im Ergebnis auch in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38, der ein Art. 18 AEUV entsprechendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert und damit auch an die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV anknüpft.<sup>21</sup>
- Drittens knüpfen einige Bestimmungen an bereits **vorher gewährleistete Rechte** an und **erweitern** diese z.B. in ihrem Umfang, wobei es eher um eine „quantitative“ denn um eine „qualitative“ Weiterentwicklung geht. Als Beispiel können hier die Regelungen betreffend die Familienzusammenführung bzw. den Familiennachzug angeführt werden: Hier wurde (nur, aber immerhin) der Kreis der nachzugsberechtigten Personen erweitert, dies unter ansonsten vollumfänglicher Anknüpfung an das bereits bis dahin verankerte „Grundkonzept“ des Familiennachzugs. Gleiches gilt für gewisse Aspekte des Daueraufenthaltsrechts bzw. Verbleiberechts für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen; hier wurden die (quantitativen) Voraussetzungen in einigen wenigen Punkten etwas gelockert.<sup>22</sup>
- Viertens wurden teilweise **bislang nicht geregelte Bereiche** präzisiert, womit eine Einschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspiel-

---

<sup>20</sup> Dies gilt dann auch für das FZA, wovon auch das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung ausgeht. S. grundlegend BGE 136 II 5. Vgl. ansonsten zur Rechtsprechung des Bundesgerichts die jährlichen Überblicke im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt Astrid Epiney/Evamaría Hunziker, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, Bern 2024, 275 ff.

<sup>21</sup> Vgl. zu Fragen der Sozialhilfe auch noch unten [B.II](#).

<sup>22</sup> Vgl. Epiney/Blaser, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 14), 37 (44).

raums einhergeht. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf die (erstmalig so in der RL 2004/38 verankerten) Regelungen betreffend Verwaltungsmodalitäten.<sup>23</sup>

- Schliesslich enthält die RL 2004/38 teilweise auch **echte Neuerungen bzw. Erweiterungen betreffend die Rechte der Unionsbürger**. Dies ist im Wesentlichen und insbesondere (neben dem erwähnten Recht auf quasi voraussetzungslosen Kurzaufenthalt von bis zu drei Monaten, Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38) in Bezug auf die Einführung des sog. Daueraufenthaltsrechts für Unionsbürger der Fall. So steht jedem Unionsbürger, der sich rechtmässig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, ein Daueraufenthaltsrecht zu (Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38). Das Recht auf Daueraufenthalt kann, wenn einmal erworben, nur durch eine Abwesenheit von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren verloren werden (Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38) und erstreckt sich auch auf drittstaatsangehörige Familienangehörige, die sich mit dem betroffenen Unionsbürger ebenfalls während fünf Jahren rechtmässig und ununterbrochen – wobei hier die gleichen Ausnahmeregelungen wie für den Unionsbürger gelten – im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben. Ein Aufenthalt gilt dann als rechtmässig, wenn er die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt, sodass nicht erwerbstätige Unionsbürger die für einen rechtmässigen Aufenthalt vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen müssen.<sup>24</sup> Ein Daueraufenthaltsrecht kann somit „nicht etwa durch einen fünfjährigen faktischen Aufenthalt gleichsam ersessen werden.“<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Bezeichnend ist in Bezug auf derartige Regelungen auch, dass das Bundesgericht mitunter durchaus auf die RL 2004/38 Bezug nimmt, um Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens auszulegen, dies jeweils mit dem Hinweis, dass die neue Rechtslage in der Union auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten sei, vgl. z.B. BGE 136 II 5. S. auch BG, 2C\_558/2009, Ur. v. 26.4.2010, wo das Bundesgericht auf Art. 8 Abs. 1-3 RL 2004/38, die bislang auch in der Union nicht explizit geregelte Pflichten der Unionsbürger zur Anmeldung o.ä. betreffen, hinweist und als Auslegungshilfe für die Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung (die für Unionsbürger bestimmte Anmeldepflichten am Wohnort vorsah) mit dem Freizügigkeitsabkommen heranzieht, indem es darauf hinweist, auch nach der RL 2004/38 seien solche, nicht im FZA geregelte Vorgaben zulässig. S. aber auch BGER 2C\_484/2022 vom 15.3.2023, wo das Bundesgericht zwar auf Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 Bezug nimmt, aber gleichzeitig darauf hinweist, es gebe „triftige Gründe“, warum bei der Auslegung des Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA die Rechtsprechung des EuGH nicht vollumfänglich heranzuziehen sei. Vgl. zu diesem Urteil Epiney/Hunziker, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024 (Fn. 20), 275 (277 ff.).

<sup>24</sup> Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-325/09 (Dias), Rn. 48 ff.

<sup>25</sup> Daniel Thym, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 (87).

## II. Die Rechtslage nach der RL 2004/38 und dem FZA im Vergleich

Wie erwähnt, ist es im vorliegenden Rahmen nicht möglich, einen umfassenden Vergleich der Rechtslage nach der RL 2004/38 einerseits und dem FZA andererseits zu leisten. Dessen ungeachtet kann in Anknüpfung an die obige Kategorisierung festgehalten werden, dass die **Unterschiede bzw. Weiterentwicklungen deutlich weniger weit gehen als oft angenommen**, was auch Implikationen für die Divergenzen zwischen der RL 2004/38 und dem FZA nach sich zieht, knüpft doch die Richtlinie in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage an oder kodifiziert die (sowieso massgebliche bzw. vom Bundesgericht beachtete) Rechtsprechung des EuGH. Im Einzelnen ist in erster Linie auf folgende Aspekte hinzuweisen:

- Die bei weitem **bedeutendste Weiterentwicklung** stellt das **Recht auf Daueraufenthalt** dar, das es in dieser Form im FZA nicht gibt. Dieses kennt vielmehr nur Verbleiberechte für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen unter gewissen Voraussetzungen, die allerdings weitgehend den in Art. 17 RL 2004/38 verankerten Rechten entsprechen,<sup>26</sup> so dass die Implikationen der RL 2004/38 insoweit nicht ins Gewicht fallen.<sup>27</sup> Deutlich wird damit auch, dass das Daueraufenthaltsrecht im Vergleich zur Rechtslage nach dem FZA im Wesentlichen für Nichterwerbstätige von Bedeutung ist.
- Sodann verankert Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 ein **voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht** in einem anderen Mitgliedstaat für einen Zeitraum von **bis zu drei Monaten** (immerhin unter der Voraussetzung des Besitzes eines gültigen Ausweises), wobei keine (unangemessene) Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen zu verzeichnen sein darf (Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38). Dem FZA ist auf den ersten Blick kein solches Recht zu entnehmen, wobei die Frage aber durch die Rechtsprechung bislang nicht klar beantwortet wurde und in der Literatur umstritten ist.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Ausführlich zu den Verbleiberechten Benedikt Pirker, Verbleiberechte gemäss dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, AJP 2023, 860 ff.

<sup>27</sup> Allerdings dürfte Art. 18 RL 2004/38, der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein Recht auf Daueraufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen einräumt, deren Rechte erweitern; eine Entsprechung im FZA ist nicht ersichtlich.

<sup>28</sup> Das Bundesgericht dürfte davon ausgehen, dass dem FZA ein voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht in einem anderen Vertragsstaat (unter der Voraussetzung des Besitzes eines gültigen Ausweises) für einen Zeitraum bis zu drei Monaten zu entnehmen ist, s. BGer, 24.1.2019, 6B\_1074/2018, E.3; BGE 145 IV 55; 143 IV 97. In der Literatur ist die Frage, ob das FZA ein solches Recht einräumt, allerdings umstritten. Vgl. zum Problembereich Peter

- In Bezug auf den **Familiennachzug** sieht Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA vor, dass auch der Lebenspartner in eingetragener Partnerschaft als Familienangehöriger anzusehen ist.
- Die Frage, ob und inwieweit (aufenthaltsberechtigten) **Unionsbürgern ohne Erwerbstätigkeit ein Anspruch auf Sozialhilfe**<sup>29</sup> zusteht, ist auf der Grundlage des **Art. 24 RL 2004/38** zu beantworten. Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 verankert ein Gleichbehandlungsgebot bzw. ein Diskriminierungsverbot und verbietet im Anwendungsbereich der Verträge (grundsätzlich) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit von Unionsbürgern, die sich aufgrund der RL 2004/38 in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten (womit auch daueraufenthaltsberechtigte Personen erfasst sind). Nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 sind die Mitgliedstaaten jedoch nicht verpflichtet, Nichterwerbstätigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts und Arbeitssuchenden Sozialhilfe zu gewähren. Der Gerichtshof hatte sich in den vergangenen Jahren verschiedentlich mit der Auslegung dieser Bestimmung auseinander gesetzt und den Anspruch von Nichterwerbstätigen auf Sozialhilfe insgesamt eher restriktiv ausgelegt; insbesondere setzt Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 ein Aufenthalts-

---

Uebersax, Freizügigkeitsabkommen und Landesverweisung, Plädoyer 1/2018, 37 ff.; Tobler, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018 (Fn. 12), 433 (445 ff.).

