

EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

HERAUSGEBER:

Tobias Baumgartner
Andreas Kellerhals
Wesselina Uebe

Jahrbuch 2022

Hrsg:
Tobias Baumgartner
Andreas Kellerhals
Wesselina Uebe

EuZ
Zeitschrift für Europarecht
Jahrbuch 2022

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

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

ISBN:

978-3-03805-558-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-559-4 (PDF)

978-3-03805-560-0 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-euzJB2022>

Version: 1.02 – 20230120

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

<https://eizpublishing.ch/publikationen/euz-zeitschrift-fuer-europarecht-jahrbuch-2022/>.

Vorwort

Das vorliegende Jahrbuch umfasst die Leitartikel der EuZ – Zeitschrift für Europarecht aus dem Jahr 2022. Die EuZ berichtet in nunmehr 24. Jahrgängen über die jüngsten Entwicklungen im Recht der EU sowie über die Beziehungen der Schweiz zur EU. Im Rahmen wissenschaftlicher Beiträge analysieren renommierte 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 (www.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 der vorliegenden Beiträge bestens für Ihre Beiträge und das Vertrauen in unser neues Veröffentlichungsformat, mit dem wir den Verbreitungsradius der EuZ enorm vergrössern konnten.

Zürich, Januar 2023

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

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

Wesselina Uebe
Dr. iur.,
Rechtsanwältin

Inhaltsübersicht

Der Artificial Intelligence Act der EU: Ein risikobasierter Ansatz zur Regulierung von Künstlicher Intelligenz – mit Auswirkungen auf die Schweiz	A 1
Dr. ANGELA MÜLLER	
Künstliche Intelligenz: Regulatorische Überlegungen zum „Wie“ und „Was“	B 1
Prof. Dr. ROLF H. WEBER	
Sustainable Finance: The Regulatory Concept of Greenwashing under EU Law	C 1
Dr. TADAS ZUKAS / Dr. UWE TRAFKOWSKI	
Die Europäische Union ist um der Menschen willen da	D 1
Prof. Dr. PETER M. HUBER	
EU-Entsenderecht zwischen Markt und Sozialschutz – Neuere Rechtsprechung des EuGH zu Sanktionen und zum grenzüberschreitenden Verkehr	E 1
Prof. Dr. KURT PÄRLI	
Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen	F 1
Prof. Dr. SEBASTIAN HESELHAUS	
Digital Money – Taxonomy and Regulatory Approaches	G 1
Prof. Dr. CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT / Prof. Dr. ROLF H. WEBER	
„From Farm to Fork“ – Schwerpunkte der EU-Lebensmittelrechtspolitik bis 2024	H 1
Prof. Dr. MATTHIAS HORST	

**Die „Konditionalitätsregelung“ zum Schutz des Haushalts
der EU vor Verstößen gegen die Grundsätze
der Rechtsstaatlichkeit**

I 1

Prof. Dr. Dr. Dr. WALDEMAR HUMMER

**Mit Kanonen auf Spatzen: Die geplante Reform des
Schengen-Systems**

J 1

Prof. Dr. SARAH PROGIN-THEUERKAUF

Die Fintech-Massnahmen der EU und das „Finanzinstrument“

K 1

Prof. Dr. THOMAS JUTZI / ANDRI ABBÜHL

**Schutz der Gesundheit in der Europäischen Gesundheitsunion – Ist
die Europäische Union auf zukünftige grenzüberschreitende
Gesundheitsgefahren vorbereitet?**

L 1

Prof. Dr. CLAUDIA SEITZ

**Differentiated Integration in the European Union: Trends
and Patterns**

M 1

Prof. Dr. FRANK SCHIMMELFENNIG / Prof. Dr. THOMAS WINZEN

Autorenverzeichnis

ANDRI ABBÜHL, MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht, Universität Bern.

Prof. Dr. iur. SEBASTIAN HESELHAUS, Ordinarius für Völkerrecht, Europarecht, Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung, Universität Luzern, Direktor der Lucerne Academy for Human Rights Implementation und Ko-Direktor des Center for Law and Sustainability.

Prof. Dr. MATTHIAS HORST, ehemals Honorarprofessor an der Universität Bonn und Mitglied des Verwaltungsrates der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA), und heute Anwalt bei ZENK Rechtsanwälte, Berlin.

Prof. Dr. iur. PETER M. HUBER, Richter des Bundesverfassungsgerichts (Zweiter Senat), Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie, Ludwig-Maximilians-Universität München.

em. o. Univ.-Prof. Dr. iur., Dr. rer. pol., Dr. phil. WALDEMAR HUMMER, Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck.

Prof. Dr. iur. THOMAS JUTZI, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht, Universität Bern.

Dr. iur. des. ANGELA MÜLLER, Leiterin von AlgorithmWatch CH / Head of Policy & Advocacy bei AlgorithmWatch, Zürich.

Prof Dr. iur. KURT PÄRLI, Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel.

Prof. Dr. iur. SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Ordentliche Professorin für Europarecht und europäisches Migrationsrecht, Universität Freiburg.

Prof. Dr. iur. CLAUDIA SEITZ, M.A. (London), Rechtsanwältin, Gastprofessorin, Universität Gent sowie Lehrbeauftragte, Universitäten Basel, Bonn und Private Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL).

Prof. Dr. FRANK SCHIMMELFENNIG, Professor für Europäische Integration und Politik der Europäischen Union, ETH Zürich.

Dr. Uwe TRAFKOWSKI, General Counsel, B-ON Group, Frankfurt am Main.

Prof. Dr. iur. ROLF H. WEBER, Professor für Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Co-Leiter des Universitären Forschungsschwerpunkts „Finanzmarktregulierung“, Mitglied des Steering Committee des „Blockchain Center“ sowie Mitglied des Leitungsausschusses des „Center for Information Technology, Society, and Law“ und Rechtsanwalt in Zürich (Bratschi AG).

Prof. Dr. THOMAS WINZEN, Professor für Politikwissenschaften mit den Schwerpunkten Europäische Integration und Internationale Beziehungen, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Prof. Dr. CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Professorin für Privatrecht und Wirtschaftsrecht, Universität Basel.

Dr. TADAS ZUKAS, Global Lead Senior Legal Counsel Sustainability/ESG, Vontobel, Zürich.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
01|2022

LEITARTIKEL 1:

Angela Müller
Der Artificial Intelligence Act
der EU: Ein risikobasierter
Ansatz zur Regulierung von
Künstlicher Intelligenz

LEITARTIKEL 2:

Rolf H. Weber
Künstliche Intelligenz:
Regulatorische Überlegungen
zum „Wie“ und „Was“

Der Artificial Intelligence Act der EU: Ein risikobasierter Ansatz zur Regulierung von Künstlicher Intelligenz – mit Auswirkungen auf die Schweiz

Angela Müller*

Inhalt

A.	Einleitung	A 2
B.	Der Entwurf der KI-Verordnung	A 4
I.	Die Form des Verordnungsentwurfs	A 4
II.	Der Inhalt des Verordnungsentwurfs	A 5
1.	Geltungsbereich	A 5
2.	Der risikobasierte Ansatz	A 7
3.	Gouvernanz und Durchsetzung	A 10
C.	Würdigung	A 11
I.	Vorbemerkungen	A 11
II.	Der Regulierungsansatz	A 12
III.	Der Geltungsbereich	A 14
IV.	Der risikobasierte Ansatz und die vier Risikokategorien	A 15
1.	Die Kategorisierung anhand Risikolevels	A 15
2.	Verbotene KI-Systeme	A 16
3.	KI-Systeme mit hohem Risiko	A 18
V.	Die Perspektive der Grundrechtsträger-innen	A 19
VI.	Durchsetzung	A 20
D.	Auswirkungen auf die Schweiz	A 21
E.	Fazit	A 25

* Dr. iur. des. Angela Müller leitet das Policy & Advocacy Team bei AlgorithmWatch und ist Senior Policy & Advocacy Managerin bei AlgorithmWatch Schweiz. Sie hat ein Doktorat in Rechtswissenschaft und einen MA in Political and Economic Philosophy. Ihre Dissertation hat sie im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes an der Universität Zürich verfasst, wo sie auch Mitglied der Digital Society Initiative ist. Sie war Visiting Researcher an der Columbia University, New York, und der Hebrew University, Jerusalem. Zuvor war Angela Müller bei einem Think Tank, einer universitären Innovationsplattform sowie beim Schweizerischen Aussendepartement EDA tätig. Sie engagiert sich zudem als Vize-Präsidentin der Gesellschaft Schweiz-UNO.

A. Einleitung

Prüfungen der Kreditwürdigkeit durch private Unternehmen, Berechnung der Arbeitsmarktintegrationschancen für Arbeitslose, die Bewertung von Bewerbungsunterlagen im Rekrutierungsprozess, Online-Recherchen mittels Suchmaschinen, die Prognose des Rückfallrisikos bei Inhaftierten oder personalisierte Werbung auf Social Media Plattformen – unsere Lebenswelt ist bereits heute geprägt von algorithmischer Entscheidungsfindung (ADM, für algorithmic decision-making), oft prominent diskutiert unter dem Schlagwort „Künstliche Intelligenz“ (KI).¹ Unternehmen, aber zunehmend auch öffentliche Stellen, erkennen grosse Potentiale in der Verwendung solcher Systeme, von der Personalisierung des Angebots von Produkten und Dienstleistungen bis zur Effizienzsteigerung bei der Abwicklung von Massenverwaltungsaufgaben. ADM-Systeme breiten sich weltweit rasant aus. Unsere Gesellschaft ist automatisiert.

Das alles hat auch für das Recht Konsequenzen. Algorithmenbasierte Automatisierungsprozesse scheinen bestehende rechtliche Paradigmen zumindest herauszufordern. Die Interaktion zwischen Mensch und Maschine, die Konzepte von Verantwortlichkeit, Rechenschaft und Haftung auf den Kopf zu stellen scheint; die technologische Entwicklung und die dadurch bedingte dynamische Natur des Regulierungsobjekts; der virtuelle Raum mit seiner grenzüberschreitenden Natur, der den üblichen räumlichen Geltungsbereich von Rechtsnormen transzendiert; oder die auffallende Intransparenz beim Einsatz von ADM-Systemen, die eine demokratische Kontrolle erschwert – alle diese Aspekte werfen neue Fragen für Forschung, Gesetzgebung und Rechtsprechung auf, die angegangen werden müssen.

Dazu gehören Fragen zu den Risiken, die mit dem Einsatz von ADM-Systemen einhergehen: Wir haben typischerweise nicht nur wenig Einblick in ihre Funktionsweise (*Black Box*-Problematik), sondern auch wenig Informationen dazu, wo, von wem und wozu sie eingesetzt werden. Die Systeme können einerseits durch Verzerrungen (*biases*) in Trainingsdaten oder in ihren Modellen bestehende gesellschaftliche Diskriminierungsmuster übernehmen sowie verstärken, können aber andererseits auch darüber hinaus – also selbst wenn der Einfluss dieser Verzerrungen in Daten und Modell minimiert werden könnte – ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen hervorrufen und zementie-

¹ Unter „ADM-System“ wird ein umfassendes soziotechnologisches System verstanden, von der Entwicklung von Prozessen zur Datenerfassung bis hin zur automatisierten Handlung. Im Folgenden wird generell von „ADM-Systemen“ gesprochen, im Zusammenhang mit dem Verordnungsentwurf der EU allerdings von „KI-Systemen“, da dies seiner Terminologie entspricht. Für weitere Aspekte bezüglich Begriffsabgrenzung, siehe unten, [C.III](#).

ren.² Vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Kontextes, in dem sie angewendet werden, können sie beispielsweise mit sich selbst verstärkenden Rückkoppelungsschleifen einhergehen. Weiter können ADM-Systeme Menschen in ihrer individuellen Selbstbestimmung befördern, indem sie Effizienzgewinn versprechen oder neue Handlungsoptionen eröffnen, können diese aber ebenso einschränken. Durch ihre prägende Rolle in der öffentlichen Sphäre können sie Teilhabemöglichkeiten sowohl erschaffen als auch reduzieren. Letzteres zeigt sich gerade am Beispiel der algorithmischen Steuerung von Online-Plattformen mit grosser – zunehmend auch öffentlich diskutierter – Deutlichkeit.

Vor dem Hintergrund dieser Risiken ist es zentral, Rahmenbedingungen für einen verantwortungsvollen Einsatz von ADM-Systemen zu schaffen. Während diese *Governance* hier in einem umfassenden Sinne verstanden wird und Massnahmen in verschiedensten Bereichen beinhalten muss, wird die rechtliche Regulierung zweifellos eine zentrale Dimension davon darstellen – eine Dimension, die im letzten Jahr auf den politischen Agenden weltweit an Bedeutung gewonnen hat. Am 21. April 2021 hat die Europäische Kommission ihren Entwurf für eine Verordnung zur Künstlichen Intelligenz³ – der Draft „Artificial Intelligence Act“, im Folgenden der „KI-Verordnungsentwurf“ – vorgelegt, bei der es sich um die weltweit erste rechtlich bindende horizontale Regulierung von KI-Systemen handeln würde. Sie hat damit sowohl politisch ein Zeichen gesendet als auch substantiell einen Standard gesetzt.

Der KI-Verordnungsentwurf, der derzeit im Europäischen Parlament und im Rat der EU behandelt wird, soll im Folgenden näher erläutert sowie kritisch beurteilt werden. Anschliessend wird diskutiert, inwiefern die Verordnung für die Schweiz relevant würde und – darüber hinaus – welche Fragen sich für die Schweiz beim Umgang mit ADM-Systemen stellen. Ein Fazit schliesst diese Auslegeordnung ab.

² Siehe unten, [C.IV.3](#).

³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union vom 21. April 2021, COM(2021) 206 final.

B. Der Entwurf der KI-Verordnung

I. Die Form des Verordnungsentwurfs

Der KI-Verordnungsentwurf ist eines der jüngsten Resultate eines ganzen Pakets von Gesetzesvorschlägen und Initiativen der Europäischen Kommission, vorgelegt im Rahmen der europäischen Digitalstrategie. Nebst dem „Digital Markets Act“,⁴ dem „Data Governance Act“,⁵ der Maschinenrichtlinie⁶ oder der angekündigten Revision der Produkthaftung in Bezug auf KI⁷ gehört dazu auch der „Digital Services Act“,⁸ der seinem Geltungsbereich entsprechend ebenfalls zentral sein wird im Umgang mit algorithmischen Entscheidungen – nämlich jenen, die von Online-Plattformen vorgenommen werden.

Mit Veröffentlichung des Entwurfs zur KI-Verordnung hat die EU-Kommission weltweit die Debatte rund um die Governance von KI allerdings nochmals deutlich vorangetrieben – auch wenn selbstverständlich in anderen Rechtssystemen, Institutionen und Netzwerken das Thema ebenfalls verfolgt wird. Exemplarisch seien hier beispielsweise die OECD Empfehlungen zu KI⁹ oder die Empfehlungen zur Ethik von KI der UNESCO¹⁰ erwähnt. Zudem werden

⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) vom 15. Dezember 2020, COM(2020) 842 final.

⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische Daten-Governance (Daten-Governance-Gesetz) vom 25. November 2020, COM(2020) 767 final.

⁶ Richtlinie (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG (Neufassung), ABl L 157 vom 9. Juni 2006, 24 ff.

⁷ Richtlinie 85/374/EWG des Rates 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 ff.; Informationen zum Revisionsprozess sind abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence_en.

⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG vom 15. Dezember 2020, COM/2020/825 final; vgl. dazu etwa Buiten Miriam C., Der Digital Services Act (DSA): Vertrautes Haftungsregime, neue Verpflichtungen, EuZ 3/2021, 102 ff.

⁹ Recommendation of the Council on Artificial Intelligence by the OECD vom 22. Mai 2019, OECD/LEGAL/0449.

¹⁰ Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence by UNESCO General Conference vom 24. November 2021, 41 C/73.

auch im Rahmen des Europarats derzeit Verhandlungen zu einem rechtlich bindenden Instrument zur Regulierung von KI vorbereitet, die voraussichtlich im Mai nächsten Jahres formell aufgenommen werden. Das „Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence“ (CAHAI) war über die letzten zwei Jahre damit beauftragt, die Machbarkeit und mögliche Elemente eines rechtlichen Rahmens zu KI innerhalb des Europarats zu untersuchen, um einen Ausgangspunkt für die ministeriellen Verhandlungen zu schaffen.¹¹ Hier ergeben sich trotz der unterschiedlichen Verankerung der rechtlichen Prozesse interessante Bezugspunkte zur KI-Verordnung der EU.

Dem KI-Verordnungsentwurf der EU ging ein Weissbuch voraus, das unter Mitwirkung einer hochrangigen Expertengruppe verfasst, im Februar 2020 publiziert und anschliessend einer öffentlichen Konsultation unterzogen wurde.¹² Der Verordnungsvorschlag ist ein Instrument des Binnenmarktes: Er stützt sich auf Art. 114 AEUV,¹³ der der Union die Kompetenz zur Rechtsangleichung mit Blick auf das Funktionieren des Binnenmarktes verleiht. Diesem Ansatz gemäss ist er entsprechend stark an der Logik von Normen zur Produktsicherheit orientiert, was sich auch in Text und Struktur deutlich niederschlägt.

II. Der Inhalt des Verordnungsentwurfs

1. Geltungsbereich

Als allererstes stellt sich die Frage nach dem sachlichen Geltungsbereich, insbesondere dem Regulierungsobjekt. Um die Verordnung möglichst zukunftstauglich zu halten, wird gemäss der Kommission eine möglichst technologieneutrale Definition gewählt, die sich im Wesentlichen auf die Definition der OECD stützt.¹⁴ Zusätzlich verweist der KI-Verordnungsentwurf jedoch auch auf eine Reihe von technologischen Ansätzen, die einem System zu-

¹¹ Die Autorin hat die Diskussionen als Vertreterin von AlgorithmWatch verfolgt, das als zivilgesellschaftliche Organisation Beobachterstatus im CAHAI innehatte.

¹² Weissbuch der Europäischen Kommission Zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen vom 19. Februar 2020, COM(2020) 65 final.

¹³ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 326 vom 26. Oktober 2012, 47 ff.

¹⁴ Begründung 5.2.1; Art. 3(1) COM(2021) 206 final; vgl. OECD/LEGAL/0449.

grunde liegen müssen, damit es von der Verordnung erfasst würde.¹⁵ Diese Liste und damit die Definition scheinen sehr breit gefasst zu sein. Es wird sich jedoch im Detail weisen, ob und inwiefern dies tatsächlich der Fall sein wird.¹⁶

Gemäss Entwurf wäre die KI-Verordnung *ratione personae* insbesondere auf Anbieter:innen und Nutzer:innen von KI-Systemen anwendbar. Als „Anbieter“ werden dabei jene Akteure verstanden, die ein System entwickeln und in Verkehr bringen,¹⁷ während unter „Nutzer“ diejenigen Stellen fallen, die ein System unter ihrer Verantwortung verwenden, wobei der persönliche, nicht-berufliche Bereich ausgenommen ist.¹⁸ Weitere Bestimmungen gelten für Akteure, die direkt mit obigen in Verbindung stehen, wie „Bevollmächtigte“, „Importeure“ oder „Händler“. Konsument:innen, Endnutzer:innen und andere von Ergebnissen der Systeme betroffene natürliche oder juristische Personen sind *ratione personae* nicht erfasst und ihnen würden durch die Verordnung weder direkte Rechte noch Pflichten zugeschrieben.