<sup>29</sup> Dabei umfasst der Begriff der Sozialhilfe im Sinne der RL 2004/38 „sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichtete Hilfsysteme [...], die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates belasten muss, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die dieser Staat gewähren kann“, vgl. so EuGH, Rs. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 (Brey), Rn. 61; ebenso EuGH, Rs. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 (Dano), Rn. 63. Der Begriff der Sozialhilfe ist dementsprechend weit und umfasst sowohl die „klassische“ Sozialhilfe als auch weitere beitragsunabhängige Leistungen, die der Existenzsicherung dienen, wie etwa Ergänzungsleistungen der AHV und IV, so im Zusammenhang mit dem FZA auch das BGer in BGE 135 II 265, E. 3.7; bestätigt etwa in BGer 2C\_222/2010 vom 29. Juli 2010, E. 6.2.2; BGer 2C\_407/2013 vom 15. November 2013, E. 3.3. Im Übrigen ist der Begriff der Sozialhilfe im Sinne der RL 2004/38 nach der Rechtsprechung nicht nur insofern autonom auszulegen, als allfällige Auslegungen nach nationalem Recht irrelevant sind. Vielmehr kann er auch von der Begrifflichkeit anderer EU-Rechtsakte abweichen. So fallen unter den in der RL 2004/38 verwendeten Begriff der Sozialhilfe nicht zwingend dieselben Leistungen wie unter die Sozialhilfe im Sinne der Verordnungen des koordinierenden Sozialrechts. So begründet der EuGH in EuGH, Rs. C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 (Brey), Rn. 50 ff., eine unterschiedliche Definition des Sozialhilfebegriffs in der RL 2004/38 und in der VO 883/2004 mit den unterschiedlichen Zielsetzungen der Rechtsakte. Hierzu auch Thym, NZS 2014 (Fn. 26), 81 (82 ff.).

recht nach der RL 2004/38 voraus.<sup>30</sup> Von besonderer Bedeutung ist in unserem Zusammenhang, dass Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 letztlich den bereits in Art. 18 AEUV verankerten Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aufgreift und insofern an das Primärrecht anknüpft.<sup>31</sup> Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor dem Erlass der RL 2004/38 ergibt sich aber bereits ein Anspruch auf Gleichbehandlung und damit auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe auf der Grundlage des Art. 18 AEUV, dies allerdings unter gewissen Voraussetzungen,<sup>32</sup> die in der Rechtsprechung zu Art. 24 RL 2004/38 aufgegriffen werden; vor diesem Hintergrund ist auch eine Rechtfertigung jedenfalls materieller Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit möglich.<sup>33</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Formulierung des Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 (wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen „nicht automatisch“ zu einer Ausweisung führen darf) eine Kodifizierung der Rechtsprechung darstellt.<sup>34</sup> Weiter ist zu

---

<sup>30</sup> EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 69. S. weiter aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; EuGH, Rs. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen), ECLI:EU:C:2016:114. Zur Problematik instruktiv Stamatia Devetzi/Frank Schreiber, Diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialleistungen – nur noch nach Maßgabe der Unionsbürger-Richtlinie?, ZESAR 2016, 15 ff.; Dominik Steiger, Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer – Vom Verlust der richtigen Balance zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Rechten des Einzelnen sowie der Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie, EuR 2018, 304 ff.; Maximilian Fuchs, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Sozialleistungen, ZESAR 2015, 95 ff.; Sandra Mantu/Paul Minderhoud, EU citizenship and social solidarity, MJ 2017, 703 ff.; Thomas Oberhäuser/Eva Steffen, Rechtswidriger Leistungsausschluss für Unionsbürger, ZAR 2017, 149 ff.; Constanze Janda, Steuerfinanzierte Sozialleistungen für Unionsbürger: Wer prüft das Aufenthaltsrecht?, ZESAR 2022, 407 ff.; Constanze Janda, Die Autonomie der Freizügigkeitsverordnung und das „Gespenst des Sozialtourismus“, ZESAR 2021, 3 ff.; mit Bezug zum FZA auch Tobler, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 14), 55 ff.

<sup>31</sup> S. insoweit auch Thym, NZS 2014 (Fn. 26), 81 (88), der betont, der Unionsgesetzgeber habe mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV kodifizieren wollen.

<sup>32</sup> Vgl. schon EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458; s. auch EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), ECLI:EU:C:2004:488.

<sup>33</sup> In diese Richtung geht auch die Rechtsprechung des EuGH, s. die Nachweise in Fn. 30. Aus der Literatur, m.w.N., Thym, NZS 2014 (Fn. 25), 81 (87 f.); Astrid Epiney, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, Baden-Baden 2024, § 10, Rn. 4 ff.

<sup>34</sup> S. diese Formulierung so (soweit ersichtlich) erstmals in EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458.

erwähnen, dass für **Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen** ein **umfassender Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfeleistungen** besteht, dies aufgrund der besonderen Vorschriften für Arbeitnehmende, die heute in der **VO 492/2011** figurieren, wobei die Verordnung diesbezüglich an die bis dahin geltende Rechtslage anknüpft.<sup>35</sup> Allerdings präzisiert Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 diejenigen Konstellationen, in denen die Arbeitnehmereigenschaft aufrechterhalten bleibt (mit der Konsequenz, dass auch ein diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialhilfe zu gewährleisten ist, wobei es im Ergebnis insbesondere bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit einen entsprechenden Anspruch während sechs Monaten gibt).

Betrachtet man die **Rechtslage auf der Grundlage des FZA**, so ist zu unterscheiden.<sup>36</sup> Der **Zugang von Erwerbstätigen**<sup>37</sup> zu **Sozialhilfe** ergibt sich bereits heute und im Wesentlichen **parallel wie im Unionsrecht aus dem FZA**, dies insbesondere aufgrund des Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA,<sup>38</sup> wobei auch hier Rechtfertigungen von materiellen Diskriminierungen zulässig sein können.<sup>39</sup> Gleiches gilt für Personen mit einem Verbleiberecht

---

<sup>35</sup> Zu erwähnen ist hier insbesondere Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011, wonach Arbeitnehmer und ihre aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen die gleichen sozialen Vergünstigungen (wozu auch Sozialhilfe gehört) wie inländische Arbeitnehmer geniessen. Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA übernimmt diese Bestimmung (bzw. die Vorgängerregelung) praktisch wortgleich. Vgl. zu dieser Bestimmung aus der jüngeren Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-488/21 (Chief Appeals Officer u.a.), ECLI:EU:C:2023:1013; EuGH, Rs. C-27/23 (Hocinx), ECLI:EU:C:2024:404; EuGH, Rs. C-116/23 (XXXX), ECLI:EU:C:2024:492.

<sup>36</sup> Vgl. im Einzelnen zum Problemkreis, m.w.N., Astrid Epiney, § 4. Multilaterales Migrationsrecht: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Peter Uebersax u.a. (Hrsg.), Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Basel 2022, 187 ff, Rn. 4.83 ff.

<sup>37</sup> Vgl. zur Frage des Einbezugs von Selbständigen BGer, 6.2.2020, 2C\_451/2019, E. 3.2 f.; BGer, 2.11.2015, 2C\_243/2015, E. 3.3; BGer, 13.7.2020, 2C\_430/2020, E. 4.2: Grundsätzlich müsse es die selbständige Erwerbstätigkeit erlauben, den Lebensunterhalt zu decken, sodass Selbständige nicht dauerhaft auf Sozialhilfe angewiesen sein dürften. Daher sei jeweils unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls (z.B. die Gründe für den Sozialhilfebezug und die Aussichten auf Verbesserung innert einer vernünftigen Frist) zu eruiieren, ob noch eine selbstständige Tätigkeit im Sinn des FZA (und damit ein Aufenthaltsrecht) vorliege.

<sup>38</sup> Zum Einbezug von Sozialhilfe in den Begriff der sozialen Vergünstigungen Epiney/Blaser, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 14), 37 (41); Gastaldi, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 14), 121 (132).