Der räumliche Geltungsbereich des Verordnungsentwurfes wird in Art. 2(1) festgelegt. Ihre Geltung wäre *ratione loci* demnach gegeben, wenn (i) ein KI-System innerhalb der EU zur Anwendung kommt oder (ii) wenn „das vom System hervorgebrachte Ergebnis“ innerhalb der EU verwendet wird¹⁹ – und bliebe damit unabhängig davon, wo sich Anbieter:innen oder Nutzer:innen der Systeme befinden. In anderen Worten: Auch in Drittstaaten können sie von der Reichweite der Verordnung erfasst werden. Dieser Ansatz der extraterritorialen Gesetzgebung folgt der Logik der „territorialen Extension“, wie man sie aus anderen Kontexten, etwa im Bereich des Wettbewerbsrechts, des Umweltschutzes oder der Privatsphäre von der EU kennt – prominent beispiels-

¹⁵ „(a) Konzepte des maschinellen Lernens, mit beaufsichtigtem, unbeaufsichtigtem und bestärkendem Lernen unter Verwendung einer breiten Palette von Methoden, einschließlich des tiefen Lernens (Deep Learning); (b) Logik- und wissensgestützte Konzepte, einschließlich Wissensrepräsentation, induktiver (logischer) Programmierung, Wissensgrundlagen, Inferenz- und Deduktionsmaschinen, (symbolischer) Schlussfolgerungs- und Expertensysteme; (c) Statistische Ansätze, Bayessche Schätz-, Such- und Optimierungsmethoden“ Anhang I COM(2021) 206 final.

¹⁶ Siehe unten, [C.III](#).

¹⁷ Art. 3(2) COM(2021) 206 final.

¹⁸ Art. 3(4) COM(2021) 206 final.

¹⁹ Art. 2(1) COM(2021) 206 final.

weise von der 2018 in Kraft getretenen Datenschutzgrundverordnung.²⁰ Die EU macht dabei gesetzliche Regelungen im Ausland anwendbar, wobei jedoch ein territorialer Bezugspunkt gegeben ist.²¹

Für Drittstaaten – insbesondere jene mit engem Bezug zum EU-Binnenmarkt, wie etwa die Schweiz – kann dies massive Auswirkungen haben: Auch Anbieter-innen und Nutzer-innen in der Schweiz würden in den oben genannten Fällen direkt der KI-Verordnung unterworfen werden. Aufgrund der Bedeutung des EU-Binnenmarktes wird dies voraussichtlich ein beachtlicher Teil der KI-Anbieter-innen in der Schweiz betreffen.

2. Der risikobasierte Ansatz

Zur Regulierung von KI-Systemen wählt die EU-Kommission einen *risikobasierten Ansatz*. Das heisst, sie klassifiziert KI-Systeme entsprechend dem Grad ihrer Risiken für Gesundheit, Sicherheit und Grundrechte, mit denen sie einhergehen. Es ergeben sich vier Risikokategorien: KI-Systeme mit unzulässigem Risiko; hohem Risiko; begrenztem Risiko; und minimalem Risiko.²²

Als erstes werden in Art. 5 jene vier Praktiken erwähnt, die mit *unzulässigen Risiken* verbunden sind und entsprechend verboten werden sollen. Politisch wie medial derzeit im Scheinwerferlicht steht das Verbot der Verwendung von biometrischen Identifizierungssystemen zu Strafverfolgungszwecken im öffentlich zugänglichen Raum, bei denen die Identifikation in Echtzeit und aus der Ferne geschieht.²³ Gleichzeitig wäre dieses Verbot mit einer Reihe von Ausnahmen verbunden, wenn nämlich die Verwendung der Systeme „unbedingt erforderlich“ ist für bestimmte festgesetzte Ziele, wie beispielsweise in Verbindung mit Straftaten, die einen bestimmten Schweregrad erreichen.²⁴ Es gilt jedoch das Erfordernis der vorgängigen Genehmigung – von der allerdings

²⁰ Z.B. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 119 vom 4. Mai 2016, 1-88; vgl. EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019 in der Rechtssache C-18/19, ECLI:EU:C:2019:8216 – Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook, Rz. 50 ff.

²¹ Z.B. Scott Joanne, Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law, AJCL 2014, 90, 94 ff.; vgl. dazu auch Bradford Anu, Brussels Effect: How the European Union Rules the World, New York 2020

²² Die Terminologie wird erläutert unter <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_de>.

²³ Art. 5(1)d COM(2021) 206 final.

²⁴ Art. 5(1)d(i)-(iii) COM(2021) 206 final.

in dringenden Fällen vorerst abgesehen werden kann –, wobei Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit gegeben sein müssen.²⁵ Mitgliedstaaten können schliesslich die Erlaubnis zur eigentlich verbotenen Anwendung biometrischer Identifizierungssysteme im nationalen Recht festschreiben, wenn sie dabei die erwähnten Grenzen beachten.²⁶

Bei der biometrischen Identifikation fällt nur die entsprechende *Verwendung* solcher Systeme unter den vom Verbot erfassten sachlichen Geltungsbereich.²⁷ Anders ist dies bei den anderen drei mit unzulässigem Risiko klassifizierten Praktiken, bei denen jeweils „das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme oder die Verwendung“ der entsprechenden Systeme verboten werden soll. Dies umfasst einerseits KI-Systeme, die Personen durch unterschwellige Beeinflussung manipulieren²⁸ oder bestimmte Vulnerabilitäten ausnutzen,²⁹ und zwar in einer Weise, die den Betroffenen physischen oder psychischen Schaden zufügen kann, sowie andererseits die Verwendung von KI-basierten sogenannten „Social Scoring“ Systemen durch öffentliche Behörden.³⁰

Die zweite Kategorie umfasst *Hochrisiko-KI-Systeme*.³¹ Dazu gehören einerseits all jene Systeme, die ein von bestimmten anderen EU-Verordnungen erfasstes Produkt sind oder als Sicherheitskomponente in einem solchen Produkt eingesetzt werden, wenn dieses einer Konformitätsbewertung durch Dritte unterworfen ist.³² Andererseits fallen bestimmte „stand-alone“ KI-Systeme aus den Bereichen biometrische Identifizierung und Kategorisierung, kritische Infrastrukturen, Bildung, Arbeitsplatz, Zugang zu Dienstleistungen, Strafverfolgung, Migration und Asyl sowie Rechtspflege und demokratische Prozesse in diese Kategorie.³³

Bei der Hochrisiko-Kategorie handelt es sich um das Kernstück des Verordnungsentwurfs. Er sieht für die entsprechenden Systeme bestimmte Anforderungen vor, die im Rahmen eines Risikomanagementsystems überwacht

²⁵ Art. 5(3) COM(2021) 206 final.

²⁶ Art. 5(4) COM(2021) 206 final.

²⁷ Zur Würdigung dieses Aspektes, siehe unten, [C.IV.2.](#)

²⁸ Art. 5(1)a COM(2021) 206 final.

²⁹ Art. 5(1)b COM(2021) 206 final.

³⁰ D.h. Systeme „zur Bewertung oder Klassifizierung der Vertrauenswürdigkeit natürlicher Personen über einen bestimmten Zeitraum auf der Grundlage ihres sozialen Verhaltens oder bekannter oder vorhergesagter persönlicher Eigenschaften oder Persönlichkeitsmerkmale“, wenn dies zu unverhältnismässiger, ungerechtfertigter und/oder kontextfremder sozialer Benachteiligung führt, Art. 5(1)c COM(2021) 206 final.

³¹ Art. 6 ff. COM(2021) 206 final.

³² Art. 6(1) COM(2021) 206 final.

³³ Art. 6 Anhang III COM(2021) 206 final.

werden müssen, darunter zu Datenqualität und -governance, technischer Dokumentation und Aufzeichnung, Bereitstellung von Informationen, menschlicher Aufsicht sowie zu Genauigkeit, Robustheit und Sicherheit.³⁴ Gemäss dem Ansatz des *New Legislative Framework*, auf dem der Verordnungsentwurf basiert, werden die Anbieter-innen von Hochrisiko-Systemen verpflichtet, im Rahmen einer Konformitätsbewertung selbst zu prüfen, dass die Systeme die erwähnten Anforderungen erfüllen, bevor sie diese auf den Markt bringen oder sie in Betrieb genommen werden.³⁵ Wenn die Konformitätsbewertung erfüllt ist, wird dies mit der CE-Konformitätskennzeichnung ausgezeichnet,³⁶ was Zugang zu und freie Bewegung auf dem EU-Binnenmarkt sicherstellt. Zudem muss das System von den Anbieter-innen in einer EU-weiten Datenbank eingetragen werden.³⁷ Falls es zu einem späteren Zeitpunkt substantielle Änderungen erfährt, muss die Bewertung erneut vorgenommen werden. Weiter unterliegen Anbieter-innen auch Pflichten zur Überwachung eines Systems nach seinem Inverkehrbringen.³⁸ Für Nutzer-innen, die KI-Systeme einsetzen, bestehen ebenfalls Pflichten, wenn auch deutlich weniger weitgehende. Dazu gehört, das System gemäss Instruktion zu verwenden, menschliche Aufsicht sicherzustellen oder Risiken kontinuierlich zu überwachen.³⁹

Die dritte Kategorie des „begrenzten Risikos“ umfasst gemäss Verordnungsentwurf KI-Systeme, die mit natürlichen Personen interagieren (wie etwa Chatbots). Sie werden Transparenzpflichten unterworfen: Den Personen muss mitgeteilt werden, dass sie mit einem KI-System interagieren, wenn dies nicht aus dem Kontext offensichtlich wird. Eine Ausnahme gilt für Strafverfolgungszwecke. Spezifisch werden Informationspflichten für Systeme zur Emotionserkennung und biometrischen Kategorisierung sowie für „Deepfakes“, also manipulierte Bild-, Ton- oder Videoinhalte, erwähnt.⁴⁰

Als letzte Kategorie ergeben sich sodann implizit KI-Systeme mit „minimalem Risiko“, die vom Geltungsbereich der Verordnung ausgenommen wären.

³⁴ Art. 8 ff. COM(2021) 206 final.

³⁵ Für Systeme, die Sicherheitskomponenten von Produkten sind, die bereits durch entsprechende sektorielle Verordnungen reguliert und darin einer Konformitätsbewertung unterworfen sind, ist vorgesehen, dass diese Konformitätsbewertung der KI-Verordnung in die bereits bestehende Konformitätsbewertung integriert wird, Art. 43(3) COM(2021) 206 final.

³⁶ Art. 19, 43, 48, 49 COM(2021) 206 final.

³⁷ Art. 51, 60 COM(2021) 206 final.

³⁸ Art. 61 f. COM(2021) 206 final.

³⁹ Art. 29 COM(2021) 206 final.

⁴⁰ Art. 52 COM(2021) 206 final.

Gleichzeitig sollen Verhaltenskodizes gefördert werden, unter denen sich Anbieter-innen selbst verpflichten, die an Hochrisiko-Systeme gerichteten Anforderungen sowie weitere Anforderungen zu erfüllen.⁴¹

3. Gouvernanz und Durchsetzung

Bezüglich der Gouvernanzstruktur ist wichtig zu betonen, dass es sich bei der Konformitätsbewertung für Hochrisiko-Systeme um eine Selbsteinschätzung der Anbieter-innen handelt. Zudem ist vorgesehen, dass die Kommission Standardisierungsorganisationen damit beauftragen kann, harmonisierte Normen zur Erfüllung der erwähnten Anforderungen für Hochrisiko-KI-Systeme zu erstellen. Wenden Anbieter-innen harmonisierte Standards an, wird eine Konformität mit den Anforderungen der Verordnung vermutet.⁴²

Auf Mitgliedstaatsebene werden notifizierende Behörden geschaffen, die Konformitätsbewertungsstellen benennen, notifizieren und überwachen. Sobald letztere – es handelt sich dabei um von den Anbieter-innen unabhängige Akteure, d.h. klassischerweise um private Zertifizierungsunternehmen – notifiziert sind, sind sie berechtigt, Konformitätsbewertungsverfahren durchzuführen. Gleichzeitig bleibt die Bedeutung dieser notifizierten Stellen im Verordnungsentwurf gering: Ihr Einbezug ist nur für einen Hochrisikobereich vorgesehen, nämlich für Systeme zur biometrischen Identifizierung und Kategorisierung, und kann auch da ausgelassen werden, wenn harmonisierte Normen befolgt werden. Für alle anderen Hochrisikobereiche sind notifizierte Stellen nicht vorgesehen.⁴³

Als Gouvernanzstruktur ist auf europäischer Ebene vorgesehen, einen „Europäischen Ausschuss für künstliche Intelligenz“ (EAKI) zu schaffen, der die Kommission in der Umsetzung der Verordnung unterstützt.⁴⁴ Auf nationaler Ebene werden zuständige Behörden geschaffen oder benannt, darunter die nationale Aufsichtsbehörde. Diese agiert auch als Marktüberwachungsbehörde und ist Teil des EAKI. Als Marktüberwachungsbehörde erhält sie Zugang zu Daten und Dokumentationen der Anbieter-innen, kann auf Verdacht eines

⁴¹ Art. 69 COM(2021) 206 final.

⁴² Art. 40 ff. COM(2021) 206 final.

⁴³ Art. 40 ff., Art. 43(1) und (2) COM(2021) 206 final; vgl. Veale Michael/Borgesius Frederik Zuiderveen, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act: Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, *Computer Law Review International* 2021, Rz. 49 ff., 58 ff.

⁴⁴ Art. 56 ff. COM(2021) 206 final.

bestehenden Risikos hin das System und seine Konformität mit der Verordnung überprüfen, Korrekturmassnahmen anordnen und – bei deren Nichtbe-
folgung – die Verwendung eines Systems einschränken oder unterbinden.⁴⁵

Der Verordnungsentwurf enthält zudem Massnahmen zur Innovationsförde-
rung, inklusive der Möglichkeit zur Schaffung von KI-Reallaboren („Sandbo-
xes“) oder der Förderung von kleineren Unternehmen und Start-ups.⁴⁶

Zur Durchsetzung der Verordnung können gemäss Entwurf Sanktionen er-
griffen werden. Bei Verstössen gegen die in Art. 5 gelisteten Verbote oder ge-
gen Anforderungen der Hochrisiko-Systeme bezüglich Datengouvernanz sind
Geldbussen von bis zu 30 Millionen Euro oder 6% des weltweiten Jahresum-
satzes – je nachdem, welche Summe höher ist – vorgesehen. Bei weiteren Ver-
stössen sind abgestuft geringere, aber unter Umständen ebenfalls substanzi-
elle Geldstrafen vorgesehen.⁴⁷

C. Würdigung

I. Vorbemerkungen

Der Vorschlag der Kommission rückt die Thematik zweifellos auf den politi-
schen Agenden weltweit um einige Positionen nach oben und entfacht damit
die Debatte zur Governance von KI-Systemen auch ausserhalb des engsten
Expert-innenkreises. Zudem setzt sie auch substantiell einen Standard, der die
Debatten massgeblich prägen wird: Entscheidungsträger-innen aus Drittstaa-
ten oder internationalen Organisationen werden sich am von der EU gesetz-
ten Standard als Ausgangspunkt orientieren beziehungsweise sich rechtferti-
gen, wenn sie von diesem abweichen. Dies zeigt sich beispielhaft bereits jetzt
in den entsprechenden Prozessen im Europarat, ist aber auch in der Schweiz
zu erwarten.

Im Folgenden soll eine Würdigung einzelner Aspekte des KI-Verordnungsent-
wurfs vorgenommen werden, ohne dass diese Anspruch auf Vollständigkeit er-
hebt. Sie gibt die Position der Autorin wieder, die von ihr aber gleichzeitig

⁴⁵ Art. 59, 63 ff. COM(2021) 206 final.

⁴⁶ Art. 53 ff. COM(2021) 206 final.

⁴⁷ Art. 71 COM(2021) 206 final.

auch als politische Forderungen im Rahmen ihrer Tätigkeit bei Algorithm-Watch, einer zivilgesellschaftlichen Forschungs- und Advocacy-Organisation mit Fokus auf den Einsatz von ADM-Systemen, vertreten werden.⁴⁸

Auch vor diesem Hintergrund scheint es wichtig, vorab transparent zu machen, auf welchen Prinzipien die folgende Würdigung basiert. Trotz der rechtlichen Herausforderungen, die der Einsatz von ADM-Systemen mit sich bringt, soll an dieser Stelle deutlich gemacht werden, dass auch er sich an grundsätzlichen Werten orientieren muss, auf die wir uns als demokratische Gesellschaften geeinigt haben: An individueller Autonomie und Freiheit, Gerechtigkeit, Teilhabe und Gemeinwohl, auf Normebene insbesondere reflektiert in Grundrechten und weiteren basalen – oft auf Verfassungsebene geschützten – demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien. Ziel muss es sein, dass dieser Einsatz tatsächlich Individuen und Gesellschaft einen Nutzen bringt – dass er also tatsächlich individuelle Autonomie erhöht, statt sie zu reduzieren; dass er Teilnahmemöglichkeiten eröffnet oder befördert, statt sie einzuschränken; und dass dieser Nutzen gerecht verteilt wird. Dass dies auch in Europa alles andere als Selbstverständlichkeiten sind, zeigt sich in Dokumentationen zum Einsatz von ADM-Systemen.⁴⁹

II. Der Regulierungsansatz

Der Ansatz der Verordnung als Instrument der Binnenmarktregulierung könnte bereits als Quelle einer gewissen Spannung gedeutet werden: Das verfolgte Ziel, der Schutz von Unionswerten, Grundrechten, Gesundheit und Sicherheit, soll mit dem Mittel der Harmonisierung des digitalen Binnenmarkts erreicht werden – der gleichzeitig auch Rechtssicherheit gewährleisten und Innovation ermöglichen soll.⁵⁰

Erstens muss es bei jeglichen Regulierungsansätzen im Bereich der neuen Technologien genau um dieses Anliegen gehen, nämlich ihren Einsatz sowie die Innovationsförderung mit Grundrechtsschutz in Einklang zu bringen. Gleichzeitig zeigt sich in der Praxis das Ausmass dieses Spannungsverhältnis-

⁴⁸ Zur der folgenden Würdigung zugrundeliegenden Position zum KI-Verordnungsentwurf siehe AlgorithmWatch, Submission to the European Commission's Consultation on the Draft Artificial Intelligence Act, 2021, abrufbar unter <<https://algorithmwatch.org/de/eu-ki-verordnung-einreichung-2021/>>; EDRI et al., An EU Artificial Intelligence Act for Fundamental Rights – A Civil Society Statement, 2021, abrufbar unter <<https://algorithmwatch.org/en/eu-artificial-intelligence-act-for-fundamental-rights/>>.

⁴⁹ Chiusi Fabio et al. (Hrsg.), Automating Society Report, Berlin/Gütersloh 2020, 5 ff., abrufbar unter <<https://automatingsociety.algorithmwatch.org/>>.