<sup>39</sup> So wäre eine Einschränkung des Zugangs zu Sozialhilfeleistungen auf Personen mit Wohnsitz in der Schweiz wohl zulässig, vorausgesetzt, dass die Ungleichbehandlung auf einem objektiven Grund beruht und verhältnismässig ist (vgl. Epiney/Blaser, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen (Fn. 14), 37 (41), mit Verweisen auf die Recht-

aufgrund des FZA,<sup>40</sup> während die Situation bei unfreiwillig Arbeitslosen umstritten ist; letztlich ist hier die Frage des Fortbestands der Arbeitnehmereigenschaft entscheidend (vgl. Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA).<sup>41</sup> Auch auf der Grundlage des FZA können **Arbeitssuchende** nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA von der **Sozialhilfe ausgeschlossen** werden. Für **Nichterwerbstätige** sieht **Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA** ausdrücklich vor, dass deren Aufenthaltsrecht nur so lange besteht, wie die Berechtigten die Bedingungen des Art. 24 Abs. 1 FZA erfüllen, so dass es in denjenigen Konstellationen, in denen keine ausreichenden finanziellen Mittel mehr vorhanden sind, automatisch wegfällt. Diesfalls ist der Anwendungsbereich des Abkommens nicht mehr eröffnet, womit das Art. 18 AEUV nachgebildete allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit des Art. 2 FZA (das nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>42</sup> und herrschender Lehre<sup>43</sup> parallel zu Art. 18 AEUV auszulegen ist) – nicht anwendbar ist. Da die Inanspruchnahme von Sozialhilfe dazu führt, dass die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA für ein Aufenthaltsrecht gerade nicht mehr gegeben sind, besteht auf der Grundlage des FZA somit ein „Automatismus“, der durch Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 gerade ausgeschlossen ist, was impliziert, dass auch Nichterwerbstätige einen gewissen Anspruch auf Sozialhilfe haben können. Allerdings ist diese Differenz zu relativieren: Denn die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen stellt auch nach der RL 2004/38 jedenfalls einen (gewichtigen) Anhaltspunkt dafür dar, dass die Voraussetzung der ausreichenden Existenzmittel im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 gerade nicht mehr erfüllt ist, so dass diese Inanspruchnahme zum Anlass genommen werden darf zu prüfen, ob das Aufenthaltsrecht weiter besteht. Eine Ausweisung kann dann durchaus – unter Beachtung des Grundsatzes der

---

sprechung des EuGH zu Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68, dem die Bestimmung des FZA nachgebildet ist). Als Rechtfertigungsgrund kommt das finanzielle Gleichgewicht der Systeme sozialer Sicherheit in Frage, und eine ausreichende Verbindung zum Aufnahmemitgliedsstaat wäre ein sachliches Differenzierungskriterium.

<sup>40</sup> Art. 7 VO 1251/70 und RL 75/34, auf die Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA verweist.

<sup>41</sup> So dass die Vereinbarkeit von Art. 61a Abs. 3 AIG mit dem FZA zweifelhaft ist. Vgl. aber *Bottschaft AuG*, BBl 2016 3007, 3053.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 129 I 392 E. 3.2; BGE 131 V 209; BGE 134 II 10 E. 3.6; BGE 136 II 241 E. 12; BGE 140 II 167; BGE 140 II 364; BGE 145 I 73 E. 5.3.4. S. auch EuGH, Rs. C-478/15 (Radgen), ECLI:EU:C:2016:705.

<sup>43</sup> Vgl. nur, m.w.N., Astrid Epiney/Gaëtan Blaser, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations*. Volume III. *Accord sur la libre circulation des personnes* (ALCP), Bern 2014, Art. 2 ALCP, Rn. 1 ff.

Verhältnismässigkeit – grundsätzlich zulässig sein.<sup>44</sup> Insofern kann auch aus der RL 2004/38 mitnichten ein unbeschränktes Recht Nichterwerbstätiger auf Zugang zu Sozialhilfe abgeleitet werden. Jedoch geht die Unionsbürgerrichtlinie insoweit deutlich weiter als das FZA, als im Falle des Daueraufenthaltsrechts nach Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 jedenfalls ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe anzunehmen ist, wobei dieser Anspruch letztlich eine inhärente Konsequenz der Einführung des Daueraufenthaltsrechts darstellt.

- Schliesslich sei auf die Vorgaben zur **Aufenthaltsbeendigung** hingewiesen: Art. 27 ff. RL 2004/38 regeln die Voraussetzungen, unter denen der **Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt** werden kann und formulieren einige, bereits in der (durch die RL 2004/38 aufgehobenen) RL 64/221 enthaltene Grundsätze (ausschliessliche Massgeblichkeit des persönlichen Verhaltens des Betroffenen, kein „Automatismus“ von strafrechtlicher Verurteilung und Ausweisung, vgl. Art. 3 Abs. 1, 2 RL 64/221), fügen dem aber noch eine Reihe weiterer Anforderungen bzw. Präzisierungen hinzu, so den Ausschluss wirtschaftlicher Gründe, die Massgeblichkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, die Unzulässigkeit generalpräventiver Erwägungen und die Anforderung, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38). Weiter sind bei der Entscheidung über die Ausweisung die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmass seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen (Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38). All diese Anforderungen hat der EuGH bereits auf der Grundlage der RL 64/221 bzw. der primärrechtlichen Vorschriften und in An-

---

<sup>44</sup> Zuzugeben ist allerdings, dass die Rechtsprechung hier mitunter etwas schwankt, so wenn der EuGH teilweise festhält, die RL 2004/38 erkenne eine „bestimmte finanzielle Solidarität“ der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denjenigen der anderen Mitgliedstaaten an, und es sei zu prüfen, ob die Gewährleistung der Sozialhilfe eine Belastung für das gesamte Sozialhilfesystem des betreffenden Mitgliedstaats darstelle, vgl. EuGH, Rs. C-140/12 (Brey), ECLI:EU:C:2013:337. Andere Urteile sind hier jedoch bedeutend zurückhaltender, s. insbesondere EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 69. S. weiter aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; EuGH, Rs. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen), ECLI:EU:C:2016:114. In BGER 2C\_484/2022 vom 15.3.2023, betonte das Bundesgericht, dass es das Urteil des EuGH in der Rs. C-140/12 nicht für die Auslegung des Art. 24 Anhang I FZA heranziehe, vgl. schon Fn. 23.

knüpfung an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz entwickelt,<sup>45</sup> und sie werden auch in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgericht vollumfänglich herangezogen.<sup>46</sup> Daher ist davon auszugehen, dass **27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert** und mit diesen Vorgaben **keine eigentlichen Neuerungen** verbunden sind. Insofern ist auch die neue Rechtsprechung des EuGH zu Art. 27 Abs. 1, 2, 28 Abs. 1 RL 2004/38 grundsätzlich beachtlich. Eine eigentliche Neuerung enthalten aber Art. 28 Abs. 2, 3 RL 2004/38, die für **Personen mit Daueraufenthaltsrecht** (Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38) und **Personen mit zehnjährigem Aufenthalte oder Minderjährige** (Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38) einen **weitergehenden Schutz vor Ausweisungen** vorsehen (diese darf im ersten Fall nur aus „schwerwiegenden Gründen“ der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und im zweiten Fall nur aus „zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit“ erfolgen,<sup>47</sup> womit höhere Anforderungen an den „Schweregrad“ der geforderten Gefährdung durch den Betreffenden gestellt werden). Daneben präzisieren einige weitere, in Art. 27 ff. RL 2004/38 enthaltene Vorgaben im Wesentlichen Fragen des Verfahrens und enthalten besondere Vorgaben betreffend die Gefährdung der öffentlichen Gesundheit. Mit letzteren gehen zwar gewisse Konkretisierungen des mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums einher, wobei sich ihr „Neuigkeitswert“ jedoch in Grenzen hält, und sie enthalten jedenfalls keine weiteren Anforderungen an die grundsätzliche Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung.

Damit kann im **Ergebnis** festgehalten werden, dass sich die **Weiterentwicklungen der RL 2004/38** im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage im Unionsrecht und im Freizügigkeitsabkommen im Wesentlichen aus der eine echte Neuerung darstellenden Verankerung des **Daueraufenthaltsrechts** ergeben: Dieses räumt den Berechtigten nicht nur ein Aufenthaltsrecht ein, sondern

---

<sup>45</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), ECLI:EU:C:1977:172, Rn. 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115-116/81 (Adoui et Cornuaille), ECLI:EU:C:1982:183, Rn. 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), ECLI:EU:C:1999:6, Rn. 24 ff.; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:1989:204, Rn. 17; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), ECLI:EU:C:2002:712, Rn. 40 ff.

<sup>46</sup> S. z.B. BGer 2C\_991/2017 vom 1.2.2018; BGer 2C\_401/2017 vom 26.3.2018; s. ansonsten die Nachweise bei Astrid Epiney/Daniela Nüesch, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, Bern 2018, 273 (309 ff.); Epiney/Hunziker, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024 (Fn. 20), 275 (305 ff.).