⁵⁰ Begründung, Kap. 1.1; Erwägung 1 COM(2021) 206 final.

ses deutlich. Die KI-Verordnung versucht, mittels eines Binnenmarktinstruments Grundrechte zu schützen; ob dies aus einer Grundrechtslogik heraus überhaupt ein effektives Regulierungsmittel darstellen kann, kann zumindest hinterfragt werden. Zweitens orientiert sich der Ansatz an jenen zur Regulierung der Produktsicherheit und setzt somit stark auf technische Lösungen, Standardisierungsprozesse und Selbsteinschätzungen. Ob diese in Verbindung mit KI-Systemen, die wesentliche grundrechtliche Problemdimensionen mit sich bringen können, effektiven Schutz zu leisten vermögen, wird sich weisen. Drittens machen der gewählte Regulierungsansatz sowie die Komplexität des Vorschlages diesen für Expert:innen und zivilgesellschaftliche Organisationen, die im Bereich von KI und/oder des Grundrechtsschutzes tätig sind (aber nicht besondere Expertise im Bereich der Produktsicherheit oder der Binnenmarktregulierung aufweisen), wenig zugänglich. Dies kann zur Folge haben, dass die Inklusion wichtiger Stimmen untergraben wird – im Gesetzgebungsverfahren, aber darüber hinaus beispielsweise auch in den für diesen Regulierungsansatz wichtigen Standardisierungsprozessen, denen ja der Entwurf ein grosses Gewicht zuschreibt, indem die Verwendung von Standards eine Konformitätsvermutung zur Folge haben kann. Standardisierungsprozesse sind aus formalen und praktischen Gründen nicht einfach zugänglich für die Zivilgesellschaft, sondern geprägt von Stimmen aus dem Privatsektor.⁵¹ Gerade wenn es um Standards geht, die schlussendlich einen Beitrag zum Ziel des Grundrechtsschutzes leisten sollen, ist es zentral, dass nicht nur technische Expertise, sondern auch Expertise im Bereich der Grundrechte einbezogen wird.

Dies ist ein Aspekt, der insbesondere problematisch erscheint, da er das Ungleichgewicht der Einflussmöglichkeiten zugunsten von grossen Technologieunternehmen verschärft: Diese haben unbestritten die Ressourcen, ganze Teams von Jurist:innen zu beschäftigen und sich so bis in die rechtlichen Detailfragen durch engagiertes Lobbying oder in Standardisierungsprozesse einzubringen, was vielen zivilgesellschaftlichen und wissenschaftlichen Anliegen verwehrt bleiben wird.

⁵¹ Dazu Veale/Borgesius, Rz. 50 ff.

III. Der Geltungsbereich

Die Frage nach dem sachlichen Geltungsbereich des KI-Verordnungsentwurfs und der Eignung der gewählten Definition ist verbunden mit grundsätzlichen, über den Entwurf hinausgehenden Fragen zum Begriff „Künstliche Intelligenz“, der sich in der öffentlich-politischen Debatte zum Schlagwort entwickelt hat, dessen Unschärfe jedoch für die rechtliche Regulierung Schwierigkeiten mit sich bringt. Wenn es um grundrechtliche Risiken geht, wäre es demnach angemessener, den Fokus auf jene Automatisierungsprozesse zu legen, die in ihren Auswirkungen auf Individuen und Gesellschaft Risikosignale aufweisen. In anderen Worten: Das Kriterium zur Bestimmung des sachlichen Geltungsbereichs sollte in diesen Auswirkungen liegen – und nicht in der technologischen Art und Weise, wie diese Auswirkungen zustande gekommen sind. Aus dieser Perspektive bietet der Begriff der algorithmischen Entscheidungsfindung (ADM) Vorteile gegenüber dem unscharfen Konzept der „KI“. ADM-Systeme werden nach diesem Verständnis umfassend als soziotechnologische Systeme betrachtet, wobei der Fokus auf den Entscheidungen der Systeme und ihrer Relevanz für Individuum und Gesellschaft liegt. Dies berücksichtigt zwangsläufig den gesellschaftlichen Kontext mit, in dem Systeme eingesetzt werden, was für die Risikobewertung unerlässlich ist.⁵² Eine Abstützung auf einer expliziten Liste verschiedener Technologien, wie sie der KI-Verordnungsentwurf vorschlägt – auch wenn diese mittels delegierten Rechtsakten von der Kommission angepasst werden kann – scheint darüber hinaus auch der Eindeutigkeit des sachlichen Geltungsbereiches nicht dienlich.⁵³ Es ist absehbar, dass der Nachweis der Definitionselemente in der Praxis Schwierigkeiten – und mögliche Schlupflöcher – mit sich bringt. Nichtsdestotrotz ist grundsätzlich die breite Auffassung des Begriffs „KI“ und damit des sachlichen Geltungsbereichs der Verordnung zu begrüßen. Es zeichnet sich jedoch ab, dass diese Breite in den nun laufenden Verhandlungen umstritten sein wird, so dass davon auszugehen ist, dass der Geltungsbereich in dieser Hinsicht eher eingeschränkt wird.

Hinsichtlich des Geltungsbereichs *ratione loci* wird deutlich, dass die oben beschriebene extraterritoriale Wirkung der Verordnung wesentliche Nebenefekte mit sich bringen würde: Erstens ist damit zu rechnen, dass viele Anbie-

⁵² Siehe oben, [A](#).

⁵³ Vgl. dazu etwa Townsend Bev, Decoding the Proposed European Union Artificial Intelligence Act, insights 2021, 3, abrufbar unter <<https://www.asil.org/insights/volume/25/issue/20>>; Smuha Nathalie et al., How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act, 2021, 14 f., abrufbar unter <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3899991>.

ter-innen und Nutzer-innen, die sowohl auf dem schweizerischen als auch dem europäischen Markt tätig sind, ihre KI-Systeme der KI-Verordnung konform ausgestalten werden, auch wenn diese in der Schweiz zur Anwendung kommen – ganz einfach, da es unmöglich oder mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden wäre, zwischen Anwendungen in der EU und der Schweiz zu differenzieren. Zweitens ist nicht auszuschliessen, dass private Anbieter-innen Druck auf den schweizerischen Gesetzgeber ausüben werden, die Rechtslage der EU-Regelung konform und äquivalent auszugestalten. All dies hat, drittens, zur Folge, dass das Inkrafttreten der KI-Verordnung in der EU auch für die Schweizer Bevölkerung Nebeneffekte mit sich bringen könnte: Falls die KI-Verordnung sich tatsächlich als instande erweist, grundrechtlichen Schutz zu gewährleisten, werden auch Endnutzer-innen in der Schweiz teilweise in den Genuss dieses Schutzes kommen.

Aus einer grundrechtlichen Perspektive ist prinzipiell zu begrüessen, dass mit diesem Fokus auf den Ort der Anwendung von Systemen eine kohärente Regulierung ermöglicht wird, die einerseits auf dem EU-Territorium Schlupflöcher vermeidet und andererseits in Drittstaaten das Schutzniveau mitprägt. Gleichzeitig hat dieser Fokus gewisse andere Schlupflöcher zur Folge, wie sich in Verbindung mit den im Verordnungsentwurf vorgesehenen Verboten zeigen wird.

IV. Der risikobasierte Ansatz und die vier Risikokategorien

1. Die Kategorisierung anhand Risikolevels

Die Anerkennung, dass der Einsatz von KI-Systemen potenziell grossen Nutzen mit sich bringt, aber gleichzeitig mit Risiken verbunden sein kann, ist grundsätzlich sehr begrüssenswert. Gleichzeitig kann mit guten Gründen hinterfragt werden, ob eine *ex ante* Kategorisierung von Systemen in bestimmte Risikoklassen diesem Umstand gebührend Rechnung trägt. Die Risiken, die mit einem System einhergehen, hängen nämlich wesentlich ab von seiner Verwendung zu einem bestimmten Zweck und in einem bestimmten Kontext. Die Idee, KI-Systeme *a priori* einer Risikokategorie zuzuordnen ist insofern problematisch, als dadurch genau diese Faktoren – Zweck und Kontext der Anwendung eines Systems – nicht im Einzelfall berücksichtigt werden. Erst eine individuelle Folgenabschätzung kann überzeugend aufzeigen, mit welchen (und welchem Grad an) potenziellen Risiken ein bestimmter Einsatz verbunden ist. Um die Praktikabilität eines solchen Ansatzes zu gewährleisten, bietet sich ein zweistufiges Verfahren an: In einem ersten Schritt soll mit verhältnismässig geringem Aufwand eine Triage erfolgen, die es erlaubt, Risikosignale zu erken-

nen. Je mehr Risikosignale bezüglich des Einsatzes eines Systems erkannt werden, desto umfassender werden die Transparenzpflichten, denen die entsprechenden Akteure unterworfen werden.⁵⁴

Eine weitere Folge der KI-Verordnung und ihres risikobasierten Ansatzes wäre, dass, indem sie gewisse Systeme als Hochrisiko definiert, sie diese zwar Transparenzpflichten unterwirft, sie aber gleichzeitig auch legalisiert und legitimiert. Viele dieser Systeme und ihre Verwendungen waren aber noch nicht im eigentlichen Sinne Objekt einer gesellschaftlichen Debatte. In diesem Sinne greift Anhang III des Verordnungsentwurfs der demokratischen Auseinandersetzung dazu, ob und bis zu welchem Grad wir die Verwendung von KI-basierten Systemen in bestimmten Kontexten überhaupt zulassen wollen, vor.

Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass die Risikoklassifizierung anhand der vier Stufen in der endgültigen Fassung der Verordnung so oder ähnlich erhalten bleiben wird. Vor diesem Hintergrund müsste zumindest sichergestellt werden, dass für alle Kategorien konsistente Aktualisierungsmechanismen vorhanden sind, um die Liste der jeweiligen Systeme um neue Fälle zu ergänzen. Bisher ist nur eine Aktualisierung der Liste der Hochrisiko-Systeme vorgesehen, die die Kommission mittels delegierter Rechtsakte vornehmen kann – und auch da betrifft dies nur die Liste der einzelnen Systeme, nicht aber die Liste der acht Hochrisikobereiche. Für das Update dieser Hochrisikobereiche sowie aller anderen Kategorien (Systeme mit unakzeptablem Risiko; Systeme mit begrenztem Risiko) ist im Verordnungsentwurf selbst bisher kein Aktualisierungsmechanismus vorgesehen, so dass eine Aktualisierung nur durch eine Änderung der Verordnung an sich vorgenommen werden könnte. Dies widerspricht zudem dem Anspruch der Verordnung, zukunftstauglich gestaltet zu sein.

2. Verbotene KI-Systeme

Die im Verordnungsentwurf vorgesehenen Verbote werfen eine Reihe von Fragen auf. Es bleibt beispielsweise offen, wie das Erfordernis des „psychischen oder physischen Schadens“ in Art. 5(1)a und 5(1)b aus einer Grundrechtsperspektive gerechtfertigt werden kann. Aus dieser Perspektive entscheidend ist die Tatsache des *Grundrechtseingriffs* und nicht der sich materialisierende Schaden. Ähnlich fragwürdig scheint aus dieser Perspektive, dass das Verbot

⁵⁴ Loi Michele et al., Automated Decision-Making Systems in the Public Sector: An Impact Assessment Tool for Public Authorities, Berlin/Zürich 2021, abrufbar unter <<https://algorithmwatch.ch/de/adms-impact-assessment-public-sector-algorithmwatch/>>. Gerade im öffentlichen Sektor sollte gemäss diesem Ansatz eine Folgenabschätzung für jedes eingesetzte ADM-System zwingend vorgenommen werden.

von manipulativen KI-Systemen in Art. 5(1)b begrenzt bleibt auf Systeme, die Personen aufgrund ihres Alters oder ihrer körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung ausnutzen, und damit weitere Dimensionen von „Vulnerabilität“ unberücksichtigt bleiben.

Schliesslich bleibt unklar, als wie effektiv sich das Verbot zur Verwendung biometrischer Erkennungssysteme zu Strafverfolgungszwecken in Art. 5(1)d in der Praxis erweisen wird. Die Notwendigkeit, beim Einsatz solcher Systeme im öffentlich zugänglichen Raum rote Linien zu ziehen, ergibt sich, da sie eine Massenüberwachung oder diskriminierend gezielte Überwachung ermöglichen, die mit der Idee einer demokratisch organisierten Gesellschaft in Widerspruch stehen: Wenn Personen im öffentlichen Raum erfasst, identifiziert und verfolgt werden können, verletzt dies nicht nur an sich Grundrechte wie das Recht auf Privatsphäre, inklusive der informationellen Selbstbestimmung,⁵⁵ sondern wird auch abschreckende Effekte („chilling effects“⁵⁶) haben auf das Wahrnehmen der Rechte auf Meinungsäusserungs- oder Versammlungsfreiheit.

Die Begrenzung von Art. 5(1)d auf Strafverfolgungszwecke einerseits und Fern- und Echtzeitsysteme⁵⁷ andererseits sowie die weitgehenden Ausnahmeregelungen werfen zumindest Fragen auf, ob dieses Verbot alle Formen von grundrechtsinkompatibler Massenüberwachung verhindern kann. Inwiefern beispielsweise eine nachträgliche Identifizierung von Demonstrationsteilnehmenden mittels Gesichtserkennungstechnologie und auf Basis vorhandener Videodaten aus grundrechtlicher Perspektive weniger problematisch sein soll als ein Echtzeiteinsatz, bleibt unklar. Mit Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen fragwürdig scheint zudem der Fokus dieses Verbots auf die *Verwendung* der Systeme, wo sich eine Diskrepanz zu den weiteren drei verbotenen Systemen in Art. 5(1)a-c zeigt. Während diese Beschränkung in Art. 5(1)d mit Blick auf die Liste der Ausnahmen und Erfordernisse in Art. 5(1)d(i-iii) und 5(2-4) angezeigt ist, kann gleichzeitig kritisiert werden, dass nicht in einem zusätzlichen

⁵⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 11. August 2021 zu Interpellation 21.3580 vom 5. Mai 2021, Glättli Balthasar, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20213580>>.

⁵⁶ EGMR, Entscheidung vom 16. Dezember 1982 in der Rechtssache 9228/80, Rz. 1.

⁵⁷ So ist es zum Beispiel fragwürdig, inwiefern eine nachträgliche Identifizierung von Personen anhand biometrischer Erkennungssysteme (z.B. basierend auf vorhandenen Videoaufnahmen) aus grundrechtlicher Perspektive weniger problematisch sein sollte. Vgl. zur Kritik etwa AccessNow, Submission to the European Commission's adoption consultation on the Artificial Intelligence Act, 2021, abrufbar unter <<https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2021/08/Submission-to-the-European-Commissions-Consultation-on-the-Artificial-Intelligence-Act.pdf>>.

Unterabsatz auch das *Inverkehrbringen* und die *Inbetriebnahme* dem Verbot unterworfen werden. Damit werden Anbieter:innen von biometrischen Erkennungssystemen insofern vom Verbot ausgenommen, als diesen den Raum gelassen wird, ihre Systeme weiterhin zu entwickeln, zu verkaufen und zu exportieren. Wiederum zeigt sich ein gewisses Spannungsverhältnis zu einem konsistenten Grundrechtsschutz, da so der Einsatz von in der EU entwickelten biometrischen Erkennungssystemen zu Strafverfolgungszwecken in Drittstaaten – wie er innerhalb der EU verboten wäre – weiterhin möglich bleibt. Hier droht ein extraterritoriales grundrechtliches Schutzzvakuum.

3. KI-Systeme mit hohem Risiko

Die Pflichten, denen Hochrisiko-Systeme unterworfen würden, sind in dem Sinne begrüßenswert, da sie Transparenz schaffen, was im Lichte der eingangs erwähnten *Black Box*-Problematik zentral erscheint.⁵⁸ Lücken zeigen sich jedoch bei den Pflichten, denen die Nutzer:innen der Systeme unterworfen würden. Wie oben ausgeführt ist es nicht in erster Linie eine spezifische Technologie, die mit Risiken einhergeht, sondern die Verwendung dieser Technologie in einem bestimmten Kontext und zu einem bestimmten Zweck. Diese Faktoren hängen jedoch in erster Linie von den Unternehmen oder Behörden ab, die diese einsetzen – dem „Nutzer“, nach der Terminologie des KI-Verordnungsentwurfs. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, wäre es demnach notwendig, diese Nutzer:innen stärker in die Pflicht zu nehmen: einerseits durch eine verpflichtende Folgenabschätzung, die die Risiken des Einsatzes eines Systems beurteilt, und andererseits, indem Transparenzanforderungen auf Nutzer:innen ausgeweitet würden, inklusive einer Nachweispflicht zum Einsatz eines KI-Systems in der EU-weiten Datenbank.

Weiter bietet sich eine punktuelle Ausweitung der im KI-Verordnungsentwurf vorgesehenen Transparenzanforderungen an, beispielsweise aus Nachhaltigkeitsperspektive in Hinblick auf den Ressourcenverbrauch von KI-Systemen – unabhängig von ihrem Risikolevel.

Gleichzeitig ist wichtig zu betonen, dass Transparenz notwendige, aber nie hinreichende Bedingung sein kann auf dem Weg zu einem verantwortungsvollen Einsatz von KI-Systemen. Um das zentrale Ziel des Grundrechtsschutzes zu erreichen, braucht es zusätzlich Mechanismen, anhand derer Diskriminierungsfreiheit und andere Dimensionen von Gerechtigkeit sichergestellt und Verantwortung und Rechenschaftspflichten zugeschrieben werden können. Ob dies im Rahmen dieser KI-Verordnung überhaupt sinnvoll gemacht

⁵⁸ Siehe oben, [A](#).

werden kann oder ob es dafür ergänzende Rechtsakte, möglicherweise in anderen Rechtsbereichen, benötigt, kann diskutiert werden. Eine wichtige, wenn auch nicht ausreichende⁵⁹, Ergänzungsmöglichkeit bieten beispielsweise die demnächst erwarteten Vorschläge der EU-Kommission zu Haftungsfragen bei KI-Systemen, unter anderem im Zusammenhang mit der geplanten Revision der Produkthaftungsrichtlinie.⁶⁰

Sicher ist, dass die Erfüllung der im KI-Verordnungsentwurf festgelegten Transparenzpflichten nicht verhindern wird, dass Systeme so eingesetzt werden, dass sie diskriminierende Wirkung entfalten oder andere Arten von ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen mit sich bringen. Die einzigen Hebel, die der Verordnungsentwurf an dieser Stelle ansetzen könnte, sind die Erfordernisse bezüglich Risikomanagement⁶¹ und Datenqualität⁶². Es zeigt sich jedoch, dass ein enger Fokus auf eine Verzerrung (*bias*) in den verwendeten Daten der vielschichtigen Weise, in der KI-Systeme zu Ungerechtigkeiten beitragen können, nicht Rechnung trägt: Diese können einerseits auch durch die zugrundeliegenden (von Menschen gemachten) Entscheidungs- und Interpretationsmodelle hervorgerufen werden, andererseits entspringen sie darüber hinaus oft dem gesellschaftlichen Kontext, in dem das System eingesetzt wird: So kann ein System mit sich selbst verstärkenden Rückkoppelungsschleifen einhergehen, die nicht durch einen engen Fokus auf die Verbesserung der Datenqualität verhindert werden können. Massnahmen auf technologischer Ebene können zwar notwendig sein, sind aber nicht hinreichend, wenn es um Anforderungen hinsichtlich Nicht-Diskriminierung und Gerechtigkeit von ADM-Systemen geht.⁶³

V. Die Perspektive der Grundrechtsträger:innen

Aus einer grundrechtlichen Perspektive erscheint besonders irritierend, dass der KI-Verordnungsentwurf zwar grundrechtliche Ziele verfolgt, allerdings die Träger:innen dieser Grundrechte – also die Personen, deren Rechte von KI-Systemen potenziell berührt werden – unerwähnt bleiben: Der Entwurf schreibt ihnen weder prozedurale noch substanzielle Rechte zu.⁶⁴ Um Indi-

⁵⁹ Siehe unten, [C.V](#).