<sup>47</sup> Zu dieser „dritten Stufe“ der Einschränkungen des Aufenthaltsrechts EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), ECLI:EU:C:2010:708 (Berechnung des zehnjährigen Aufenthalts, der eine im Vergleich zu Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38 erheblich höhere „Hürde“ der Ausweisung darstelle). S. auch EuGH, Rs. C-348/09 (P.I.), ECLI:EU:C:2012:300.

bringt auch – aufgrund des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit – ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfe mit sich und zieht einen verstärkten Schutz vor Ausweisung nach sich. Daneben präzisiert Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 diejenigen Konstellationen, in denen die Arbeitnehmereigenschaft aufrechterhalten bleibt. Eigentliche weitergehende Aufenthaltsrechte werden ansonsten lediglich noch durch die weitere Fassung des Begriffs des nachzugsberechtigten Familienangehörigen vorgesehen.

### C. Die „Bilateralen III“ – ein Überblick auf der Grundlage des *Common understanding*

Auch wenn noch kein Vertragstext der „Bilateralen III“ vorliegt und noch nicht alle Fragen geklärt sind, lässt das *Common understanding* nicht nur die groben Umrisse, sondern auch die konzeptionellen und inhaltlichen Grundentscheidungen der beiden Parteien erkennen. Zusammenfassend zeichnen sich auf dieser Grundlage folgende zentrale Merkmale und **konzeptionelle Weichenstellungen** der „Bilateralen III“ ab:

- Im Gegensatz zum InstA werden nicht mehr nur die sog. institutionellen Fragen adressiert, sondern die Parteien streben den Abschluss eines **Abkommenspakets** an. Dieses umfasst gemäss Ziff. 1 *Common understanding* folgende Elemente, welche im weiteren Text präzisiert werden:
  - **institutionelle Regelungen**, welche in den bestehenden fünf Binnenmarktabkommen<sup>48</sup> sowie in künftigen Binnenmarktabkommen verankert werden sollen, wobei sie aber parallel ausgestaltet sein sollen (Ziff. 11 *Common understanding*);
  - **neue Abkommen** in den Bereichen Strom, Lebensmittelsicherheit und Gesundheit (vgl. die Präzisierungen in Ziff. 2-4 *Common understanding*);
  - **sektorische Regelungen für staatliche Beihilfen** in den Abkommen über Luft- und Landverkehr sowie im zukünftigen Stromabkommen (Ziff. 17 *Common understanding*);
  - Beteiligung der Schweiz an **Unionsprogrammen**, wie insbesondere *Horizon Europe* (Ziff. 5 *Common understanding*);

---

<sup>48</sup> Nicht ganz klar wird aus dem Dokument ersichtlich, auf welche Weise diese Verankerung erfolgen soll. Aufdrängen könnte sich hier der Abschluss von Protokollen zu den einzelnen Abkommen.

- eine Verstärkung des sog. **Kohäsionsbeitrags** der Schweiz sowie Beteiligung der Schweiz an den Kosten für Informationssysteme, zu denen sie Zugang hat (Ziff. 18, 19 *Common understanding*);
- ein **Dialog** über die Finanzmarktregulierung und ein sog. „hochrangiger Dialog“ (Ziff. 6, 7 *Common understanding*).
- Soweit die Binnenmarktverträge auf **unionsrechtliche Begriffe** zurückgreifen, sollen diese – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze – **parallel wie im EU-Recht** und damit im Einklang mit der vor und nach der Unterzeichnung der Verträge ergangenen Rechtsprechung des EuGH **ausgelegt** werden (Ziff. 8 *Common understanding*).
- Für das Funktionieren der Binnenmarktverträge sei eine **dynamische Rechtsübernahme** zu gewährleisten (Ziff. 9 *Common understanding*).
- Mit Blick auf Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Auslegung der Verträge ist ein obligatorisches **Streitbeilegungsverfahren** vorgesehen (Ziff. 10 *Common understanding*).
- Bei Verstößen gegen die Verträge soll die jeweils andere Partei verhältnismässige **Ausgleichsmassnahmen** in einem der Binnenmarktverträge ergreifen können (Ziff. 12 *Common understanding*).
- In Bezug auf die bestehenden Binnenmarktverträge werden mit Blick auf die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme **„Ausnahmen“** (*exceptions*) und teilweise (so in Bezug auf die Personenfreizügigkeit) darüber hinaus „Absicherungen“ (*safeguards*) formuliert (vgl. Ziff. 13, 14 *Common understanding* für die Personenfreizügigkeit bzw. die Arbeitnehmerentsendung, Ziff. 16 *Common understanding* für den Landverkehr).
- Für die Zeit, während die Verhandlungen zu diesem Paket laufen, werden gewisse Eckpunkte für den *modus vivendi* formuliert: So soll die Schweiz insbesondere an den Unionsprogrammen beteiligt werden und die notwendige und sinnvolle Zusammenarbeit in den Bereichen Strom und Gesundheit sichergestellt werden, dies ggf. auf einer *ad hoc*-Basis (Ziff. 20 *Common understanding*).

## D. „Bilaterale III“ und die RL 2004/38

Im Gegensatz zum InstA<sup>49</sup> adressiert das *Common understanding* die Frage nach der Relevanz der RL 2004/38: Sie ist grundsätzlich – vorbehaltlich der Einschlägigkeit von Ausnahmen – zu übernehmen, was auch für ihre Weiterentwicklungen gilt. In diesem Sinn sollen nachfolgend zunächst die Grundsätze der dynamischen Rechtsübernahme erörtert werden (I), bevor auf dieser Grundlage auf die materiellen Weichenstellungen des *Common understanding* im Bereich der Freizügigkeit (II) und die Streitbeilegung (III) eingegangen werden soll.

### I. Dynamische Rechtsübernahme: Grundsatz

Ziff. 9 *Common understanding* ist dem **Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme** gewidmet. Danach soll das gute Funktionieren der Binnenmarkt-Abkommen durch eine (beiderseitige) Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme derjenigen EU-Rechtsakte, welche eine Weiterentwicklung des in ein Binnenmarkt-Abkommen übernommenen unionsrechtlichen Besitzstands darstellen, gewährleistet werden, wobei auf die „Wahrung“ der bestehenden Ausnahmen sowie die Notwendigkeit von Ausnahmen und Absicherungen hingewiesen wird. Ausgangspunkt für die Präzisierung der **Reichweite der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme** ist somit die **Auflistung** derjenigen **Unionsrechtsakte** in den **Anhängen der Binnenmarkt-Abkommen**, welche die Schweiz zu übernehmen hat: Nur deren Weiterentwicklungen unterliegen der dynamischen Rechtsübernahme. Die Übernahmepflicht neuen EU-Rechts kommt somit nur unter der Voraussetzung zum Tragen, dass es um EU-Recht geht, welches eine Weiterentwicklung der bestehenden Abkommen darstellt. Diese Voraussetzung figuriert zwar nicht explizit in Ziff. 9 1. Satz *Common understanding*, der den Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme formuliert, ergibt sich aber in etwas verklausulierter Form aus der Passage in Ziff. 9 *Common understanding*, welche auf den Einbezug der Schweiz in die EU-Rechtsetzung Bezug nimmt, wenn dort von EU-Rechtsakten „in den von den betroffenen bilateralen Abkommen abgedeckten Bereichen“ die Rede ist.

---

<sup>49</sup> Welches mangels Konsens der Vertragsparteien die RL 2004/38 gar nicht erwähnte. M.E. sprechen an sich sehr gute Gründe dafür, dass all diejenigen Aspekte der RL 2004/38, welche spezifisch auf die Unionsbürgerschaft zurückgehen, wie insbesondere das Daueraufenthaltsrecht und die mit ihm verbundenen besonderen Rechte, nicht als Weiterentwicklung des FZA anzusehen, vgl. ausführlich Astrid Epiney/Sian Affolter, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, 24 S., Jusletter vom 11. März 2019.

Aufgeworfen wird damit die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Weiterentwicklung des Unionsrechts auch eine Weiterentwicklung der von der dynamischen Rechtsübernahme erfassten Binnenmarktabkommen darstellt. Diese sich bereits in paralleler Weise im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung sowie in Bezug auf den EWR stellende Frage – eine Rechtsfrage – war noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung (des EuGH). Im Ergebnis dürfte die Frage nach dem Vorliegen einer Weiterentwicklung des vom Anwendungsbereich eines der Bilateralen Abkommen umfassten Besitzstands im **Einzelfall** auf der Grundlage einer Analyse der rechtlichen Tragweite einerseits des in Frage stehenden Unionsrechts, das in das jeweilige Abkommen überführt wurde, andererseits des neu erlassenen Unionsrechts zu eruieren sein. Dabei wird in aller Regel eine Weiterentwicklung immer dann vorliegen, wenn ein Sekundärrechtsakt, auf den in dem betreffenden Abkommen hingewiesen wird, modifiziert wird, so dass die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Abkommen formulierten Anhänge einen entscheidenden Anhaltspunkt darstellen. Allerdings kann auch bei neuen Rechtsakten eine solche Weiterentwicklung anzunehmen sein, und nicht jede Modifikation eines in ein erfasstes Abkommen integrierten Sekundärrechtsakts muss immer zwingend eine Weiterentwicklung des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands im Sinne des betreffenden Abkommens sein. Auch ist es denkbar, dass ein neuer EU-Rechtsakt nur teilweise eine Weiterentwicklung von durch ein Abkommen erfassten Bereichen darstellt.