⁶⁰ Siehe oben, [Fn. 7](#).

⁶¹ Art. 9 COM(2021) 206 final.

⁶² Art. 10 COM(2021) 206 final.

⁶³ Balayn Agathe/Gürses Seda, Beyond Debiasing: Regulating AI and its Inequalities, European Digital Rights (Hrsg.), Brussels 2021, abrufbar unter <https://edri.org/our-work/if-ai-is-the-problem-is-debiasing-the-solution/>.

⁶⁴ Diese Lücken werden denn auch in verschiedenen Stellungnahmen kritisiert, vgl. etwa Smuha et al., 44 ff., 50 ff.

viduen vor negativen Auswirkungen von KI-Systemen zu schützen – das erklärte Ziel des Verordnungsentwurfs – benötigen sie einerseits Zugang zu Rechtsmitteln, um sich individuell oder kollektiv zur Wehr zu setzen und Wiedergutmachung zu erwirken. Die Möglichkeit, rechtliche Mittel zu ergreifen, setzt wiederum voraus, dass auch gegenüber Betroffenen Transparenz gewährt wird: Sie benötigen beispielsweise Zugang zu Information über eine von einem KI-System getroffene Entscheidung, die sie betrifft, inklusive einer Erklärung des grundsätzlichen Entscheidungsprozesses. Weiter scheint es angezeigt, dass auch Individuen und ihre Vertreter:innen die Möglichkeit haben, bei nationalen Aufsichtsbehörden Beschwerde einzureichen und dadurch Untersuchungen auszulösen. Andererseits fehlt im KI-Verordnungsentwurf auch das substanzielle Recht, einem KI-System nicht unterworfen zu sein, das mit einem unakzeptablen Risiko einhergeht oder das die Erfordernisse der Verordnung nicht erfüllt.

In dieser Hinsicht zeigt sich denn auch eine Diskrepanz zur Datenschutzgrundverordnung, die eine Reihe von Rechten für Individuen vorsieht, wenn deren Daten bearbeitet werden.⁶⁵ Der derzeitige KI-Verordnungsentwurf weist hier wesentliche Lücken auf.

VI. Durchsetzung

Zentral für die Wirksamkeit der KI-Verordnung in der Praxis wird sein, dass Durchsetzungsstrukturen vorhanden und sinnvoll ausgestaltet sind. Die Abstützung auf die Selbsteinschätzung der Anbieter:innen, die nur moderate Bedeutung von notifizierten Stellen und die Unklarheit bezüglich Kompetenzen und Zuständigkeiten – all dies sind Aspekte, bei welchen die Gesetzgeber:innen nun die Möglichkeit haben, Verbesserungen einzuführen. Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang auch den nationalen Aufsichtsbehörden zu: Erstens empfiehlt es sich, diese mit umfassenden Aufsichts- und Initiativbefugnissen auszustatten und, wie oben erwähnt, Anlaufstellen und Beschwerdemechanismen für betroffene natürliche oder juristische Personen sicherzustellen. Zweitens sieht der Entwurf zwar explizit vor, dass „die zuständigen nationalen Behörden mit angemessenen finanziellen und personellen Ressourcen ausgestattet werden“⁶⁶ und verweist dabei auch auf die notwendige Expertise. Gleichzeitig wird in seiner Begründung ausgeführt, dass dafür eine bis 25 Vollzeitstellen pro Mitgliedstaat vorgesehen wären.⁶⁷ Um die Aufgaben einer sinnvollen und umfassenden Aufsicht wahrzunehmen, ist dies

⁶⁵ Art. 12 ff. Verordnung (EU) 2016/679; Smuha et al., 50 ff.

⁶⁶ Art. 59(4) COM(2021) 206 final.

⁶⁷ Begründung, Kap. 4 COM(2021) 206 final.

deutlich ungenügend. Nicht zuletzt die Herausforderungen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung⁶⁸ haben gezeigt, dass es sich lohnt, dies mit der entsprechenden Sorgfalt anzugehen.

Abschliessend lässt sich sagen, dass die EU-Kommission mit der KI-Verordnung eine horizontale Regulierung mit nicht zu unterschätzender Ausstrahlkraft vorgeschlagen hat. Sie enthält wichtige Hebel, um die Transparenz zu risikobehafteten KI-Systemen zu fördern, was grundsätzlich zu begrüßen und anzuerkennen ist. Gleichzeitig scheint, dass ihr Ansatz, Grundrechtsschutz via Binnenmarktregulierung, Selbsteinschätzung und Transparenzpflichten sicherzustellen, verschiedene Spannungsverhältnisse mit sich bringt, die Fragen bezüglich der Wirksamkeit der Regulierung in der Praxis aufwerfen.

Das Narrativ der EU-Kommission, einen Rahmen für den Einsatz von KI zu schaffen, dem die Menschen vertrauen, scheint noch immer geprägt von der impliziten Vorstellung, dass das Vertrauen der Bevölkerung Mittel zum Zweck ist, um Innovation zu befördern. Innovation ist essenziell für unsere Gesellschaft – doch sie ist kein Zweck an sich. Auch Innovation soll letztlich der Menschheit dienen. Entsprechend kann das Ziel, das Vertrauen der Menschen zu erhöhen, nur darüber zu erreichen sein, dass der Einsatz neuer Technologien eben *vertrauenswürdig* gestaltet wird. Die Pfeiler, an denen sich Innovation und die Verwendung neuer Technologien zu orientieren haben, sind jene, auf die wir uns als Gesellschaft geeinigt haben: Demokratie, Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit.

D. Auswirkungen auf die Schweiz

Wie im vorhergehenden Kapitel erwähnt, würde die KI-Verordnung direkte extraterritoriale Wirkung entfalten: Anbieter·innen und Nutzer·innen in der Schweiz wären an sie gebunden, wenn sie ihre Systeme in der EU anbieten oder das Ergebnis ihrer Systeme in der EU verwendet wird. Während es sich bei Anbieter·innen regelmässig um private Unternehmen handeln wird, könnten als Nutzer·innen nebst privaten auch öffentliche Stellen davon erfasst werden – nämlich dann, wenn sie Systeme einsetzen, deren Ergebnisse innerhalb der EU verwendet würden. Denkbar ist beispielsweise ein Chatbot, der auf einer Website der Schweizer Bundesverwaltung von in der EU wohnhaften Auslandschweizer·innen zu Informationszwecken genutzt würde – auch dieser müsste demnach zukünftig die Transparenzpflichten gemäss Art. 52(1) KI-Verordnungsentwurf erfüllen. Eine Ausnahme sieht der Entwurf vor für Behörden, die KI-Systeme nutzen, wenn dies im Rahmen eines Übereinkommens mit der

⁶⁸ Verordnung (EU) 2016/679.

EU oder einem ihrer Mitgliedstaaten im Bereich Strafverfolgung und Justiz geschieht.⁶⁹ Dies würde etwa eine Ausnahme bedeuten für schweizerische Behörden, die im Rahmen des Übereinkommens mit Europol KI-Systeme einsetzen.

Nebst diesen direkten rechtlichen extraterritorialen Auswirkungen lässt sich jedoch bereits jetzt feststellen, dass der Vorschlag der EU auch einen Einfluss auf politische Debatten und Prozesse in der Schweiz haben wird. Die Schweiz ist aufgerufen, sich zur Problematik zu positionieren – einerseits, weil es angezeigt ist, Rahmenbedingungen für den verantwortungsvollen Umgang mit KI zu schaffen. Die Verwendung von KI-Systemen wirft neue Fragen auf, kann mit Risiken für individuelle Autonomie, Gerechtigkeit und Gemeinwohl einhergehen und scheint punktuell bestehende rechtliche Konzepte zumindest herauszufordern. Eine reflektierte und evidenzbasierte Debatte, wie wir diesen Einsatz gestalten wollen und wie wir ihn so gestalten können, dass er tatsächlich zum Nutzen der Menschen geschieht, ist unabdingbar. Dies beinhaltet sowohl ein breites gesellschaftliches Engagement, das den verschiedensten Teilen der Gesellschaft zugänglich ist, als auch den politischen Aufruf an den Gesetzgeber, aktiv zu werden. Andererseits wird die Schweiz von der EU-Rechtssetzung geprägt, ist eng mit dem EU-Binnenmarkt verknüpft und vom Marktzugang abhängig. Auch wenn dies nicht bedeutet, dass die Schweiz die EU-Regeln nachbilden muss, wird sich mit Inkrafttreten der KI-Verordnung – womit frühestens 2024 zu rechnen ist – der Handlungsbedarf zweifellos noch verstärken.

Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, die Reflektion und die Arbeit dazu jetzt aufzunehmen. Umso bedauerlicher scheint es, dass der Bundesrat bisher zuwartet, auch wenn ein proaktiverer Ansatz von parlamentarischer Seite bereits eingefordert wird.⁷⁰

Das bedeutet gleichzeitig nicht, dass die Schweiz aufgefordert ist, es der EU gleich zu tun. Eine horizontale Regulierung von KI im Sinne des EU-Vorschlags bringt gleichzeitig das Risiko mit sich, dass zu wenig sorgfältig auf den Kontext eines Systems eingegangen und der Blick auf den grösseren Zusammenhang verschleiert wird. Die Verwendungsweise von KI-Systemen variiert enorm, von der Steuerung von Laufbändern in Fabriken bis hin zur Vergabe von Sozialleistungen. Es kann mit guten Gründen hinterfragt werden, ob im Lichte dieser enormen Varietät ein horizontaler Regulierungsansatz geeignet erscheint.

⁶⁹ Art. 2(4) COM(2021) 206 final.

⁷⁰ Vgl. dazu Stellungnahme des Bundesrates vom 25. August 2021 zu Motion 21.3676 vom 10. Juni 2021, Bellaiche Judith, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20213676>>.

Die Alternative ist, da rechtsetzend tätig zu werden, wo sich rechtliche Lücken zeigen. Führende Schweizer Rechtswissenschaftler:innen haben im Detail analysiert und aufgezeigt, wo diese Lücken bestehen und wie sie zu schliessen wären.⁷¹ Sie verstehen denn auch ihren Beitrag „als Anstoss für eine vertiefte Diskussion und als Aufruf an den schweizerischen Gesetzgeber, die Erarbeitung eines Rechtsrahmens zur Erfassung der Herausforderungen von KI zeitnah anzugehen“.⁷²

In diesem Zusammenhang ist erstens wichtig zu betonen, dass es für die Schaffung der erwähnten Rahmenbedingungen für einen verantwortungsvollen Einsatz von KI, der der Gesellschaft zugutekommt, verschiedenste Massnahmen braucht – sei dies im Bereich der Forschung, der unabhängigen Aufsicht, der technologischen Entwicklung, des zivilgesellschaftlichen Engagements, der Bildung und Förderung der *Algorithmic Literacy* und digitaler Kompetenzen, der öffentlichen Debatte oder eben der rechtlichen Regulierung. Zweitens wird es bei dieser rechtlichen Regulierung notwendig sein, gesetzgeberisch tätig zu werden und durch generelle und sektorielle Normen Lücken zu schliessen sowie bestehende Normen zu ergänzen und anzupassen. Dies ist angezeigt etwa im Bereich des Diskriminierungsschutzes im Verhältnis zwischen Privaten,⁷³ zur Förderung der Transparenz etwa durch Informationspflichten für Betroffene oder öffentliche Register der im öffentlichen Sektor eingesetzten KI-Systeme⁷⁴ oder wenn es darum geht, rote Linien zu ziehen und gewisse Anwendungen von KI-Systemen zu verbieten. Einsatzweisen von KI-Systemen, die inhärent mit Grundrechten in Konflikt stehen, wie die Verwendung von biometrischen Erkennungssystemen im öffentlichen Raum, sollten in demokratischen Gesellschaften nicht erlaubt sein. Zudem existieren in verschiedenen Sektoren bereits Regelungen für die Nutzung von algorithmenbasierten Technologien, sei es beispielsweise im Finanzsektor oder in der Medizin. Auch hier ist es zentral, kontinuierlich Lücken zu identifizieren und zu schliessen.

⁷¹ Braun Binder Nadja et al., Künstliche Intelligenz: Handlungsbedarf im Schweizer Recht, Jusletter, 28. Juni 2021a.

⁷² Braun Binder et al., 2021a, 1.

⁷³ Thouvenin Florent et al., Ein Rechtsrahmen für Künstliche Intelligenz, Positionspapier Digital Society Initiative (DSI) Strategy Lab, Balsthal/Zürich 2021, abrufbar unter <<https://www.dsi.uzh.ch/dam/jcr:3a0cb402-c3b3-4360-9332-f800895fdc58/dsi-strategy-lab-21-de.pdf>>.

⁷⁴ Thouvenin et al.; Loi et al., 2; AlgorithmWatch, Submission on the European Commission's „White Paper on Artificial Intelligence – a European approach to excellence and trust“, 2020, 3, abrufbar unter <<https://algorithmwatch.org/en/response-european-commission-ai-consultation/>>.

Drittens kann es aber bei der rechtlichen Regulierung nicht einzig um den Aspekt der Rechtsetzung gehen, sondern müssen auch die Anwendung und Auslegung bestehender Normen in den Blick genommen werden.⁷⁵ In erster Linie müssen diese konsistent und konsequent auf Anbieter:innen und Nutzer:innen von KI-Systemen sowie auf die von oder mit Hilfe von KI-Systemen getroffenen Prognosen und Entscheidungen *angewendet* werden. Die Verwaltung ist weiterhin an Grundrechte und rechtsstaatliche Prinzipien, an das Legalitätsprinzip und Verfahrensgarantien gebunden, unabhängig davon, ob sie ihre Entscheide mit oder ohne automatisierte Unterstützung trifft.⁷⁶ Zudem prägen auch bereits bestehende technologieunabhängige Regelungen den Einsatz von KI-Systemen und setzen ihm Leitplanken.

Darüber hinaus muss sich – ganz zentral – die *Auslegung* bestehender Normen so weiterentwickeln, dass sie der technologischen Entwicklung und den Herausforderungen von ADM-Systemen gerecht wird. Um diese zentrale Aufgabe anzuleiten und der Komplexität der Problematik gerecht zu werden, ist eine interdisziplinäre und multisektorale Herangehensweise angezeigt. Der Umgang mit KI wirft Fragen auf, deren Beantwortung die Expertise aus verschiedenen Disziplinen – darunter Rechtswissenschaft, Informatik, Data Science, Philosophie oder Kommunikationswissenschaften – und verschiedenen Sektoren – Wissenschaft, Verwaltung, Privatsektor und Zivilgesellschaft – bedingen. Vorschläge wie jene der Einrichtung einer Expertinnenkommission⁷⁷ erscheinen in dieser Hinsicht vielversprechend. Gleichzeitig muss sichergestellt werden, dass dieses Engagement breit abgestützt ist und insbesondere auch die Perspektiven von Personen oder Gruppen, die von den Auswirkungen von KI-Systemen auf besondere oder überproportionale Weise betroffen sind, einbezogen werden. Wenn Rechtsetzung, -anwendung und -auslegung evidenzbasiert sein sollen, brauchen wir fundierte Expertise, die aber auch informiertes Wissen dazu, wie KI-Systeme sich real und konkret auf Mensch und Gesellschaft auswirken, berücksichtigt.

⁷⁵ Braun Binder et al., 2021a, Rz. 55.

⁷⁶ Braun Binder Nadja et al., Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung: rechtliche und ethische Fragen, Schlussbericht vom 28. Februar 2021, Zürich 2021b, abrufbar unter <https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/politik-staat/kanton/digitale-verwaltung-und-e-government/projekte_digitale_transformation/ki_einsatz_in_der_verwaltung_2021.pdf>.

⁷⁷ Braun Binder et al., 2021a, Rz. 57; Thouvenin et al., 7.

E. Fazit

Rahmenbedingungen für den Einsatz von KI-Systemen – inklusive ihrer rechtlichen Regulierung – müssen zum Ziel haben, dass dieser Einsatz so gestaltet werden kann, dass er den Einzelnen und der Gesellschaft tatsächlich nutzt, statt ihnen zu schaden, und diesen Nutzen gerecht verteilt. Was wir dafür brauchen, ist Transparenz zur Verwendung und Funktionsweise der Systeme, um eine evidenzbasierte und breite gesellschaftliche Debatte zu entfachen. Dies ist Grundlage, damit wir als Individuen selbstbestimmt Kontrolle über den Einfluss von KI-Systemen auf uns ausüben können und wir als Gesellschaft die Möglichkeit haben, auf demokratische Weise evidenzbasiert Kontrolle auszuüben. Nicht zuletzt muss sichergestellt werden, dass Möglichkeiten der Zuschreibung von Verantwortung gegeben sind, um die am Einsatz eines Systems beteiligten Akteure auf sinnvolle Weise zur Rechenschaft zu ziehen, wenn das System Auswirkungen hat, die gegen Rechte von Einzelnen verstossen oder der Gesellschaft schaden.

Auf EU-Ebene haben derzeit Parlament und Rat die Möglichkeit, den KI-Verordnungsentwurf an wesentlichen Stellen nachzubessern, um diesen Ansprüchen gerecht zu werden. In der Schweiz sind Politik, Wissenschaft, Privatsektor und Zivilgesellschaft aufgerufen, sich an einem inklusiven Dialog und Engagement zur Thematik zu beteiligen, damit die Gestaltung dieser Rahmenbedingungen angegangen werden kann.

Künstliche Intelligenz: Regulatorische Überlegungen zum „Wie“ und „Was“

Rolf H. Weber*

Neue technologische Entwicklungen stellen das Recht regelmässig vor Herausforderungen; diese Einschätzung gilt auch für die Künstliche Intelligenz. Die EU hat mit einem sehr detaillierten risikoorientierten Regulierungsvorschlag reagiert. Ein solches Konzept dürfte für die Schweiz nicht zielführend sein. Erfolgversprechender ist die Ausarbeitung eines technologieneutralen Rahmengesetzes, unter dessen „Schirm“ die regulierungsbedürftigen Themen einer Normierung durch Anpassungen bestehender Gesetze zugeführt werden.