Vor diesem Hintergrund dürften in Bezug auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme folgende **Grundsätze** relevant sein:

- Die **Aufhebung** oder **Modifikation** eines **bestehenden Rechtsakts auf Unionsebene**, der in ein **sektorielles Abkommen integriert** ist, dürfte grundsätzlich in einem Bereich anzusiedeln sein, der von dem betreffenden Abkommen abgedeckt ist.
- Das Vorliegen eigentlicher Weiterentwicklungen dürfte grundsätzlich dann zu bejahen sein, wenn die **neue Rechtslage an die bislang geltende Rechtslage anknüpft** und die Vorgaben bzw. Rechte „in dieselbe Richtung“ fortgeschrieben werden.
- Bei neuen Rechtsakten kann eine Weiterentwicklung dann zu bejahen sein, wenn diese geltendes und in das jeweilige Abkommen übernommenes EU-Recht **ergänzen**, wobei es hier entscheidend auf die „Intensität“ des Zusammenhangs bzw. darauf, ob der neue Rechtsakt eine Art „integrierender Bestandteil“ oder eine notwendige Ergänzung der durch die Abkommen abgedeckten Bereiche darstellt, ankommen dürfte.

- **Keine Weiterentwicklung** dürfte in der Regel in denjenigen Konstellationen vorliegen, in welchen – möglicherweise auf der Grundlage anderer konzeptioneller Grundentscheidungen – **eigentliche neue Vorgaben oder Rechte** vorgesehen werden, ohne dass ein notwendiger Zusammenhang mit den bestehenden Vorgaben besteht.

Deutlich wird damit, dass die genaue Reichweite der Pflicht zur Anpassung der Abkommen an die Entwicklung des Unionsrechts durchaus Fragen aufwerfen kann und sich Abgrenzungsfragen stellen können, wobei jeweils nach dem Konnex der Modifikationen bzw. neuen Vorgaben mit dem in einem Abkommen übernommenen unionsrechtlichen Besitzstand zu fragen ist: Je loser dieser ist, desto eher dürfte das Vorliegen einer Weiterentwicklung zu verneinen sein. Es dürfte kaum möglich sein, alle Abgrenzungsfragen zweifelsfrei generell-abstrakt in einem Abkommenstext zu klären; vielmehr wird wohl eine generische Formulierung gewählt werden müssen, welche dann auf den Einzelfall anzuwenden ist, eine Konstellation, die bei Rechtsakten oder Verträgen häufig auftritt. Sollte zwischen den Parteien diesbezüglich eine Divergenz bestehen, welche nicht bereinigt werden kann, stünde das Streitbeilegungsverfahren offen.

Bei der Übernahme in die Abkommen sind die **verfassungsrechtlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren in der Schweiz** – unter Einschluss allfälliger Referenden – gebührend zu berücksichtigen. Im Gegenzug soll die Schweiz „so früh wie möglich“ in den Gesetzgebungsprozess über neue EU-Rechtsakte in den betreffenden Bereichen einbezogen werden. Damit knüpft die im *Common understanding* vorgesehene dynamische Rechtsübernahme an die bereits im InstA verankerten Grundsätze an, und es ist zu erwarten, dass der Mechanismus ähnlich ausgestaltet sein dürfte.<sup>50</sup>

Dieser Übernahmemechanismus entspricht im Wesentlichen demjenigen, der bereits heute im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung zum Zuge kommt. Er impliziert in Bezug auf die vom Institutionellen Abkommen erfassten Abkommen der Bilateralen I (sowie die zukünftigen Binnenmarktverträge) insofern eine durchaus **bedeutende Entwicklung**, als die erfassten Abkommen allesamt zwar bereits heute die Anpassung an die Rechtsentwicklung in der Union vorsehen, indem die Gemischten Ausschüsse die Anhänge modifizieren können; allerdings besteht – im Gegensatz zur Schengen-/Dublin-Assoziierung – kein rechtlich verankerter Grundsatz und keine Pflicht der Anpassung. Dabei geht es insofern nicht um eine automatische Übernahme, als die innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahren vollumfänglich durchlaufen

---

<sup>50</sup> Vgl. im Einzelnen Epiney, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024 (Fn. 1), 1 (17 ff.).

werden können. Angesichts des Umstands, dass zahlreiche unionsrechtliche Rechtsakte im Rahmen der Umsetzung einen mitunter beträchtlichen Gestaltungsspielraum einräumen, ist dies durchaus von grosser Bedeutung. Zu beachten ist weiter, dass die grosse Mehrheit der Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den erfassten Bereichen technischer Natur ist und keine wirklich wichtigen gesetzgeberischen Entscheidungen impliziert, woran auch einzelne, auch politisch bedeutsame Weiterentwicklungen – welche gerade im Bereich der Personenfreizügigkeit möglich sind – nichts ändern. Auch sei nicht unerwähnt, dass die Schweiz in zahlreichen Gebieten durchaus ein grosses Interesse an einer solchen dynamischen Rechtsübernahme hat, so insbesondere in allen Gebieten, in denen es um die Anerkennung technischer Vorschriften geht, was für den Zugang zum Binnenmarkt von zentraler Bedeutung ist. Schliesslich könnte die Schweiz auch die Übernahme einzelner Weiterentwicklungen ablehnen, dies allerdings unter Inkaufnahme allfälliger verhältnismässiger Ausgleichsmassnahmen.<sup>51</sup>

Das *Common understanding* sieht insbesondere im Bereich der Personenfreizügigkeit und der Arbeitnehmerentsendung (aber auch in anderen Bereichen) sog. „**Ausnahmen**“ vor.<sup>52</sup> Soweit diese greifen, soll der Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme nicht zur Anwendung kommen. M.a.W. soll der Schweiz garantiert werden, dass es bestimmte nationale Regelungen in jedem Fall beibehalten kann, was insbesondere auf zwei Ebenen von Bedeutung ist:

- Erstens kann die Schweiz eine solche Regelung auch im Falle einer legislativen Weiterentwicklung des EU-Rechts beibehalten. Insofern handelt es sich um eine eigentliche Ausnahme vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme.
- Zweitens kann die Schweiz diese Regelungen auch dann aufrechterhalten, falls sie mit dem geltenden Recht nicht in Einklang stehen sollten. Insofern sind sie auch gegenüber Urteilen des Schiedsgerichts bzw. der Auslegung der entsprechenden unionsrechtlichen Vorschriften durch den EuGH „immunisiert“.

Durch die Ausnahmen wird somit sichergestellt, dass die erwähnten Massnahmen oder Grundsätze jedenfalls als im Einklang mit dem entsprechenden Abkommen angesehen werden, dies auch für den Fall, dass ähnliche Massnahmen (in Zukunft) in der Union als unionsrechtswidrig eingestuft werden sollten. Insofern wird der Schweiz mit diesen Ausnahmen ein grösserer Gestaltungsspielraum eingeräumt als den EU-Mitgliedstaaten.

---

<sup>51</sup> Vgl. insoweit unten [D.III](#), im Zusammenhang mit dem Streitbeilegungsverfahren.

<sup>52</sup> Zu diesen, soweit die Personenfreizügigkeit betroffen ist, unten [D.II](#).

## II. Zur Weiterentwicklung des FZA – unter besonderer Berücksichtigung der RL 2004/38

Wie bereits erörtert, hat sich das Unionsrecht im Bereich der Freizügigkeit seit der Unterzeichnung des FZA bedeutend weiterentwickelt, wobei diese Weiterentwicklungen – mit Ausnahme der durch die Anhänge II und III FZA erfassten Bereiche – keinen Eingang in das FZA gefunden haben. Entsprechend den Grundsätzen der dynamischen Rechtsübernahme sieht das *Common understanding* grundsätzlich vor, dass bestehende und künftige „EU-Rechtsakte im Bereich der Freizügigkeit“ zu übernehmen sind, wobei die **RL 2004/38** – neben einigen weiteren Rechtsakten – explizit erwähnt wird (Ziff. 13, 14 *Common understanding*).