Inhalt

A.	Einleitung	B 2
B.	Regulierungskonzepte und -modelle	B 3
I.	Gestaltungsaufgabe des Rechts	B 3
II.	Staatliche und kooperative Regulierung	B 4
III.	Horizontale und vertikale Regulierung	B 5
IV.	Regulierungstiefe und -dichte	B 6
C.	Struktureller und themenbezogener Regulierungsansatz	B 7
I.	Ausgangslage: Kooperative Regulierung mit Rahmengesetz	B 7
II.	Probleme bei grenzüberschreitenden Sachverhalten	B 9
III.	Identifikation der relevanten Themen	B 10
D.	Regelungspunkte bei KI-relevanten Themen	B 11
I.	Nichtdiskriminierung und Fairness	B 11
II.	Transparenz und Erklärbarkeit	B 12
III.	Manipulation	B 14
IV.	Datenschutz und Datensicherheit	B 15
V.	Haftung und Verantwortlichkeit	B 16
E.	Ausblick	B 17

* Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber ist Professor für Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, daselbst Co-Leiter des Universitären Forschungsschwerpunkts „Finanzmarktregulierung“ und Mitglied des Leitungsausschusses des „Center for Information Technology, Society, and Law“ sowie Rechtsanwalt in Zürich (Bratschi AG).

A. Einleitung

Die Künstliche Intelligenz (KI) ist zu einem regulatorischen „Hot Topic“ geworden. Der technologische Fortschritt im Digitalisierungsbereich rief eine Debatte über die Notwendigkeit der Regulierung von Algorithmen hervor; in einer ersten Phase haben insbesondere internationale Organisationen (OECD, Europarat, EU, UNESCO) mit Leitlinien und politischen Erklärungen die Diskussionen geprägt,¹ nunmehr liegen angesichts des Rufes nach weiteren Normierungen auch erste gesetzliche Vorschläge vor.

Phänomenologisch lassen sich verschiedene Erscheinungsformen von Algorithmen unterscheiden:² Die ursprünglichen deterministischen Algorithmen sind mehr und mehr durch modifizierende selbstlernende Algorithmen, die darauf abzielen, statistische Muster in Datensätzen zu erkennen und sich diese zunutze zu machen, verdrängt worden. Solche Algorithmen, die zur Technologie der Künstlichen Intelligenz gehören, bereiten die menschlichen Entscheidungen vor oder ersetzen sie durch technische Abläufe, obschon ein Algorithmus (im ethisch gehaltvollen Sinne) selbst keine Entscheidung treffen kann.³

Mit dem Entwurf für einen „Artificial Intelligence Act“ (AIA) ist die EU-Kommission im April 2021 regulatorisch vorgeprescht.⁴ Das sehr detaillierte Normengefüge basiert auf einem differenzierten risikobasierten Ansatz und reguliert vornehmlich die risikoreichsten Anwendungen.⁵ Die Schweiz ist dadurch auch unter Handlungsdruck gekommen, selbst wenn eine Interdepartemen-

¹ Zwischenzeitlich ist die Zahl der KI-Deklarationen von Institutionen, Organisationen und Verbänden auf über 150 gestiegen; angesichts des schon vorhandenen Schrifttums wird dieses Thema vorliegend nicht vertieft.

² Vgl. Rolf H. Weber/Simon Henseler, Regulierung von Algorithmen in der EU und in der Schweiz, EuZ 2020, 28, 29; soweit nachfolgend themenspezifische Regulierungsaspekte zur Diskussion gelangen, wird auf diesen materialreichen Beitrag verwiesen, ohne die zitierten Quellen umfassend zu wiederholen.

³ Weber/Henseler, 29 m.w.V.

⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, April 21, 2021, COM(2021) 206 final.

⁵ Vgl. Angela Müller, Der Artificial Intelligence Act der EU: Ein risikobasierter Ansatz zur Regulierung von Künstlicher Intelligenz – mit Auswirkungen auf die Schweiz, EuZ 01/2022, A 3 ff.; Philipp Roos/Caspar Alexander Weitz, Hochrisiko-KI-Systeme im Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung, MMR 2011, 844 ff.

tale Kommission des Bundes im Dezember 2019 noch die Meinung vertrat, die Schweiz sei an sich gut gerüstet, um die neuen technologischen Herausforderungen normativ zu bewältigen.⁶

Das Ziel der nachfolgenden Überlegungen besteht nicht darin, die Chancen und Risiken, die sich für die Gesellschaft aus dem Einsatz von KI ergeben, erneut im Einzelnen darzustellen; die entsprechenden Einschätzungen im publizierten Schrifttum weisen keine erheblichen Diskrepanzen auf. Ebenso wenig soll der AIA-Vorschlag einer detaillierten Analyse der umfangreichen Bestimmungen unterzogen werden.⁷ Vielmehr geht der Beitrag der Frage nach, welcher Regulierungsansatz im Kontext der Künstlichen Intelligenz sich für die Schweiz als sachgerecht erweist.⁸ Aus diesem Grunde sind vorerst die wesentlichen Elemente möglicher Regulierungskonzepte und -modelle aus einer theoretischen Perspektive darzustellen bzw. deren Charakteristiken gegeneinander abzuwägen.

B. Regulierungskonzepte und -modelle

I. Gestaltungsaufgabe des Rechts

Das Recht ist ein strukturelles System, das auf organisierten oder untereinander verbundenen regulatorischen Elementen beruht. Die Funktion des Rechts besteht darin, durch verhaltensbezogene Vorgaben und Institutionen das Zu-

⁶ Interdepartementale Arbeitsgruppe Künstliche Intelligenz, Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz, Bericht an den Bundesrat, 13. Dezember 2019, 10 ff. Verabschiedet hat der Bundesrat immerhin Leitlinien „Künstliche Intelligenz“ für den Bund, Orientierungsrahmen für den Umgang mit künstlicher Intelligenz in der Bundesverwaltung, 25. November 2020; weiter hat der Bundesrat am 25. August 2021 beschlossen, ein „Kompetenznetzwerk Künstliche Intelligenz, KNW KI“ in der ersten Jahreshälfte 2022 ins Leben zu rufen.

⁷ Vgl. dazu statt Vieler etwa Müller, A 5 ff.; Roos/Weitz, 844 ff.; Gerald Spindler, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E), CR 2021, 361 ff.; Michael Veale/Frédéric Zuiderveen Borgesius, Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act, Comp. L. Rev. Int. 2021, 97 ff.

⁸ Diese Frage ist auch der Ausgangspunkt des Beitrags von Nadja Braun Binder/Thomas Burri/Melinda Florina Lohmann/Monika Simmler/Florent Thouvenin/Kerstin Noëlle Vokiniger, Künstliche Intelligenz: Handlungsbedarf im Schweizer Recht, Jusletter 28. Juni 2021, Rz. 4; detailliert diskutiert werden die relevanten Themenbereiche, nicht aber das regulierungstheoretische Konzept, weshalb sich der vorliegende Beitrag als komplementäre Ergänzung verstehen lässt.

sammenleben in der Gesellschaft zu normieren und Konflikte zu lösen, die sich bei der Anwendung der Regeln ergeben.⁹ Die Schaffung von Recht vermag dabei auf verschiedenen, nachfolgend anzusprechenden Quellen zu beruhen.

Gewisse Grundfragen stellen sich aber für jede Rechtsordnung:¹⁰ Wer darf regulieren? In welchem Interesse? Durch welche Mechanismen? Mit welchen Zielen? Ungeachtet der konkreten Beantwortung dieser Fragen erscheint indessen als unbestritten, dass dem Recht eine Gestaltungsaufgabe mit Blick auf die zwischenmenschlichen Beziehungen in der Gesellschaft zukommt.¹¹

II. Staatliche und kooperative Regulierung

Die traditionellen regulatorischen Instrumente finden sich – für grenzüberschreitende Erscheinungen – in den internationalen Staatsverträgen und in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen (Verfassung, Gesetz). Diese Rechtsquellen kommen in einem geordneten (oft demokratischen) Verfahren zustande; die einzelnen Normen lassen sich auch obrigkeitlich mit Zwang durchsetzen.¹² Gerade mit Blick auf schnelle technologische Veränderungen hat sich in den letzten Jahrzehnten aber gezeigt, dass staatliches Recht meist nur relativ langsam entsteht und hernach zur Anwendung gelangt.¹³ Andere normative Instrumente erweisen sich deshalb zur Ergänzung des Regulierungsumfelds als notwendig.

Seit Jahren ist anerkannt, dass neben dem staatlichen „Hard Law“ auch das „Soft Law“ eine gewichtige Rolle zu spielen vermag. Unter den Begriff des Soft Law fallen die verschiedenartigsten Formen von Selbstregulierungen, die auf Initiative der betroffenen Branchen, Unternehmen oder zivilgesellschaftlichen Vereinigungen entstehen.¹⁴ Der Vorteil von Selbstregulierungen liegt darin, dass die entsprechenden Bestimmungen gestützt auf Know How und Erfahrungen der Betroffenen zeitgerecht und zu tiefen Kosten entwickelt werden,

⁹ Für einen neueren Überblick vgl. Rolf H. Weber, Internet Governance at the Point of No Return, Zürich 2021, 13 f. m.w.V.; Amnon Reichman/Giovanni Sartor, Algorithms and Regulation, in: H.-W. Micklitz et al. (eds.), Constitutional Challenges in the Algorithmic Society, Cambridge 2022, 131 ff.

¹⁰ Vgl. Rolf H. Weber, Realizing a New Global Cyberspace Framework, Zürich 2014, 34–36.

¹¹ Grundlegend dazu Herbert L.A. Hart, The Concept of Law, 2nd ed., Oxford 1997, 55 ff.

¹² Allgemein zum Recht des Cyberspace vgl. Chris Reed, Making Laws for Cyberspace, Oxford 2012, 70–73, 105/06.

¹³ Im Schrifttum wird oft von „regulatory lag“ gesprochen: vgl. Weber/Henseler, 32.

¹⁴ Für einen ganz neuen Überblick vgl. Rolf H. Weber, Integrity in the ‚Infinite Space‘ – New Frontiers for International Law, ZaöRV 81 (2021), 601, 619 f.

der Nachteil hingegen darin, dass sie sich obrigkeitlich nicht durchsetzen lassen.¹⁵ Soft Law als Form einer kooperativen Regulierung schneidet indessen qualitativ keineswegs schlechter ab als Hard Law.¹⁶

Als Zwischenform hat in den letzten Jahren das Modell der „Co-Regulierung“ (bzw. der „regulierten Selbstregulierung“) an Bedeutung gewonnen. Dieses Regulierungskonzept verstärkt Selbstregulierungen durch eine staatliche „Anerkennung“ bzw. sogar eine Überwachung der Beachtung von Verhaltenspflichten.¹⁷ Vielfältige Beispiele sind aus den Finanz-, Medien- und Internetmärkten bekannt.¹⁸ Dank der Mitwirkung des traditionellen Gesetzgebers bei der Durchsetzung der normativen Bestimmungen verstärkt sich deren Wirkung.¹⁹ Das Modell der Co-Regulierung entspricht dem im Kontext der Internet Governance intensiv diskutierten und teilweise auch angewendeten Multistakeholder-Konzept; die Entwicklung eines erfolgreichen normativen Umfelds setzt voraus, dass alle betroffenen Akteure (z.B. Regierungen/Verwaltungen, Unternehmen, Zivilgesellschaft, Akademie) gemeinsam an der Regelbildung mitwirken.²⁰ Diese Vorzüge sind gerade für den KI-Bereich fruchtbar zu machen.

III. Horizontale und vertikale Regulierung

Mit dem Entwurf für einen Artificial Intelligence Act (AIA) hat die EU-Kommission einen horizontalen Regulierungsansatz gewählt; grundsätzlich ist das risikobasierte Modell für alle Wirtschaftssegmente und Branchen relevant.²¹ Der Vorteil der horizontalen Regulierung liegt darin, dass eine normative Segmen-

¹⁵ Rolf H. Weber, *Artificial Intelligence ante portas: Reactions of Law*, J 2021(4), 486, 488.

¹⁶ Weber/Henseler, 33 m.w.V.

¹⁷ Eingehender dazu Weber, 621 f.

¹⁸ Vgl. dazu Chris T. Marsden/Trisha Meyer/Ian Brown, *Platform values and democratic elections: How can the law regulate digital disinformation?* CLSR 36 (2020), 105373, 1, 9 ff.

¹⁹ Vgl. auch Myriam Senn, *Non-State Regulatory Regimes, Understanding Institutional Transformation*, Berlin/Heidelberg 2011, 43, 139–148, 230.

²⁰ Für eine umfassende Darstellung des Multistakeholder-Konzepts vgl. Rolf H. Weber, *Legal foundations of multistakeholder decision-making*, ZSR 135 (2016) I 247–267; zur Anwendung des kooperativen Regulierungsansatzes im KI-Kontext vgl. Weber, 487 f. und Weber/Henseler, 33.

²¹ Vgl. zum horizontalen risikobasierten Ansatz auch Müller, A 6 ff.

tierung vermieden werden kann; nachteilig wirkt sich hingegen aus, dass die Berücksichtigung von branchenspezifischen Besonderheiten nur schwer möglich ist.²²

Ein vertikaler Regulierungsansatz würde es erlauben, für die betroffenen Wirtschaftssegmente eine möglichst massgeschneiderte Regulierung zu verwirklichen. Der Gesundheitssektor bedarf z.B. nicht zwingend derselben Vorgaben wie die Autobranche. Angesichts der vielfältigen KI-Einsatzmöglichkeiten weist eine sektorspezifische Regulierung deutliche Vorzüge auf; sie vermag den normativen Herausforderungen präziser Rechnung zu tragen und vermeidet, dass allgemeine Anordnungen teilweise ungeeignet sind. Für den KI-Bereich hat dieses Konzept im Vergleich zu einem nur horizontalen Ansatz nicht zu unterschätzende Vorteile.

IV. Regulierungstiefe und -dichte

Der AIA-Entwurf, den die EU-Kommission vorgelegt hat, zeichnet sich durch eine sehr hohe Regulierungstiefe und -dichte aus. Auf über 100 Seiten finden sich viele detaillierte Einzelregeln, deren Umsetzung sich nicht immer leicht vornehmen lässt, was für die Rechtsanwendung und -durchsetzung als nicht unproblematisch erscheint.

Ein anderer Regulierungsansatz würde darin bestehen, konkret zu prüfen, welche Sachverhalte im Interesse des Staates und der Zivilgesellschaft tatsächlich einer Regulierung bedürfen. Dieses Vorgehen hat der Bundesrat mit Bezug auf den durch die Distributed Ledger Technology (DLT) verursachten Handlungsbedarf gewählt. Zwar erklärte der Bundesrat in der Botschaft zum DLT-Gesetz (November 2019), bestmögliche Rahmenbedingungen für DLT-Geschäftsmodelle schaffen zu wollen, damit sich die Schweiz als ein führender, innovativer und nachhaltiger Standort für Blockchain-Unternehmen etablieren und weiterentwickeln könne.²³

²² Im Finanzmarktrecht hat die FINMA bzw. später der Bundesrat beabsichtigt, die traditionelle vertikale Regulierung durch ein horizontales Modell zu ersetzen. Bis zu einem gewissen Grade ist dies mit dem FinfraG und dem FIDLEG auch geschehen; im Laufe der Ausarbeitung der neuen Finanzmarktarchitektur hat sich aber gezeigt, dass gewisse vertikale Regulierungen in Kraft bleiben müssen (z.B. neben dem FiniG das BankG, das VAG, das KAG), um branchengerechte Normierungen zu erreichen (vgl. *Thomas Jutzi/Ksenia Wess/Damian Sieradzki, Die neue Finanzmarktarchitektur im europäischen Regulierungskontext*, AJP 2020, 572, 583 m.w.V.).

²³ Botschaft des Bundesrates vom 27. November 2019 zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBl 2020, 233, 239.

Materiell hat der Bundesrat indessen auf den Vorschlag für ein umfassendes Blockchain-Gesetz, wie z.B. im Fürstentum Liechtenstein realisiert, verzichtet, und den bewährten und ausgewogenen Rechtsrahmen der Schweiz nicht grundsätzlich in Frage gestellt.²⁴ Vielmehr nimmt das zwischenzeitlich vom Parlament (einstimmig) verabschiedete DLT-Gesetz lediglich diejenigen Anpassungen in einzelnen Gesetzen vor, die erforderlich gewesen sind, um den DLT-Anwendungen nicht normative Lücken oder Hindernisse in den Weg zu stellen.²⁵

Eine ähnliche Vorgehensweise erscheint auch mit Bezug auf die Künstliche Intelligenz als denkbar und sachgerecht. Nach einer Identifikation der relevanten Themen und der Analyse des konkreten Normierungsbedarfs ist zu beurteilen, welcher theoretische Regulierungsansatz sinnvoll ist. In der Umsetzung liesse sich dann – ähnlich wie im Fall des DLT-Gesetzes – ein „Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Künstlichen Intelligenz“ ausarbeiten. Im Gegensatz zum DLT-Gesetz dürfte es indessen nicht ausreichen, in der Einleitung lediglich festzuhalten, die „nachstehenden Erlasse werden wie folgt geändert“, sondern zu einzelnen Themen (z.B. Nichtdiskriminierung, IT-Sicherheit) sind ggf. „neue“ Gesetze vorzubereiten.

C. Struktureller und themenbezogener Regulierungsansatz

I. Ausgangslage: Kooperative Regulierung mit Rahmengesetz

Die Künstliche Intelligenz ist eine moderne und sich noch stark im Fluss befindliche Technologie. Ein gewisser Handlungsbedarf lässt sich aber bereits identifizieren. Die Wahrscheinlichkeit ist überdies erheblich, dass zusätzliche Fragen und Probleme erst im Laufe der nächsten Monate und Jahre auftreten. Aus diesem Grunde drängt sich ein flexibles normatives Regelwerk auf. Im Sinne der vorangehenden theoretischen Überlegungen sind auch die Vorteile der vertikalen (sektorspezifischen) gegenüber der horizontalen Regulierung fruchtbar zu machen.

Wie erwähnt ist die Erarbeitung und Inkraftsetzung von staatlichen Rechtsinstrumenten regelmässig zeitintensiv; neue Regelungen hinken deshalb den Technologien nach, wie die bereits einsetzende Diskussion zur sog. tech-

²⁴ Botschaft, 239 f.

²⁵ Für einen Überblick vgl. Hans Kuhn/Rolf H. Weber, Einleitung, in: R.H. Weber/H. Kuhn, Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht, Basel 2021, Kap. 1, Rz. 1 ff.

nologieneutralen Umschreibung des Begriffs der Künstlichen Intelligenz im AIA-Vorschlag zeigt.²⁶ Aus diesem Grunde erscheint es als wünschenswert, Soft Law-Komponenten im KI-Regulierungsumfeld ebenfalls zu berücksichtigen. Diese Vorgehensweise lässt sich am ehesten verwirklichen, wenn sich die staatliche Mitwirkung an der Normsetzung auf ein Rahmengesetz beschränkt und ein kooperativer Regulierungsansatz verwirklicht wird.

In überzeugender Weise werden im Europarat mit seinen 47 Mitgliedern mögliche Modelle für eine Regulierung der Künstlichen Intelligenz diskutiert. Das am 11. September 2019 eingesetzte Ad hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI) hat im umfangreichen Bericht vom 17. Dezember 2020²⁷ nicht nur die Chancen und Risiken der Künstlichen Intelligenz analysiert und insbesondere die Relevanz von Menschenrechten und Demokratie für KI-Regulierungen diskutiert, sondern auch die möglichen Formen von rechtlichen Instrumenten erläutert. Das Kapitel „Mapping of Instruments Applicable to Artificial Intelligence“²⁸ hält zwar dafür, dass die bestehenden Ethik-Leitlinien regulatorisch nicht ausreichen würden, aber doch verschiedene Optionen verbleiben, um eine rechtliche Ordnung für KI sinnvoll festzulegen.

Insbesondere bringt der CAHAI-Report die Idee einer „Framework Convention“ auf.²⁹ Im Gegensatz zum AIA-Vorschlag der EU, der eine umfassende und detaillierte Regulierung postuliert, öffnet der Europarat zutreffend den Weg zu einer differenzierten rechtlichen Strukturierung der normativen Vorgaben. Dieser Vorschlag überlässt den Mitgliedstaaten einen nicht unerheblichen Freiraum, den auch die Schweiz mit einem eigenen Ansatz ausnutzen

²⁶ Zu diesem vorliegend nicht zu vertiefenden Problem vgl. Jonas Fischer/Mathias Fuchs, Brauchen wir eine Legaldefinition für künstliche Intelligenz? Jusletter 8. November 2021, Rz. 18 ff.

²⁷ Council of Europe, Ad hoc Committee on Artificial Intelligence, Feasibility Study, CAHAI(2020) 23, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai> (CAHAI-Report).

²⁸ CAHAI-Report, 18 ff.

²⁹ CAHAI-Report, 46 ff. CAHAI hat an diesem Konzept im Final Meeting vom 29.11.–2.12.2021 ausdrücklich festgehalten („Possible elements of a legal framework on artificial intelligence“).

könnte,³⁰ und weist zudem Ähnlichkeiten zum erwähnten Modell eines „Rahmengesetzes“ auf, den der Bundesrat mit Blick auf die DLT-Entwicklungen gewählt hat.³¹

Ein entsprechendes Regulierungskonzept erweist sich auch für den künftig in der Schweiz normativ zu bewältigenden KI-Bereich als sachgerecht. Das Modell des Rahmengesetzes wird im Schrifttum als mögliche Regulierungsform anerkannt und gerade in komplexen Materien für sinnvoll gehalten.³² Statt ein horizontales umfassendes „KI-Gesetz“ zu erlassen, können in ein KI-Rahmengesetz allgemeine und spezifische Normen, jeweils – soweit möglich – in Abänderung und Ergänzung bestehender Rechtsquellen, aufgenommen werden.³³

II. Probleme bei grenzüberschreitenden Sachverhalten

Die Angebote für durch Künstliche Intelligenz geprägte Produkte und Dienstleistungen bleiben nicht auf die Schweiz beschränkt. Vielmehr ist vorauszusehen, dass auch EU-Märkte bedient werden sollen. Der Entwurf der EU für die AIA-Verordnung sieht ausdrücklich vor, dass bei Angeboten an EU-Verbraucher deren Bestimmungen zu beachten sind.³⁴

Die AIA-Verordnung wird also das Schutzniveau in der Schweiz mitprägen und der Schweizer Bevölkerung einen grundrechtlichen Schutz anbieten, sofern sich Unternehmen in der EU einzelner AI-Vorkehren in der Produktion von Gütern und der Bereitstellung von Dienstleistungen bedienen.³⁵ Eine gewisse materielle Kohärenz in der Ausgestaltung der Regulierungen wäre deshalb erwünscht, um zu vermeiden, dass der Zugang von Produkten und Dienstleis-

³⁰ So auch Florent Thouvenin/Markus Christen/Abraham Bernstein/Nadja Braun Binder/Thomas Burri/Karsten Donnay/Lena Jäger/Mariela Jaffé/Michael Krauthammer, Melinda Lohman/Anna Mätzener/Sophie Mützel/Liliane Obrecht/Nicole Ritter/Matthias Spielkamp/Stephanie Volz, Digital Society Initiative, Positionspapier – Künstliche Intelligenz, November 2021, 2, <https://www.itsl.uzh.ch/en/Knowledge-transfer/Publications.html>.

³¹ Vgl. vorne Ziff. B.IV.

³² Kuhn/Weber, Rz. 17-19; für das Finanzmarktrecht vgl. Pascal Zysset, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht, Diss. Bern, Zürich 2017, 207 f. m.w.V.

³³ Dieser Regulierungsansatz wird nun auch von Thouvenin et al., 2, vertreten.

³⁴ Ähnlich wie bei der EU-DSGVO kommt nach Art. 2(1) des AIA-Vorschlags das EU-Recht zur Anwendung, wenn ein KI-System innerhalb der EU eingesetzt wird oder wenn das vom System hervorgebrachte Ergebnis innerhalb der EU verwendet wird.

³⁵ Vgl. auch Müller, A 5 f.

tungen zum EU-Binnenmarkt erschwert wird.³⁶ Eine gesetzgeberische Lösung in der Schweiz müsste somit versuchen, sachlich vergleichbare bzw. EU-kompatible KI-Standards zu realisieren.

Äquivalenz bedeutet aber nicht Identität der Regulierungen. Diese Einschätzung zeigt sich seit Jahren in der Beurteilung des vergleichbaren Datenschutzniveaus; ausländische Datenschutzgesetze müssen nicht genau gleiche Schutzprinzipien und -mechanismen aufweisen, sondern „lediglich“ in einer „äquivalenten“ Weise die Vertraulichkeit der Daten von Schweizer Personen sicherstellen.³⁷ Zudem sollte die Schweiz nicht vorschnell auf einen durch ein weniger dichtes Regulierungsmodell bewirkten Wettbewerbsvorteil verzichten, nicht zuletzt auch mit Blick auf die vielen Abnehmer ausserhalb der EU, denn KI-Systeme lassen sich global vermarkten.

III. Identifikation der relevanten Themen

Wie erwähnt ist ein horizontaler Regulierungsansatz regelmässig gezwungen, eine hohe Regulierungsdichte zu realisieren, und hat dennoch den Nachteil, dass sektorspezifische Besonderheiten nicht berücksichtigt werden können. Wird von einem solchen umfassenden horizontalen Regulierungsansatz abgesehen, erweist es sich indessen als notwendig, die relevanten Themen der Künstlichen Intelligenz, die einen Handlungsbedarf auslösen, zu identifizieren. Nach zwischenzeitlich verbreiteter Meinung stehen folgende Themen im Vordergrund:³⁸

- Nichtdiskriminierung und Fairness;
- Transparenz und Erklärbarkeit;
- Manipulation;
- Datenschutz und Datensicherheit;
- Haftung und Verantwortlichkeit.

Abgesehen von der Identifikation der relevanten Themen hat der Gesetzgeber auch die regulatorischen Instrumente festzulegen, die zum Einsatz kommen sollen. Der stärkste Eingriff würde in einem Verbot bestehen; eine Alternative besteht in der Festlegung von Zulassungsbedingungen, die der Anbieter von KI-Produkten oder -Dienstleistungen einzuhalten hat. Verbote sind grund-

³⁶ Ob solche Handelshemmnisse ggf. einen Verstoß des WTO-Rechts zur Folge hätten, wäre gesondert zu prüfen; zum Ganzen auch *Braun Binder et al.*, Rz. 4.

³⁷ Art. 16 Abs. 1 des neuen DSG verlangt einen „angemessenen Schutz“ im Ausland, nicht das Vorliegen identischer Datenschutzgrundsätze.

³⁸ Zu den einzelnen Themen vgl. nachfolgend [Ziff. D.](#)

sätzlich nur gerechtfertigt, wenn die Sicherheitsrisiken als so erheblich erscheinen, dass eine sachgerechte Minimierung mit möglichen Vorsichtsmassnahmen nicht in Frage kommt;³⁹ jedes Verbot führt nämlich dazu, dass die Angebote für entsprechende KI-Produkte und -Dienstleistungen völlig vom Markt verschwinden. Zulassungsverfahren sind insbesondere geeignet, die Realisierung von Sicherheitsvorkehrungen zu gewährleisten; im Einzelnen ist jeweils zu prüfen, ob bereits bestehende Zulassungsverfahren erweitert werden können oder ob es sich aufdrängt, neue Zulassungsverfahren zu schaffen.⁴⁰

D. Regelungspunkte bei KI-relevanten Themen

Die nachfolgend angesprochenen, im KI-Kontext relevanten Themen betreffen besondere politik- und marktrelevante Bereiche. Potentielle KI-Risiken vermögen sich aber auch auf grundlegende Rechtsprinzipien auszuwirken; zu treffend thematisiert der Europarat im CAHAI-Report z.B. die Menschenwürde, die Grundfreiheiten, die Demokratie und die „Rule of Law“.⁴¹ Die materielle Diskussion der „ausgewählten“ fünf wichtigen Themenbereiche erfolgt bewusst knapp, weil vertiefendes Schrifttum bereits vorhanden ist⁴² und die rechtliche Rahmenordnung in einem Forschungsprojekt während der nächsten drei Jahre detailliert analysiert werden soll.⁴³

I. Nichtdiskriminierung und Fairness

Die zentralste Herausforderung bei der KI-Regulierung betrifft wohl den Bereich der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung. Beispiele, die zeigen, dass gewisse menschliche Merkmale zu unfairen oder gar diskriminierenden Behandlungen führen können, weil mit einzelnen Merkmalen ein „Bias“ ver-

³⁹ Mögliche Beispiele für ein Verbot sind der Einsatz von Gesichtserkennung und anderen biometrischen Fernerkennungsverfahren im öffentlichen Raum zum Zwecke der Massenüberwachung oder der Einsatz von Social Scoring mit dem Ziel, eine Zugangsregulierung zu grundlegenden sozialen Diensten zu bewirken; vgl. *Thouvenin et al.*, 6 f.

⁴⁰ Vgl. *Thouvenin et al.*, 6.

⁴¹ CAHAI-Report, 27 ff.; zur Menschenwürde, zu den Grundfreiheiten und zu den rechtsstaatlichen Prinzipien eingehend *Rolf H. Weber*, *Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte*, SZW 2020, 18 ff. m.w.V.

⁴² Für weiterführende Überlegungen vgl. *Weber/Henseler*, 33 ff. und *Braun Binder et al.*, Rz. 8 ff.; beide Beiträge enthalten umfangreiche weitergehende Hinweise, auf deren erneute Erwähnung im Interesse einer „schlanken“ Darstellung verzichtet wird.

⁴³ Für einen Bericht über die Eröffnungsveranstaltung vom 10. November 2021 vgl. *Fabienne Graf/Liliane Obrecht*, *Rechtliche Rahmenbedingungen für Künstliche Intelligenz in der Schweiz*, Jusletter 29. November 2021, Rz. 1 ff.

bunden sein kann, dürfen als weitherum bekannt gelten.⁴⁴ Betroffen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung sind nicht nur private Unternehmen, sondern ebenso die öffentliche Verwaltung.⁴⁵

Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung ist verfassungsrechtlich verankert (Art. 8 Abs. 1 BV); immerhin bedarf dieser Grundsatz einer Verfeinerung, um sinnvoll anwendbar zu sein.⁴⁶ Zu beachten bleibt weiter, dass „Fairness“ und „Bias“ in einzelnen Disziplinen weiter gefasst werden.⁴⁷ Besonders problematisch ist die indirekte bzw. verdeckte Diskriminierung, die sich ggf. lediglich in einzelnen Auswirkungen von Einschätzungen zeigt.⁴⁸

Im Gegensatz zu anderen Themenbereichen dürfte sich zur Sicherstellung von Nichtdiskriminierung und Fairness ein horizontaler (allgemeiner) Gesetzeserlass, der öffentliche Verwaltungen und weitergehend als heute insbesondere private Unternehmen betrifft, als notwendig erweisen,⁴⁹ da die Ergänzung einer grossen Zahl von bestehenden Gesetzen kaum sinnvoll zu bewerkstelligen wäre.

II. Transparenz und Erklärbarkeit

Der Einsatz von Künstlicher Intelligenz muss transparent erfolgen; die betroffenen Personen sind zudem in die Lage zu versetzen, die KI-Vorgehensweise zu verstehen, was deren Erklärbarkeit und Interpretierbarkeit voraussetzt. Die Transparenz und Nachvollziehbarkeit von KI-Vorgängen sind adressatengerecht auszugestalten, abhängig vom Verständnishorizont des Betroffenen und der Bedeutung der Entscheidung für die erfasste Person; die der automatisierten Entscheidung zugrunde liegende Logik muss verständlich sein und die notwendigen Informationen enthalten, um einen ausreichenden Grad an Nachvollziehbarkeit zu erreichen.⁵⁰

⁴⁴ Im Einzelnen vgl. *Weber/Henseler*, 31 f. und 39 ff. sowie *Braun Binder et al.*, Rz. 21 ff., je m.w.V.

⁴⁵ Für ein (österreichisches) Beispiel vgl. *Braun Binder et al.*, Rz. 23.

⁴⁶ Zum sekundärrechtlichen bzw. einfachgesetzlichen Diskriminierungsschutz vgl. *Weber/Henseler*, 39 f.

⁴⁷ *Braun Binder et al.*, Rz. 25 f.

⁴⁸ *Braun Binder et al.*, Rz. 24 und 27 ff. m.w.V.

⁴⁹ In diese Richtung gehen wohl auch *Thouvenin et al.*, 4; ob eine „organische Weiterentwicklung“ des heutigen Rechts ausreicht (so *Braun Binder et al.* [Fn. 8], Rz. 30), erscheint mit Bezug auf den Nichtdiskriminierungsgrundsatz indessen als zweifelhaft.

⁵⁰ *Thouvenin et al.*, 3; zu den spezifischen Transparenzanforderungen des EU-Rechts, das weiter entwickelt ist als das Schweizer Recht (z.B. im Gesundheitsbereich), vgl. *Weber/Henseler*, 37 f.

Denkbar wäre weiter die Einführung einer Kennzeichnungspflicht bei der Verwendung von algorithmischen Systemen. Um die Erkennbarkeit des KI-Einsatzes für die interessierte Öffentlichkeit zu gewährleisten, würde auch die Möglichkeit bestehen, ein öffentlich zugängliches Register zu schaffen, das aufzeigt, in welchen Bereichen die öffentliche Verwaltung einzelne KI-Systeme einsetzt.⁵¹

Im Datenschutz- und im Verbraucherrecht (stärker in der EU als in der Schweiz) sind erste Regulierungsansätze bereits vorhanden. So enthalten z.B. die DSGVO und das neue DSG der Schweiz eine spezifische Informationspflicht und ein Auskunftsrecht bei automatisierten Entscheidungen; offenzulegen sind aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer KI-Verarbeitung.⁵² Zwar sind Inhalt und Tragweite der gesetzlichen Informationspflichten bzw. Auskunftsrechte im Einzelnen umstritten, doch hat sich zwischenzeitlich die Meinung durchgesetzt, die Grundannahmen des Algorithmus seien offenzulegen, nicht aber der Algorithmus selbst.⁵³

Entsprechende rechtliche Regelungen erweisen sich insbesondere im Gesundheitsbereich als angebracht. Der AIA-Vorschlag erklärt den Einsatz von KI in medizinischen Instrumenten als mit hohem Risiko behaftet.⁵⁴ Für solche Systeme gelten spezifische Transparenzpflichten; offenzulegen ist, mit welchen Daten die KI trainiert wurde und wie sie funktioniert und wirkt.⁵⁵ Die Transparenzschaffung kann aber in Widerspruch zu den Geheimhaltungsinteressen der die KI-Systeme entwickelnden Unternehmen geraten, was einen konkreten Interessenabwägungsprozess im Lichte der gegebenen Umstände erforderlich macht.⁵⁶

Einschränkungen mit Bezug auf die Transparenzschaffung sind auch beim raum- bzw. zeitbezogenen „Predictive Policing“ unumgänglich, um zu vermeiden, dass die vorausschauende Polizeiarbeit schon frühzeitig offengelegt werden muss.⁵⁷ Mit dem Predictive Policing lassen sich anhand statistischer Pro-

⁵¹ Thouvenin et al., 3.

⁵² Art. 13 Abs. 2 lit. f und Art. 14. Abs. 2 lit. g DSGVO; Art. 21 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 2 lit. f rev. DSG.

⁵³ Weber/Henseler, 35, und Braun Binder et al., Rz. 12, je m.w.V.

⁵⁴ Art. 5 i.V.m. Anhang 2A des AIA-Vorschlags.

⁵⁵ Im Einzelnen dazu Braun Binder et al., Rz. 9 und 15.

⁵⁶ Braun Binder et al., Rz. 10 m.w.V.

⁵⁷ Vgl. auch Weber, 24 f.

gnosen wahrscheinliche Vorfälle identifizieren, was der Polizei das Ergreifen präventiver (aus Sicherheitsgründen als sinnvoll erscheinender) Massnahmen ermöglicht.⁵⁸

III. Manipulation

Künstliche Intelligenz lässt sich einsetzen, um menschliches Verhalten zu beeinflussen. Ein solcher Eingriff in die Autonomie der betroffenen Person vermag unbewusst auf das Denken und Handeln einer Person einzuwirken. Besonders problematisch ist die verdeckte Beeinflussung (z.B. durch Verwendung von Empfehlungsalgorithmen auf Plattformen der sozialen Medien).⁵⁹

Manipulationen können auch im Kontext der demokratischen Prozesse vorfallen und damit z.B. den Schutz der freien Willensbildung beeinträchtigen.⁶⁰ Weltweit diskutiert wird die Manipulation insbesondere im Vorfeld von Wahlen und Volksabstimmungen; immerhin lässt sich nicht übersehen, dass bereits heute gewisse rechtliche Rahmenbedingungen bestehen, um – unabhängig von den genutzten Informationskanälen – gegen schwerwiegende Desinformationen vorzugehen.⁶¹ Allgemein betrachtet steht das Recht indessen bei der Erfassung von Manipulationen und Desinformationen noch am Anfang.

Gewisse rechtliche Regelungen, deren Zweck darin besteht, Manipulationen zu vermeiden, sind hingegen im privatrechtlichen Bereich vorhanden: Das Verbreiten von manipulativer Information fällt in den Anwendungsbereich des strafrechtlichen Ehrverletzungsschutzes (Art. 173 ff. StGB) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 28 ZGB). Diese rechtlichen Regelungen dürften geeignet sein, die wesentlichsten Desinformationen durch KI zu erfassen.⁶²

Weiter enthält das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verschiedene Bestimmungen, die im Rahmen der Verbreitung marktrelevanter Desinformationen von Bedeutung sind (insbesondere Art. 3 Abs. 1 lit. b, lit. d und lit. i UWG sowie allgemein Art. 2 UWG).⁶³ Dennoch bleibt genauer zu analysieren, inwieweit eine Konkretisierung des Manipulationstatbestandes im UWG nicht sinnvoll wäre.

⁵⁸ Braun Binder et al., Rz. 13.

⁵⁹ Vgl. auch Thouvenin et al., 4.

⁶⁰ Thouvenin et al., 4 f.

⁶¹ Vgl. BGE 140 I 338, E.5.3; Braun Binder et al., Rz. 36.