Gleichzeitig sind diesbezüglich aber auch „Ausnahmen“ („*exceptions*“) <sup>53</sup> vorgesehen: <sup>54</sup>

- Erstens soll der *status quo* in Bezug auf die **Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit** (vgl. Art. 5 Anhang I FZA) aufrechterhalten werden. In diesem Sinn präzisiert das *Common understanding*, dass die in Kapitel VI RL 2004/38 enthaltenen Weiterentwicklungen, welche über die bestehenden Verpflichtungen hinausgehen, wobei ausdrücklich auf den in Art. 28 Abs. 2, 3 RL 2004/38 verankerten verstärkten Schutz vor Ausweisung sowie die Rechtsprechung des EuGH zu diesen Bestimmungen hingewiesen wird, nicht von der dynamischen Rechtsübernahme erfasst sein sollen. Die genannten Bestimmungen enthalten denn auch eine eigentliche Neuerung gegenüber dem bis dahin geltenden EU-Recht. <sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Ein eigener Abschnitt ist der Arbeitnehmerentsendung gewidmet, welche in diesem Beitrag ausgespart wird. Vgl. hierzu Epiney, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024 (Fn. 1), 1 (35 ff.).

<sup>54</sup> Weder dem *Common Understanding* noch den jeweiligen Verhandlungsmandaten sind explizite Aussagen darüber zu entnehmen, wie mit den einzelnen bereits jetzt im Freizügigkeitsabkommen enthaltenen Ausnahmen umgegangen werden soll. Zu erinnern ist z.B. an Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA, wonach des Abkommen weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter Art. 24 Anhang I FZA fallenden Studierenden regelt. Ziff. 9 *Common Understanding* nimmt indessen ausdrücklich auf die „Wahrung“ der bestehenden Ausnahmen Bezug, was es – zusammen mit ihrer derzeitigen expliziten Verankerung im Abkommen – nahelegt, dass es sich hier um bereits konzedierte ausdrückliche Ausnahmen handelt, die somit auch weiterhin Bestand haben sollen. Allerdings hat die Union gleichwohl in Bezug auf Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA ihr Interesse an einer Aufgabe dieser Ausnahme formuliert, dies wohl auch angesichts des Umstands, dass die Schweiz ihrerseits das ebenfalls nicht im *Common Understanding* figurierende Anliegen einer „Schutzklausel“ formulierte.

<sup>55</sup> S.o. II.2.

- Die zweite Ausnahme betrifft das neu in die RL 2004/38 eingeführte sog. **Daueraufenthaltsrecht**: Dieses soll im Verhältnis zur Schweiz nur für Personen gelten, die sich insgesamt fünf Jahre rechtmässig als Arbeitnehmer oder Selbständige im Aufnahmestaat aufgehalten haben (unter Einschluss der Familienangehörigen), wobei eine Unterbrechung durch Zeit mit rechtmässigem Aufenthalt als Nichterwerbstätige möglich sein soll, so dass die Betroffenen nicht fünf Jahre ununterbrochen unselbständig oder selbständig tätig sein müssen. Weiter soll es möglich sein, Zeiträume von sechs Monaten oder mehr, während denen die Person vollständig auf Sozialhilfe angewiesen ist, bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen.
- Schliesslich sollen gewisse Ausnahmen von den **Sicherheitsanforderungen für Personalausweise** (vgl. Art. 3 VO 2019/1157<sup>56</sup>) gelten.

Neben den eben erwähnten „Ausnahmen“ führt Ziff. 13 *Common understanding* „**Absicherungen**“ (*safeguards*) auf: So soll eine „unangemessene Belastung für die Sozialhilfesysteme“ vermieden werden, die Voraussetzungen für die Beibehaltung des Arbeitnehmerstatus für unfreiwillig arbeitslos gewordene Personen werden in Bezug auf die Zusammenarbeit mit den öffentlichen Arbeitsverwaltungen präzisiert und verhältnismässige und nicht diskriminierende Meldepflichten für Arbeitgeber betreffend Stellenantritte sollen von der dynamischen Rechtsübernahme unberührt bleiben. Die genauen Rechtswirkungen dieser Absicherungen – welche freilich in der Sache mit der RL 2004/38 in Einklang stehen dürften – können erst auf der Grundlage des endgültigen Vertragstextes eruiert werden.<sup>57</sup>

### III. Exkurs: Streitbeilegung

In Bezug auf das Streitbeilegungsverfahren knüpft das *Common Understanding* an das bereits im InstA vorgesehene System an,<sup>58</sup> wobei aber gewisse Aspekte

---

<sup>56</sup> VO 2019/1157 zur Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise von Unionsbürgern und der Aufenthaltsdokumente, die Unionsbürgern und deren Familienangehörigen ausgestellt werden, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, ABl. 2019 L 188, 67. Die Verordnung wurde zwar im März 2024 vom EuGH wegen unzutreffender Rechtsgrundlage für ungültig erklärt (EuGH, Rs. C-61/22, Landeshauptstadt Wiesbaden, ECLI:EU:C:2024:251); es ist jedoch zu erwarten, dass sie weitgehend identisch mit zutreffender Rechtsgrundlage neu verabschiedet werden wird.

<sup>57</sup> Vgl. zum Problemkreis Epiney, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024 (Fn. 1), 1 (32 ff.).

<sup>58</sup> Zu diesem im Einzelnen Benedikt Pirker, Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, Jusletter vom 3.6.2019; Benedikt Pirker, Das Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen zwischen Eigenständigkeit und Autonomie, ASA Bulletin 2019, 592 ff.; Yann Fauconnet, Streitbeilegungsmechanismus im Institutionellen Abkommen, Jusletter vom

präzisiert werden sollen.<sup>59</sup> Auf der Grundlage des *Common understanding* dürften für das Verfahren folgende **Grundsätze** und **Verfahrensschritte** zur Anwendung kommen:

- Der **Anwendungsbereich** des Streitbeilegungsverfahrens bezieht sich auf die „**Binnenmarktabkommen**“, in denen das Verfahren jeweils geregelt werden soll. Erfasst sind damit die Abkommenstexte mitsamt den Anhängen. Eine Auslegung der Abkommen liegt auch dann vor, wenn es um die Frage geht, ob ein bestimmter neuer EU-Rechtsakt Teil der Weiterentwicklung des von dem jeweiligen Abkommen erfassten Bereichs ist, eine Problematik, die sich sowohl „positiv“ als auch „negativ“ stellen kann.
- Ganz allgemein dürfte das **Schiedsgericht** selbst über seine **Zuständigkeit entscheiden**.
- Das **Verfahren** dürfte im Wesentlichen wie folgt ablaufen:
  - Treten zwischen den Vertragsparteien Differenzen betreffend die Auslegung oder Anwendung des betreffenden Abkommens auf, wäre zunächst im **Gemischten Ausschuss** eine Einigung zu suchen, so dass der erste Schritt in jedem Fall ein politischer wäre.

---

12.4.2021; Jens Brauneck, Sanfter Hegemon EU: Der Streitbeilegungsmechanismus im Institutionellen Abkommen EU-Schweiz, *EuZW* 2021, 149 ff.; Thomas Cottier, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung, in: Epiney/Emanuel Zlatescu (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021*, Bern/Zürich 2021, 353 ff.; s. auch Astrid Epiney, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, *Jusletter* vom 17. Dezember 2018, Rz. 45 f.; Christa Tobler, Erneuerte institutionelle Regeln zur Durchsetzung des bilateralen Rechts im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht und EU-Recht?, *FS Stephan Breitenmoser*, Basel 2022, 1165 (1168 f.).

<sup>59</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass dieses Modell auch in anderen Abkommen der EU mit Drittstaaten zu finden ist, darunter nicht nur osteuropäische Staaten, sondern auch Grossbritannien. Vgl. für einen Überblick Andreas Th. Müller, Was sind „concepts of Union law“? – Zur Anrufungspflicht des Schiedsgerichts nach dem *Common Understanding*, in: Epiney/Progin-Theuerkauf/Dahinden/Durkam (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024*, Zürich 2024, 535 (543 ff.); s. auch Benedict Vischer, Feilen am Streitbeilegungssystem in den bilateralen Beziehungen, *Jusletter* vom 22. Januar 2024, Rn. 3; Rocky Glaser, Die Autonomie der Unionsrechtsordnung als Schranke der unionalen Unterwerfung unter eine internationale Gerichtsbarkeit – Versuch einer Konturierung anhand des Abkommens über Handel und Zusammenarbeit zwischen EU und Vereinigtem Königreich, *EuR* 2022, 460 ff.; Frederike Hirt, Stellung und Bedeutung des EuGH im Austrittsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich, *ZEuS* 2021, 277 ff.; Christoph Maubernard, *Le règlement des différends entre l'Union européenne et le Royaume-Uni après son retrait : un voyage vers l'inconnu*, *RUE* 2020, 417 ff.