⁶² Vgl. dazu den kürzlich erschienenen BAKOM-Bericht, Intermediäre und Kommunikationsplattformen – Auswirkungen auf die öffentliche Kommunikation und Ansätze einer Governance, Bericht vom 17. November 2021.

⁶³ Braun Binder et al., Rz. 35 und 38.

Der AIA-Vorschlag sieht ein Verbot für gewisse Formen des manipulativen Gebrauchs von KI und für KI-Anwendungen vor (Art. 5 Abs. 1 lit. a und b). Die Formulierung des Tatbestandes ist aber sehr offen umschrieben und auch ungenügend zielgerichtet, weshalb sich eine Übernahme in das Schweizer Recht nicht aufdrängt; vielmehr erscheint die hiesige Rechtsordnung als hinreichend flexibel, um die relevanten Probleme zu erfassen, die durch Manipulationen mittels KI entstehen könnten.⁶⁴

IV. Datenschutz und Datensicherheit

Der Schutz der Privatsphäre war historisch betrachtet das erste Thema, das im Kontext der Künstlichen Intelligenz heiss diskutiert worden ist.⁶⁵ Die Schaffung der DSGVO in der EU sowie des neuen DSG in der Schweiz scheint den Herausforderungen aber an Brisanz genommen zu haben.

Insbesondere die bereits erwähnten Bestimmungen zu den automatisierten Entscheidungen, aber auch die Anordnungen zu den Datenschutz-Folgeabschätzungen, nehmen den Regelungsbedarf, der durch den Einsatz von Algorithmen entsteht, detailliert auf. Einzelne Verfeinerungen lassen sich diskutieren⁶⁶ und sind auch angebracht; deren Realisierung dürfte aber nicht auf unüberwindbare Hindernisse stossen.

Unabhängig von diesen (theoretischen) Überlegungen bleibt indessen im Auge zu behalten, dass insbesondere die Vorgaben des Datenschutzrechts bereits sehr weit gediehen sind und es voraussichtlich in vielen Einzelkonstellationen weniger um legislatorische Ergänzungen wegen Regelungslücken als um die konkrete Umsetzung vorhandener Normierungen geht.⁶⁷

Die Datensicherheit ist schon heute im digitalen Umfeld von grosser Bedeutung. Mit KI-Anwendungen liegt die Messlatte für Sicherheitsstandards aber noch höher. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Schweiz – ähnlich wie andere Länder – ein allgemeines IT-Sicherheitsgesetz erlassen sollte.⁶⁸ Im Sinne einer kooperativen Regulierung ist es indessen durchaus denkbar, dass private Organisationen sich bemühen, angemessene IT-Sicherheitsstandards

⁶⁴ Vgl. auch *Braun Binder et al.*, Rz. 39.

⁶⁵ Für einen Überblick vgl. *Weber/Henseler*, 34 ff. m.w.V.

⁶⁶ Vgl. dazu *Braun Binder et al.*, Rz. 20.

⁶⁷ Vgl. *Weber/Henseler*, 35 f.

⁶⁸ *Thouvenin et al.*, 6.

zu entwickeln, wie dies insbesondere durch die International Standardisation Organisation (ISO) und auch schweizerische Vereinigungen bereits geschehen ist.⁶⁹

V. Haftung und Verantwortlichkeit

In der Öffentlichkeit intensiv diskutiert wird die Problematik der zivilrechtlichen Haftung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die Verursachung von Schäden im Falle des Einsatzes von KI im Strassenverkehr.⁷⁰ Ohne Zweifel ergibt sich in diesem Bereich ein Handlungsbedarf, und zwar nicht zuletzt angesichts der Tatsache, dass die traditionellen Haftungsregeln (insbesondere diejenigen des Produkthaftungsrechts) an die physischen Güter und nicht an die körperlosen Dienstleistungen bzw. an die Software anknüpfen.⁷¹

Die EU ist mit ihren Vorbereitungsarbeiten zur Anpassung der Produkthaftungspflicht-Richtlinie schon recht weit gediehen; zu klären ist immerhin noch die Einordnung digitaler Dienste.⁷² Im Vordergrund steht die Frage, ob eine isolierte Steuerungssoftware als (Teil)Produkt qualifiziert werden kann, eine Annahme, die auch in der Schweiz vermehrt Zustimmung findet.⁷³ In dieser Betrachtungsweise liesse sich Software in jeglicher Form als „typische Erscheinung der fortschreitenden Technisierung“ unter den Anwendungsbe-
reich des Produkthaftungsgesetzes subsumieren.⁷⁴ Weiter klärungsbedürftig ist die Konkretisierung des Begriffs der Fehlerhaftigkeit im Falle von KI-Anwendungen.⁷⁵ Immerhin lässt sich nicht übersehen, dass die Schweizer Rechtsprechung die deliktische Produzentenhaftung durch eine extensive Auslegung der ausservertraglichen Norm von Art. 55 OR bereits seit Jahrzehnten erheblich erweitert hat.⁷⁶

Ein besonderes Thema ist die Risikoprävention. Nach dem schon seit Jahren bekannten Konzept der Zuordnung von Risikosphären ist zu prüfen, welche

⁶⁹ Vgl. dazu schon Rolf H. Weber/Annette Willi, IT-Sicherheit und Recht, Zürich 2006, 67 ff. und 74 ff. m.w.V.

⁷⁰ Vgl. Melinda F. Lohmann, Automatisierte Fahrzeuge im Lichte des Schweizer Zulassungs- und Haftungsrechts, Baden-Baden 2016, 211 ff.

⁷¹ Melinda F. Lohmann, Ein zukunftsfähiger Haftungsrahmen für Künstliche Intelligenz. Warum die Schweiz ihr Produkthaftungsrecht aktualisieren muss, HAVE 2021, 111 ff.

⁷² Vgl. auch Braun Binder et al., Rz. 41 f. m.w.V.

⁷³ Walter Fellmann, Haftpflichtrecht im Zeichen der Digitalisierung, HAVE 2021, 105, 109.

⁷⁴ Fellmann, 107; Braun Binder et al., Rz. 43.

⁷⁵ Vgl. dazu Braun Binder et al., Rz. 44 f. m.w.V.

⁷⁶ Diese Rechtsprechung hat vor fast 40 Jahren mit dem sog. Schachtrahmen-Entscheid des Bundesgerichts (BGE 110 II 456 ff.) ihren Anfang genommen.

Partei in der Lieferkette für gewisse Risiken am besten einzustehen vermag.⁷⁷ Grundsätzlich lässt sich sagen, dass die KI-Herstellerin am ehesten die Gefährdung durch sorgfältiges Programmieren zu beherrschen vermag; indessen verringert sich bei lernfähigen KI-Anwendungen, die nach dem Inverkehrbringen aufgrund der Nutzung trainiert werden, die Kontrolle.⁷⁸ Entlastungsmöglichkeiten ergeben sich aus der unsachgemässen Änderung eines KI-Systems in der kundenseitigen Anwendung oder im Falle von sog. Entwicklungsrisiken.⁷⁹

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht somit im Haftungsrecht, selbst wenn einzelne bestehende Haftungsnormen (z.B. Art. 55 OR) durchaus analog auch im KI-Kontext angewendet werden können und die Umschreibung von *ex ante* Sorgfaltspflichten im traditionellen rechtlichen Umfeld als möglich erscheint. Für eine Schweizer Regulierung lässt sich indessen auf die bereits schon weit vorangeschrittenen Diskussionen im EU-Raum zurückgreifen: In Frage kommen z.B. die Einführung sektorspezifischer Gefährdungshaftungsnormen aufgrund der Herstellung oder Nutzung von KI-Systemen oder die Schaffung einer allgemeinen Gefährdungshaftung, kombiniert mit einer Versicherungspflicht.⁸⁰

E. Ausblick

Der Gesetzgeber steht auch in der Schweiz vor neuen Herausforderungen im KI-Kontext. Die Notwendigkeit der Schaffung konkreter Regulierungen, die als unausweichlich erscheinen, um die KI-Risiken sachgerecht in den Griff zu bekommen, bedeutet aber nicht, dass zwingend der sehr detaillierte und teilweise problematische AIA-Vorschlag der EU „ungekürzt“ übernommen werden muss. Vielmehr erweist es sich für die Schweiz als sinnvoll, gestützt auf einen kooperativen Regulierungsansatz in der Form eines Rahmengesetzes punktuell Anpassungen der bestehenden Normen in den betroffenen Rechtsbereichen vorzunehmen, soweit ein Handlungsbedarf vorliegt.⁸¹

Das Modell eines Rahmengesetzes, das – ähnlich wie das DLT-Gesetz – als „Schirm“ die verschiedenartigen normativen Anpassungen zusammenhält, erweist sich als eine sinnvolle Vorgehensweise. Konkrete gesetzliche Ergän-

⁷⁷ Zum Konzept der Risikosphären vgl. Rolf H. Weber, Smart Contracts: Vertrags- und verfügungsrechtlicher Regelungsbedarf? sic! 2018, 291, 297 f.

⁷⁸ Lohmann, 120; Braun Binder et al., Rz. 46.

⁷⁹ Art. 5 Abs. 1 lit. b und lit. e PrHG; Braun Binder et al., Rz. 47 f.

⁸⁰ Im Einzelnen dazu Braun Binder et al., Rz. 50 m.w.V.

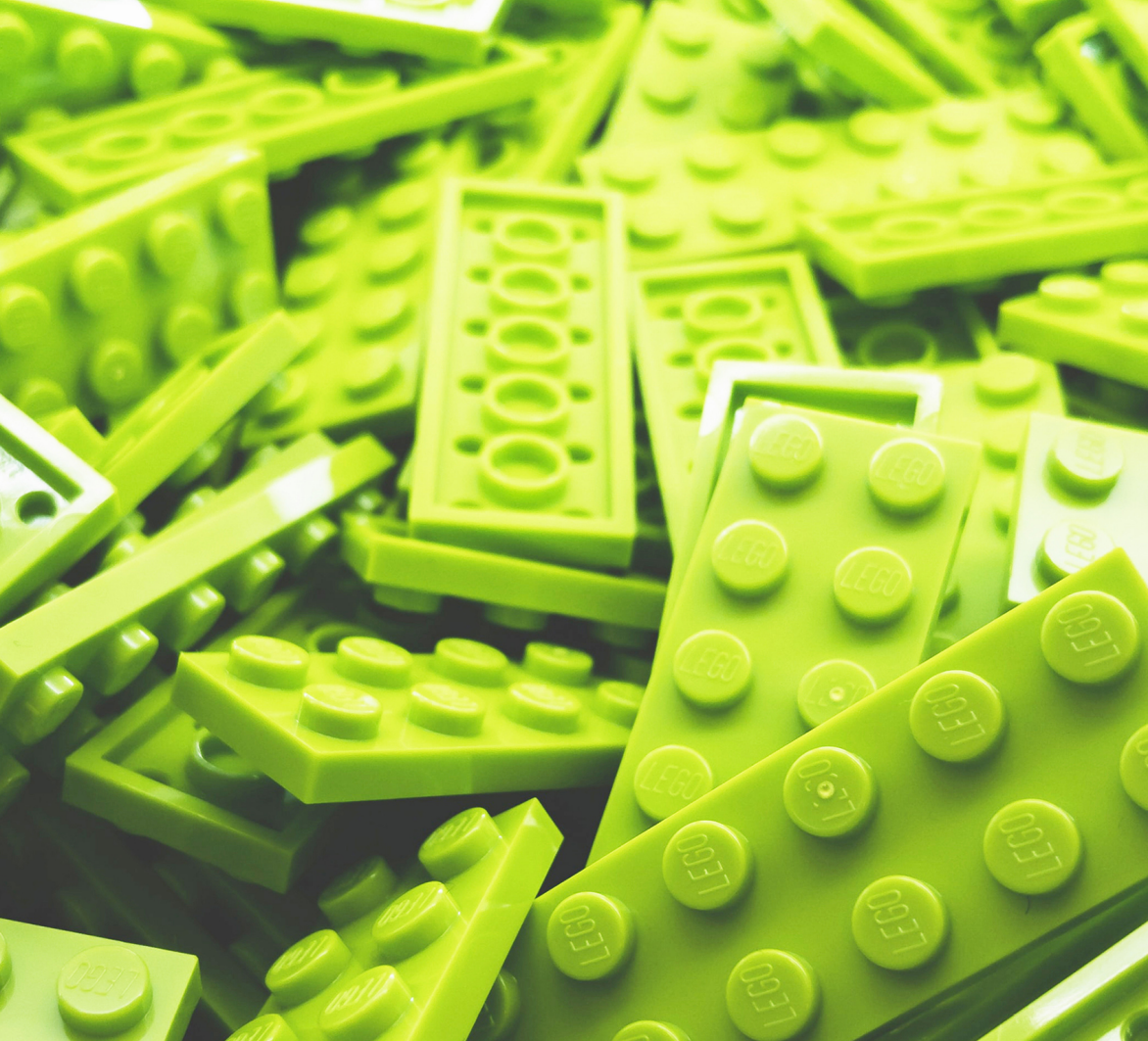
⁸¹ Vgl. auch Braun Binder et al., Rz. 55.

zungen mit horizontaler Wirkung sind im Datenschutz-, Persönlichkeits- und Lauterkeitsrecht erforderlich, doch wäre deren Ausmass gut überblickbar. Genauere vertikale Regelungen drängen sich im Gesundheitsrecht auf. Etwas komplexer ist die Situation im Haftungsrecht (erweiterte „Produkthaftung“), weil eine Kombination von horizontalen und vertikalen Regeln ins Auge zu fassen ist.

In zwei Bereichen wird – weitergehender als im DLT-Gesetz – zu analysieren sein, ob nicht eine umfassende horizontale Regulierung anzustreben wäre, nämlich beim Thema der Nichtdiskriminierung im privaten Bereich und beim Thema der IT-Sicherheit. Zwar wäre dieser Regulierungsansatz aufwendiger, aber im gesamtgesellschaftlichen Interesse an diesen beiden Materien wohl sachgerecht.

Bei der konkreten Ausgestaltung der neuen Gesetzesbestimmungen sind die erwünschte Äquivalenz zum EU-Recht und das Erfordernis der technologie-neutralen Erfassung von KI-System im Auge zu behalten. Zur Verwirklichung dieser beiden Anliegen muss aber nicht der AIA-Vorschlag der EU „kopiert“ werden, sondern es bleibt ausreichender Spielraum für eine den Schweizer Bedürfnissen entsprechende KI-Gesetzgebung, z.B. gestützt auf ein materielles, in kooperativer Regelbildung zu verwirklichendes Konzept, das stärker auf die Vermeidung negativer Entwicklungen (Diskriminierung, Manipulation) als auf die Einhaltung risikodeterminierter Standards ausgerichtet ist.⁸²

⁸² Vgl. vorne [Ziff. C.II.](#)



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
02 | 2022

LEITARTIKEL:

Tadas Zukas / Uwe Trafkowski
Sustainable Finance:
The Regulatory Concept of
Greenwashing under EU Law

Sustainable Finance: The Regulatory Concept of Greenwashing under EU Law

Tadas Zukas/Uwe Trafkowski*

Table of Contents

A.	Introduction	C 2
B.	Elements of the concept	C 4
I.	Definitions	C 4
1.	Taxonomy Regulation (2020)	C 4
2.	SFDR RTS draft (2021)	C 6
3.	Sustainable Finance Strategy (2021)	C 7
4.	EC's SFDR Q&A (2021)	C 8
5.	Revised MiFID II delegated act (2021)	C 9
II.	The concept's core	C 12
III.	No uniform definition	C 14
IV.	Focus on the SFDR enforcement	C 15
C.	Managing the greenwashing risk	C 16
D.	The legislator's purpose: "Sunlight ... the best of disinfectants"?	C 19
I.	Setting the scene	C 19
II.	Learning from experience: Importance of clarity on key definitions	C 20
III.	Nudging the markets to self-adjust: Disclosure requirements as a key instrument	C 23
IV.	Triggering regulatory obligations: Centrality of product's positioning	C 25
V.	Importance of quality ESG data	C 27
E.	Taking the greenwashing risk seriously	C 28
F.	Concluding observations	C 28

* Dr. Tadas Zukas is Global Lead Senior Legal Counsel Sustainability/ESG at Vontobel in Zurich; Dr. Uwe Trafkowski is Head Legal Global Wealth Management Germany and Austria at UBS in Frankfurt am Main. The views expressed in this paper are their personal views.

A. Introduction

Consumers and investors grow increasingly conscious of the impact their consumption choices and investment decisions have on the environment and society. This change in consciousness creates a shift in investor behavior, which contributes to the factors leading to an increased demand for environmental, social and governance (“ESG”) products, including sustainable finance products and sustainable investing offerings. With the growing investor and consumer awareness of sustainability aspects of products, an increasing trend among product manufacturers can be observed to portray their industrial products (such as, for example, cars) or financial products (for example, funds) as environmentally friendly or sustainable. This poses an increasing risk of greenwashing. The European Union addresses this risk and aims to protect investors and consumers against untrue, confusing and misleading information about sustainable characteristics of products.¹ In the field of sustainable finance in particular, addressing a phenomenon known as “greenwashing” and preventing it in the area of financial products, has been a stated purpose of the EU’s legislator when enacting two key regulations in its new sustainable finance regulatory architecture that has emerged out of the EU’s Sustainable Finance Action Plan 2018²: the Taxonomy Regulation (“TR”)³ and the Sustainable Finance Disclosure Regulation (“SFDR”)⁴. While the binding parts of these regulations do not provide a definition of what greenwashing means, attempts at defining or at least describing the phenomenon are undertaken in the recitals of the Taxonomy Regulation, the SFDR Level 2

¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, New Consumer Agenda: Strengthening Consumer Resilience for Sustainable Recovery, COM (2020) 696, 13 November 2020, Chapter 3.1.

² Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: Financing Sustainable Growth, COM (2018) 97, 27 June 2018 (hereinafter Sustainable Finance Action Plan).

³ Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment and amending Regulation (EU) 2019/2088 (Text with EEA relevance), OJ L 198 of 22 June 2020, 13 ff. (hereinafter Taxonomy Regulation / TR).

⁴ Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector (Text with EEA relevance), OJ L 317 of 9 December 2019, 1 ff., as amended by the TR on 22 June 2020 (hereinafter Sustainable Finance Disclosure Regulation / SFDR).

(“RTS”) draft act⁵, and the recently enacted MiFID II delegated acts as well as in other official EU documents. This paper aims to provide an overview of these definitions of greenwashing and shall serve both practitioner and academic audiences. Above all, we aim to raise awareness in financial services practice, the academy and generally interested circles that greenwashing has become much more than just an abstract, vague, undefined concept. This has in essence taken place in the course of the year 2021⁶. What we can observe is the emergence of greenwashing as an increasingly regulatorily defined concept. The concept which, if the current trend continues, shall play an increasingly central role in the framework of the new European sustainable finance regulatory architecture. The paper concludes with our observations on potential legal and regulatory impacts of greenwashing risk on financial organisations and suggests practical guidance on how to start managing related legal and regulatory risks.