- Kommt eine solche Einigung der Vertragsparteien innerhalb einer bestimmten Frist nicht zustande, könnte jede Vertragspartei ein **paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht**. Eine Möglichkeit Einzelner oder nationaler Gerichte, das Schiedsgericht anzurufen, ist nicht vorgesehen.
- Falls die dem Schiedsgericht vorgelegte Streitigkeit die **Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten**, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene **unionsrechtliche Begriffe** betrifft, müsste das Schiedsgericht den **EuGH** anrufen, der über deren Auslegung zu entscheiden hätte.<sup>60</sup> Diese Pflicht soll somit nur unter einer doppelten Voraussetzung zum Zuge kommen: Erstens muss es um in das betreffende Abkommen übernommene EU-Rechtsbegriffe gehen.<sup>61</sup> Solche liegen zweifellos dann vor, wenn auf einen EU-Sekundärrechtsakt verwiesen wird; fraglich kann das Vorliegen eines unionsrechtlichen Begriffs aber sein, wenn es lediglich um parallele Formulierungen wie im Unionsrecht geht. Hier ist dann jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um einen unionsrechtlichen oder um einen „autonomen“ Begriff handelt.<sup>62</sup> Ausdrücklich und insoweit im Vergleich zum InstA prä-

---

<sup>60</sup> Vgl. im Einzelnen instruktiv zu den verschiedenen sich in diesem Kontext stellenden (Auslegungs-) Fragen Müller, SJER 2023/2024 (Fn. 59), 535 ff.; s. auch schon (mit Bezug zum InstA, bei welchem diese Fragen freilich parallel gelagert waren) Pirker, ASA Bulletin 2019 (Fn. 58), 592 ff.

<sup>61</sup> Die Frage, ob ein bestimmter EU-Rechtsakt eine Weiterentwicklung des Personenfreizügigkeitsabkommens darstellt, könnte zumindest grundsätzlich wohl vom Schiedsgericht allein entschieden werden, da es hierbei um die Auslegung des Abkommens als solches geht; nicht ausgeschlossen ist indessen eine vorfrageweise Relevanz eines unionsrechtlichen Begriffs.

<sup>62</sup> Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob das Schiedsgericht auch dann vorlegen müsste, wenn es zur Ansicht gelangt, es gehe zwar um einen unionsrechtlichen Begriff, welcher aber – aufgrund der sog. Polydor-Rechtsprechung – abweichend vom EU-Recht auszulegen ist. Auch wenn diese Konstellation gerade in den Binnenmarktverträgen sehr selten vorkommen dürfte, da diese ja gerade die „Teilintegration“ der Schweiz in den Binnenmarkt bezwecken, so dass Ziel und Zweck der Abkommen in aller Regel für eine parallele Auslegung sprechen (s. insoweit nur Epiney, in: Ausländerrecht (Fn. 36), § 4, Rn. 4.32 ff., m.w.N.), ist sie doch von einem gewissen, auch grundsätzlichen Interesse mit Bezug zum Spielraum des Schiedsgerichts. Vgl. insoweit Pirker, Jusletter vom 3. Juni 2019 (Fn. 58), Rn. 12; Marco Muser/Christa Tobler, Schiedsgerichte in den Aussenverträgen der EU – Neue Entwicklungen unter Einbezug der institutionellen Verhandlungen Schweiz-EU, Jusletter vom 28. Mai 2019, Rn. 63; Vischer, Jusletter vom 22. Januar 2024 (Fn. 59), Rn. 35 ff.; Sebastian Heselhaus,

zisierend hält das *Common understanding* fest, dass eine Anrufung des EuGH nicht erfolgen soll, wenn es um einen Bereich bzw. eine Bestimmung geht, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme von der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme fällt, so dass die Auslegung der rechtlichen Tragweite der Ausnahmen in die alleinige Kompetenz des Schiedsgerichts fallen soll, wobei sich hier in Bezug auf die genaue Reichweite der Anrufungspflicht gewisse Fragen stellen.<sup>63</sup> Wird das Vorliegen eines EU-Rechtsbegriffs bejaht, muss dessen Auslegung – zweitens – für die Entscheidung der Streitigkeit relevant und notwendig sein. Damit dürften hier letztlich die im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens entwickelten Grundsätze – unter Einschluss des Grundsatzes des *acte clair*<sup>64</sup> – zum Zuge kommen.<sup>65</sup>

- Jedenfalls ist die **Anrufungspflicht** durch das **Schiedsgericht** zu entscheiden, dies wohl unter Einschluss der Frage, ob ein in das je-

---

Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen, EuZ 2022, S. 1, 26 (welche ebenfalls grundsätzlich bei einem Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe auch die Vorlagepflicht bejahen bzw. vom Grundsatz einer parallelen Auslegung ausgehen); s. aber auch mit guten Gründen die andere Akzentsetzung bei Cottier, SJER 2020/2021 (Fn. 58), S. 353, 364 ff. (wobei hier nicht überzeugend ist, dass bei gewissen unionsrechtlichen Konzepten, wie insbesondere denjenigen der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit, keine parallele Auslegung – in den Binnenmarkt abkommen – wie im EU-Recht gefordert sei).

<sup>63</sup> So ist die Formulierung im *Common understanding* etwas missverständlich, da dieses darüber hinaus noch verlangt, dass keine Auslegung oder Anwendung unionsrechtlicher Begriffe zur Debatte steht. Fraglich ist, was hiermit gemeint sein könnte, da bei der Verneinung des Vorliegens unionsrechtlicher Begriffe die Anrufungspflicht bereits nach den allgemeinen Grundsätzen nicht zur Anwendung kommt. Auch darüber hinaus ist denkbar, dass die Auslegung von Ausnahmen zumindest vorfrageweise unionsrechtliche Begriffe beschlägt. Insofern ist auch auf Erw. 10 des Verhandlungsmandates der Union zu verweisen, in der betont wird, das Schiedsgericht solle dem EuGH Fragen zur verbindlichen Entscheidung vorlegen, wenn die Anwendung von Bestimmungen der Abkommen mit Bezug zum Binnenmarkt Begriffe des Unionsrechts, dies einschliesslich möglicher Ausnahmen und Garantien, umfasst. Vgl. zur Problematik Müller, SJER 2023/2024 (Anm. 59), 535 (553 ff.). S. auch Matthias Oesch, Der EuGH und die Schweiz, Zürich 2023, 151 f., 165; Stephan Breitenmoser, Das Scheitern des Institutionellen Rahmenabkommens (InstA) zwischen der Schweiz und der EU: Gründe und Ausblick, in: Epiney/Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich 2021, 325, 337 f., 342; Cottier, SJER 2020/2021 (Fn. 58), 353, 361 ff.

<sup>64</sup> Grundlegend EuGH; Rs. C-283/81 (CILFIT), ECLI:EU:C:1982:335; s. aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH, Rs. C-561/19 (Consorzio Italian Management), ECLI:EU:C:2021:799.

<sup>65</sup> Vgl. im Einzelnen und ähnlich wie hier Müller, SJER 2023/2024 (Fn. 59), 535 (551 ff.).

weilige Abkommen übernommener unionsrechtlicher Begriff parallel wie im Unionsrecht auszulegen ist oder nicht.<sup>66</sup>

- Das **Urteil des EuGH** wäre für das Schiedsgericht **bindend**. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Verbindlichkeit lediglich auf die Auslegung der betreffenden unionsrechtlichen Vorschrift bezieht, während ihre **Anwendung auf die Streitigkeit dem Schiedsgericht** obläge, das letztlich über die konkrete Streitfrage entscheiden müsste.
- Das **Urteil des Schiedsgerichts** wäre für die **Parteien bindend**.
- Dessen ungeachtet adressiert das *Common understanding* – wie auch schon das InstA – die **Möglichkeit der Nichtbeachtung des Urteils**: Falls die unterlegene Partei nämlich einen Schiedsspruch nicht akzeptiert bzw. sich nicht an diesen hält, soll die andere Vertragspartei **Ausgleichsmassnahmen** in einem der Binnenmarktverträge ergreifen können. Die Verhältnismässigkeit dieser Ausgleichsmassnahmen soll vom Schiedsgericht überprüft werden können, wobei in den Verhandlungen noch zu klären sein wird, ob die Ausgleichsmassnahmen erst nach einer gewissen Frist – innerhalb derselben das Schiedsgericht ggf. über ihre Vereinbarkeit mit dem betreffenden Abkommen entscheiden könnte – ergriffen werden dürfen. Jedenfalls könnte das Schiedsgericht wohl auch prüfen, ob das Ergreifen der Ausgleichsmassnahmen *per se* gerechtfertigt gewesen wäre, so dass es auch um die Frage gehen könnte, ob die andere Vertragspartei das Urteil des Schiedsgerichts tatsächlich nicht befolgt hat.

Deutlich wird damit, dass dieses Verfahren in Bezug auf die Zusammenarbeit des Schiedsgerichts mit dem EuGH dem **Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) nachgebildet** werden soll: Das Verfahren soll obligatorisch für die Parteien sein, die sich nicht einseitig der Jurisdiktion des Schiedsgerichts und damit (indirekt) des EuGH entziehen könnten. Indessen sind auch bemerkenswerte Besonderheiten zu verzeichnen: Insbesondere weist das Verfahren – insoweit im Gegensatz zu Art. 267 AEUV – gewisse politische Elemente auf. So wäre zunächst nach Möglichkeit auf politischer Ebene eine für beide Parteien annehmbare Lösung zu suchen; sodann würden bei der Einleitung des Verfahrens, insbesondere der Befassung des Schiedsgerichts, politische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, könnten die Vertragsparteien doch auf die Einleitung verzichten. Einzelne bzw. betroffene Wirtschaftsteilnehmer könnten weder direkt noch indirekt ein Verfahren einleiten. Aber auch die implizit

---

<sup>66</sup> Insoweit wohl a.A. Müller, SJER 2023/2024 (Fn. 59), 535 (547 ff.).

im Abkommen vorgesehene Möglichkeit, sich dann doch nicht an das Urteil des Schiedsgerichts zu halten, dies aber um den Preis von Ausgleichsmassnahmen, weist letztlich einen politischen Charakter auf. Vor diesem Hintergrund und angesichts der wegen der zahlreichen Verfahrensschritte zu gewärtigenden langen Dauer des Streitbeilegungsverfahrens ist nicht zu erwarten, dass es allzu oft zu einer Befassung des Schiedsgerichts kommen würde, haben die Vertragsparteien doch ein sehr grosses Interesse an einer einvernehmlichen Lösung möglicher Differenzen. Gleichwohl sollte die Bedeutung der Möglichkeit der Einleitung eines Schiedsverfahrens nicht unterschätzt werden, steht damit doch beiden Vertragsparteien der Weg einer verbindlichen und nicht politisch geprägten Streitbeilegung zur Verfügung, was eine gewisse Vorwirkung entfalten dürfte und übrigens gerade für den schwächeren Vertragspartner, die Schweiz, von überragender Bedeutung ist.<sup>67</sup>

## E. Schluss

Die **RL 2004/38** dürfte von **grosser Bedeutung für die Schweiz** sein, sollten die „Bilateralen III“ abgeschlossen werden. Indessen sollten die „**echten**“ **Weiterentwicklungen**, welche mit dieser Richtlinie einhergehen, und die Differenzen zum FZA **nicht überbewertet** werden. Die auf der Grundlage des *Common understanding* erkennbaren Grundsätze und die dort formulierten Ausnahmen – welche insbesondere das Daueraufenthaltsrecht, die wohl bedeutendste Neuerung der RL 2004/38, betreffen – führten dazu, dass die Personenfreizügigkeit zwar weiterentwickelt würde und gewisse neue Rechte verankert würden, welche jedoch insgesamt den Charakter des FZA als primär – indessen nicht nur, kommen doch auch Nichterwerbstätigen gewisse Rechte zu – die Freizügigkeit von Erwerbstätigen regelndes Vertragswerk nicht in Frage stellen dürften.

In **institutioneller Hinsicht** stellen die **dynamische Rechtsübernahme** und die **Streitbeilegung** zwar eine **echte qualitative Weiterentwicklung des Bilateralen Weges** im Allgemeinen und der Personenfreizügigkeit im Besonderen dar. Dessen ungeachtet sollten die **effektiven tatsächlichen Differenzen zum status quo nicht überschätzt** werden, zumal die Möglichkeit des „Ausscherens“ – freilich um den Preis verhältnismässiger Ausgleichsmassnahmen – besteht. Jedenfalls sind die Grundsätze der dynamischen Rechtsübernahme

---

<sup>67</sup> S. insoweit auch den Vergleich des in Aussicht genommenen Streitbeilegungsverfahrens zum *status quo* bei Astrid Epiney, Rechtsschutz und Streitbeilegung im Bilateralen Recht. Zu den Implikationen eines Einbezugs des EuGH im Vergleich zum *status quo*, Jusletter vom 19.12.2022.

und der Streitbeilegung kaum verhandelbar, stellen sie doch nach Ansicht der Union – und wohl auch in der Logik des Binnenmarktes – notwendige Voraussetzungen der Teilnahme eines Drittstaats am EU-Binnenmarkt dar.

Insgesamt ist es daher zielführend (so eine stabile Regelung der Beziehungen Schweiz – EU auf der Grundlage der Bilateralen Abkommen und eine Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt angestrebt werden), einerseits die Rolle des EuGH bei der Streitbeilegung (soweit es um die Auslegung übernommenen Unionsrechts geht) sowie den Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme zugrunde zu legen, gleichzeitig aber andererseits über die Regelung materieller Fragen den zentralen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen; es wird darum gehen, auf der Grundlage des *Common understanding* im Vertragswerk einen entsprechenden, für beide Parteien akzeptablen Ausgleich zu suchen. Nicht zu verkennen ist freilich, dass es weder möglich sein wird, allen „Wünschen“ der Schweiz auf diese Weise Rechnung zu tragen (so ist fraglich, ob die von der Schweiz angestrebte „Schutzklausel“<sup>68</sup> realisierbar ist), noch in Bezug auf alle denkbaren Auslegungsfragen in den Abkommen eine in jeder Beziehung klare Antwort zu geben. Gerade letzteres ist jedoch kein Alleinstellungsmerkmal der Abkommen mit der Union; vielmehr können Rechtstexte im Allgemeinen und mitunter durch Kompromissformulierungen geprägte internationale Abkommen im Besonderen in keiner Konstellation so gestaltet werden, dass mit letzter Sicherheit alle, sich häufig auch erst in Zukunft stellenden Auslegungsfragen beantwortet werden können. Insofern geht es letztlich darum, ein Verhandlungsergebnis in seiner Gesamtheit zu würdigen und eine Interessen- und Risikoabwägung unter Einbezug aller relevanter Gesichtspunkte (zu denen übrigens auch die Frage nach den Risiken eines Nichtzustandekommens eines Vertrages zählt) vorzunehmen. Es bleibt zu hoffen, dass diese Abwägung im Falle erfolgreicher Verhandlungen über „Bilaterale III“ möglichst rational auf der Grundlage der möglichst objektiv zu eruierten Faktenlage erfolgen kann und hierbei auch berücksichtigt wird, dass die Verrechtlichung von Konfliktlösungen auf internationaler Ebene nicht nur einen Gewinn an Rechtssicherheit für alle Beteiligten mit sich bringt, sondern auch eine Absage an das „Recht des Stärkeren“ bedeutet, was in erster Linie den politisch oder wirtschaftlich weniger mächtigen Staaten dient. Daneben dürfte es auch im Interesse der Schweiz sein, in Zeiten globaler Umwälzungen und Unsicherheiten ihre Beziehungen zu ihrem bedeutenden Nachbarn, dessen Werte sie teilt, möglichst stabil zu gestalten.

---

<sup>68</sup> Vgl. Punkt 8.3 des Verhandlungsmandats der Schweiz: „Die Schweiz ist bestrebt, die Mechanismen des FZA zur Bewältigung unerwarteter Auswirkungen zu konkretisieren.“



# Euz

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

26. Jahrgang

**Herausgeber**

Europa Institut an der  
Universität Zürich  
Hirschengraben 56  
8001 Zürich  
Schweiz  
[eiz@eiz.uzh.ch](mailto: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. Dr. Dr. h.c. Yeşim M. Atamer, Universität Zürich (Vertrags- und Handelsrecht); 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. Andreas Heinemann, Universität Zürich (Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht); Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, Universität Luzern (Umwelt, Energie); Prof. Dr. Bernd Holznapel, Universität Münster (Telekommunikation, Medien); Prof. (em.) 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 Heidelberg (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. 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: 01/2024: Alexander Grey, [Pexels](#); 02/2024: Ricardo Gomez Angel, [Unsplash](#); 03/2024: svstudioart, [Freepik](#); 04/2024: [Freepik](#); 05/2024: Teemu Paananen, [Unsplash](#); 06/2024: Waldemar, [Unsplash](#); 07/2024: Wu Yi, [Unsplash](#); 08/2024: Rafael Classen rcpphotos-tock.com, [Pexels](#); 09/2024: Maksim Romashkin, [Pexels](#); 10/2024: [Freepik](#)

**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 1/2024, 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](mailto:eiz@eiz.uzh.ch)

AUTORINNEN / AUTOREN:

**Yeşim M. Atamer / Chayanis Aueamnuay /  
Carmen Berjón / Livio Bundi / Astrid Epiney /  
Ilaria Espa / Stella Galehr / Christos V.  
Gortsos / Luca Graf / Andreas Heinemann /  
Maya Hertig Randall / Dorian Jano /  
Brigitta Kratz / Christina Neier / Manolis E.  
Perakis / Ralph Weber / Patrick Wittum**