Timeline overview: Emerging greenwashing definitions

June 2020	- Taxonomy Regulation - Recital 11
February 2021	- SFDR RTS draft - Recital 25
July 2021	- Sustainable Finance Strategy - P. 3, fn. 11
July 2021	- EC SFDR Q&A - P. 7
August 2021	- MiFID II delegated act - Recital 7

⁵ ESAs’ Final Report on draft Regulatory Standards of 2 February 2021 with regard to the content, methodologies and presentation of disclosures pursuant to Art. 2a(3), Art. 4(6) and (7), Art. 8(3), Art. 9(5), Art. 10(2) and Art. 11(4) of Regulation (EU) 2019/2088 (hereinafter SFDR RTS draft).

⁶ See [Timeline overview: Emerging greenwashing definitions](#).

B. Elements of the concept

I. Definitions

1. Taxonomy Regulation (2020)

Since the purpose of the EU's legislator when enacting the Taxonomy Regulation was to provide a vocabulary for green activities, it is only consequential to expect the phenomenon of greenwashing to be addressed in the Taxonomy Regulation itself. And indeed, the term is defined in Recital 11 of the Taxonomy Regulation, which states that *“greenwashing refers to the practice of gaining an unfair competitive advantage by marketing a financial product as environmentally friendly, when in fact basic environmental standards have not been met.”* (emphasis added). In this context, it needs to be noted that the Taxonomy Regulation includes amendments to the SFDR, thus making the interplay between these two legislative acts particularly tight as it relates the topic of financial products. When taking a closer look at this definition, one first notes that it is focused on green claims in the standard sense (“environmentally friendly”). It is an important point to make, as we will see on the following pages of our analysis that the term greenwashing has relatively quickly evolved to encompass much more than just green/environmental claims. Secondly, the Taxonomy Regulation defines greenwashing by making a reference to marketing (“... by marketing a financial product”), reflecting a way to look at it which we would describe as standard until very recently. It is important to keep this aspect in mind: we shall see on the following pages that the regulatory approach seems to be in process of evolving also in this regard. The third important element we want to emphasize limits the reach of greenwashing's definition even more—by making a reference to “financial products”; this element is not simply the opposite of “non-financial products” (like cars or energy), but it is a term that is even more narrowly defined term under the Taxonomy Regulation⁷. Fourthly, the Taxonomy Regulation makes it clear that greenwashing is about “gaining unfair competitive advantage”, which may be understood as at least an indirect reference to the principles of the laws against unfair competition, which are a known instrument in most jurisdictions and may serve as legal basis for greenwashing-related claims. As you will see later, we will classify this element

⁷ Taxonomy Regulation defines the term in Art. 2(3), which cross-refers to the definition provided in Art. 2(12) SFDR. For wealth management businesses, that definition includes, for example, managed portfolios and funds. For the definition of “financial product” under SFDR, see [info-box](#) on p. C 5.

of “gaining unfair competitive advantage” as the key general element forming the core of what is to be seen as greenwashing. Fifthly, the definition refers to “basic environmental standards”. In our view, this reference shall be seen as making a key point in the entire greenwashing debate as it emphasizes the importance of defining the applicable standard of what is considered “green”. Without having such a standard, the entire debate would continue to remain vague and relevant anti-greenwashing claims hard if not impossible to challenge in practice. Finally, and very importantly, the definition at hand implies a practice which encompasses a contradiction of “talk” (marketing) vs. “walk” (“in fact ... not have been met”). Addressing this aspect is at the core of the EU’s conceptual legislative effort in combating greenwashing by creating transparency at all relevant levels of financial product-related activity.

“Financial product” – SFDR’s definition

Art. 2(12) SFDR

‘financial product’ means:

- (1) a portfolio managed in accordance with point (6) of this Article*;
- (2) an alternative investment fund (AIF);
- (3) an IBIP**;
- (4) a pension product;
- (5) a pension scheme;
- (6) a UCITS***; or
- (7) a PEPP****;

Explanations:

* ‘portfolio management’ means portfolio management as defined in in point (8) of Article 4(1) of Directive 2014/65/EU, which states the following: “‘portfolio management’ means managing portfolios in accordance with mandates given by clients on a discretionary client-by-client basis where such portfolios include one or more financial instruments.”

** an insurance-based investment product.

*** an undertaking for collective investment in transferable securities.

**** a pan-European personal pension product.

2. SFDR RTS draft (2021)

If you consider the SFDR to be an anti-greenwashing regime in the field of finance, you may be surprised not to find a definition of greenwashing in the SFDR itself. While the true reasons for that omission will remain a topic of speculation for the foreseeable future, Recital 25 of the SFDR Level 2 draft closes that gap by making it clear that “‘greenwashing’ ... is, in particular, the practice of gaining an unfair competitive advantage by recommending a financial product as environmentally friendly or sustainable, when in fact that financial product does not meet basic environmental or other sustainability-related standards.” (emphasis added). The first thing one notes when analyzing this rather descriptive definition of greenwashing is that it includes that same general element of “gaining unfair competitive advantage” which we have already seen as part of the Taxonomy Regulation’s definition discussed above. This shall not come as a complete surprise since the original version of the SFDR has been changed by the Taxonomy Regulation, with the definitions in these two regulations apparently exercising mutual influence as the example from the SFDR RTS draft demonstrates. Also with its second element, a reference to “financial products”, the definition at hand is on the same line of regulatory thinking as the Taxonomy Regulation’s definition. It is however the third point in this definition that we would like to particularly emphasize: the SFDR RTS draft’s definition does not refer to marketing, but to “recommending” a financial product instead. This implies a narrower approach and may come as a surprise knowing that only a few SFDR rules apply to advisory services and it is Art. 13 SFDR which explicitly requires that marketing communications do not contradict the precontractual and website disclosures made in the context of the SFDR. The use of a qualifier “in particular” gives an indication that the reference to recommendation is not meant to be exhaustive and includes other practices relevant for the SFDR’s purposes. Also the fourth element of the definition deserves our particular attention: that element is the widening the scope of relevant claims which now go beyond “green” claims, to encompass all sustainability related claims (“... as environmentally friendly or sustainable”). With that, we see a first sign of the scope of claims the concept of greenwashing addresses broadening to much more than just “green” washing. With the SFDR RTS draft’s definition, the concept of greenwashing in essence evolves towards “ESG-washing”, thus broadening the reach of the concept quite substantially. By doing so, it also broadens the scope of related legal risks requiring careful identification and management. That extension of the concept’s reach is also reflected in the reference to relevant standards, which is also broader than just environmental standards that we know from the Taxonomy Regulation’s definition: the

relevant standards now also encompass “other sustainability-related standards”. As the Taxonomy Regulation in its current form focuses on defining what “green” economic activity means, it remains to be seen whether in future also other relevant activities will be defined with a similar level of technical detail and certainty. Concluding our overview analysis of the SFDR RTS draft’s definition, we note that the reference to “financial products” remains built into the concept similarly as we saw in the Taxonomy Regulation’s definition. The SFDR RTS draft’s definition also aims to address potential contradictions between an organisation’s “talk” vs. the “walk” as regards product-related ESG claims.

3. Sustainable Finance Strategy (2021)

While the definitions of greenwashing in the Taxonomy Regulation and the SFDR RTS draft can be considered rather narrow and tailored specifically for the purposes of those two regulations (focus on financial products, focus on marketing and recommendations), this changes rather considerably with the approach taken in the EU’s new Sustainable Finance Strategy document published in July 2021.⁸ The definition of greenwashing used in this strategic document provides an important insight into how the understanding of what greenwashing is evolves in the European Commission’s thinking on the topic. In the first step, the strategy document describes the term greenwashing by making a statement on its general core element: greenwashing is about making “*unsubstantiated sustainability claims*.” By doing so, it provides an additional general element to the other basic element we know from the Taxonomy Regulation’s and SFDR RTS draft’s definitions discussed above—the “[practice of] gaining an unfair competitive advantage”. While the element of gaining an “unfair competitive advantage” may be seen as being a “relative” standard and in this sense including an element of subjectivity, making “unsubstantiated sustainability claims” can be seen as being more objectivity-focused and measurable. In the second step, the Sustainable Finance Strategy document provides a definition of the concept of greenwashing itself and states that greenwashing is to be understood as “*the use of marketing to portray an organisation’s products, activities or policies as environmentally friendly when they are not.*”⁹ The choice of words in this definition is remarkable in a few senses. First, by referring to “marketing” as a relevant activity and green claims

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European and Social Committee and the Committee of the Regions, Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy, COM (2021) 390, 6 July 2021 (hereinafter Sustainable Finance Strategy).

⁹ Sustainable Finance Strategy 2021, 3, fn. 11.

as relevant claims, the definition seems to orient itself towards the narrow definition of greenwashing used in the Taxonomy Regulation which we have already discussed above. At the same time, if one has taken the view towards the SFDR RTS draft's definition as an indication of broadening the concept to more than just marketing and more than just green/environmental claims, the wording used by the European Commission in its strategy document seems to not support such view, if not to contradict it. It is however the second observation which is worth more attention: it's the material scope of the definition. Contrary to the definitions used in the Taxonomy Regulation and SFDR RTS draft, the strategy document extends the reach of the concept far beyond just "financial products" as defined under both the Taxonomy Regulation and the SFDR. According to the strategy document, the concept of greenwashing in sustainable finance needs to be understood as encompassing organisation's "*products, activities or policies*". Understood this way, the concept of greenwashing in the new European sustainable finance regulatory framework not only goes beyond the original limitation to the rather narrowly defined term of financial products and now also includes organization's "activities or policies". It now also speaks of "products" (and not just "financial products") in general. As to the last relevant aspect in our analysis – the green claims – it needs to be noted that the definition does not use the same terminology as the Taxonomy Regulation. While the Taxonomy Regulation speaks about "basic environmental standards", which "have not been met" (in cases of greenwashing), the strategy document speaks about positioning company's products, activities and policies as "environmentally friendly" "when they are not", which is arguably broader.

4. EC's SFDR Q&A (2021)

As observed above, the SFDR itself does not provide a definition of greenwashing, even though it includes key provision in the EU's effort to combat greenwashing in the form of Art. 13 SFDR. However, more clarity on the meaning of this important concept is brought at the level of the SFDR's implementation. First by means of the SFDR RTS draft that we have analyzed above. An additional detail on the EC's thinking on this topic can be found in the EC's SFDR Q&A published in July 2021¹⁰. This document defines greenwashing ("potential issue of greenwashing by financial products") as "conveying a false impression, or providing misleading information about how

¹⁰ European Security and Market Authority (ESMA), EC Q&A on Sustainability-related Disclosures, 14 July 2021 (hereinafter EC SFDR Q&A 7/2021).

a financial product is performing in terms of ESG sustainability".¹¹ While the definitions focus on "financial products" may not surprise a detail-oriented reader, such reader may nevertheless wonder whether there is yet another variation of defining the concept of greenwashing. The definition is of particular interest and novelty in the sense that it focuses on an aspect, which has not been in focus previously, namely the performance of a financial product. The emphasis it puts on the performance aspect may be seen as closing the circle in the sense that previous definitions emphasized two other key elements of financial products' life cycle, namely marketing and recommending of financial products. Seen this way, the Q&A document makes clear that financial products are covered by the regulatory concept of greenwashing throughout their entire lifecycle. While conveying "impression" addresses the "softer" aspects (in this context, one may think of activities focusing on the form/visuals as opposed to the content expressed through text/words, using graphs or merely colours, but also of using general statements), providing "information" certainly focuses on the "hard" ones (focus on the content expressed through text/words, using numbers, statistics). Concluding our analysis of the Q&A's definition, we need to note that it uses a previously not used term to describe relevant claims: that term is what the document calls "ESG sustainability." It is clear that "ESG sustainability" means to say that greenwashing is more than just about green or environmental claims. What it however in fact does, is use two terms which refer to the same thing, this because a reference to "ESG" is commonly understood as means of operationalizing "sustainability" in business practice (it may be that such usage of this term can be understood as reflecting this practice). Accordingly, reference to either "ESG" or "sustainability" would have been sufficient in this context.

5. Revised MiFID II delegated act (2021)

According to the EU's Sustainable Finance Action Plan, besides creating the EU's vocabulary of what is green (which is a role foreseen for the Taxonomy Regulation), creating transparency regarding truthfulness of sustainability-related claims (role foreseen for the SFDR), a key action item closing the circle of integrating sustainability in financial processes is the new MiFID II delegated act's requirement of establishing an investor's sustainability preferences. This is for the purpose of rendering him or her suitable financial advice. Therefore, it will not be a surprise that Recital 7 of MiFID II Delegated

¹¹ EC SFDR Q&A 7/2021, 7.

Regulation 2021/1253¹² which shall apply from 2 August 2022, provides a definition of “greenwashing” tailored for the purpose of preventing the same in this essential phase of a financial product’s life cycle—the rendering of investment advice. The MiFID II delegated act defines greenwashing as referring, in particular, to *“the practice of gaining an unfair competitive advantage by recommending a financial instrument as environmentally friendly or sustainable, when in fact that financial instrument does not meet basic environmental or other sustainability-related standards.”* The same recital additionally explains, that in order to prevent mis-selling and greenwashing, investment firms *“should not recommend or decide to trade financial instruments as meeting individual sustainability preferences where those financial instruments do not meet those preferences.”* We see that the definition is in most parts identical to the one provided in Recital 25 of the SFDR RTS draft discussed above, which therefore maybe seen as a first sign of an emerging uniform approach towards defining greenwashing for purposes of the EU’s sustainable finance regulations. First, it includes the general core element of the concept, which is reference to the practice of “gaining an unfair competitive advantage.” The activity which the definition addresses is “recommending”. As to the scope of relevant claims/statements, these are “environmentally friendly or sustainable”. Finally, the definition refers to the “basic environmental or other sustainability-related standards.” Where it differs from all the previous definitions is the following: it speaks not of “financial products” – the defined term that we know from SFDR’s and Taxonomy Regulation’s regime – but of “financial instruments”¹³, thus expanding the concept’s reach quite considerably. Similarly as the above-discussed EU’s Sustainable Finance Strategy document’s definition closed the circle in terms of product’s life cycle, the definition used in MiFID II’s delegated act closes the circle by making clear that not only financial products, but also financial instruments fall under the scope of the greenwashing concept in sustainable finance.

¹² Commission Delegated Regulation (EU) 2021/1253 of 21 April 2021 amending Delegated Regulation (EU) 2017/565 as regards the integration of sustainability factors, risks and preferences into certain organisational requirements and operating conditions for investment firms (Text with EEA relevance), OJ L 277 of 2 August 2021, 1 ff. (hereinafter MiFID II delegated act).

¹³ For the definition of “financial instrument” under MiFID II, see [info-box](#) on p. C 11.

“Financial instrument” – MiFID II definition

Art. 4(1)(15) MiFID II

‘financial instrument’ means those instruments specified in Section C of Annex I;

ANNEX I MiFID II LISTS OF SERVICES AND ACTIVITIES AND FINANCIAL INSTRUMENTS**SECTION C****Financial instruments**

- (1) Transferable securities;
- (2) Money-market instruments;
- (3) Units in collective investment undertakings;
- (4) Options, futures, swaps, forward rate agreements and any other derivative contracts relating to securities, currencies, interest rates or yields, emission allowances or other derivatives instruments, financial indices or financial measures which may be settled physically or in cash;
- (5) Options, futures, swaps, forwards and any other derivative contracts relating to commodities that must be settled in cash or may be settled in cash at the option of one of the parties other than by reason of default or other termination event;
- (6) Options, futures, swaps, and any other derivative contract relating to commodities that can be physically settled provided that they are traded on a regulated market, a MTF, or an OTF, except for wholesale energy products traded on an OTF that must be physically settled;
- (7) Options, futures, swaps, forwards and any other derivative contracts relating to commodities, that can be physically settled not otherwise mentioned in point 6 of this Section and not being for commercial purposes, which have the characteristics of other derivative financial instruments;
- (8) Derivative instruments for the transfer of credit risk;
- (9) Financial contracts for differences;
- (10) Options, futures, swaps, forward rate agreements and any other derivative contracts relating to climatic variables, freight rates or inflation rates or other official economic statistics that must be settled in cash or may be settled in cash at the option of one of the parties other than by reason of default or other termination event, as well as any other derivative contracts relating to assets, rights, obligations, indices and measures not otherwise mentioned in this Section, which have the characteristics of other derivative financial instruments, having regard to whether, inter alia, they are traded on a regulated market, OTF, or an MTF;
- (11) Emission allowances consisting of any units recognised for compliance with the requirements of Directive 2003/87/EC (Emissions Trading Scheme).

II. The concept's core

In their classic scholarly treatise on sustainable finance, Schoenmaker/Schramade define “greenwashing” (or “green washing”) as a practice of “*pretending to be more sustainable than it is actually the case*.”¹⁴ When comparing the above regulatory definitions of greenwashing, one notes that even though they generally follow a similar logic of describing the phenomenon, each of them differs in details. Details, which are very technical in their character and thus deserve careful attention. For example, compared to the Taxonomy Regulation, the definition in the Sustainable Finance Strategy is broader, as it not only speaks about “financial products”, but about organization’s “products, activities and policies” in general. Generally, we see that the definitions of greenwashing we find in the Taxonomy Regulation and SFDR RTS draft are narrower: activities such as “marketing” and “recommending” shall relate to “financial products” in order to qualify as greenwashing for their purposes. In contrast, the European Commission’s view on the concept of greenwashing as expressed in its Sustainable Finance Strategy and SFDR Q&A seem to go beyond such narrower understanding of greenwashing. Finally, the MiFID II delegated act extends the reach of the greenwashing concept from financial products in the sense of SFDR and the Taxonomy Regulation to financial instruments as defined by MiFID II. Our analysis leads us to a conclusion that we can see contours of an emerging “common core” of the greenwashing concept under the EU’s new sustainable finance regulatory framework. That common core is framed of key elements which may serve as a first practically useful guidance in understanding the concept of greenwashing under the new EU’s sustainable finance regulatory framework.

The key elements of the definition of greenwashing under the EU’s sustainable finance regulations can be grouped as follows:

1. **General elements of the concept:** *practice of gaining “unfair competitive advantage”* (Taxonomy Regulation, SFDR RTS draft, MiFID II delegated act), *making “unsubstantiated ESG claims”* (Sustainable Finance Strategy);
2. **Activities in scope:** *marketing* (Taxonomy Regulation, Sustainable Finance Strategy), *recommending* (SFDR RTS draft, MiFID II delegated act), *performance reporting* (EC SFDR Q&A);
3. **Relevant offerings, corporate communication:** *financial products* (Taxonomy Regulation, SFDR RTS draft, EC SFDR Q&A); *organisation’s*

¹⁴ Schoenmaker Dirk/Schramade Willem, *Principles of Sustainable Finance*, Oxford University Press 2019, 147.

products, activities, policies (Sustainable Finance Strategy); *financial instruments* (MiFID II delegated act);

4. **Claims in scope:** “*environmentally friendly*” (Taxonomy Regulation, Sustainable Finance Strategy); “*environmentally friendly or sustainable*” (SFDR RTS draft, MiFID II delegated act); “ESG sustainability” (EC SFDR Q&A);
5. **Relevant standards:** “*basic environmental*” (Taxonomy Regulation), “*basic environmental or other sustainability-related*” (SFDR RTS draft, MiFID II delegated act).

Overview – Greenwashing definitions

#	Definition	Source	Date
1	“greenwashing refers to the practice of gaining an unfair competitive advantage by <u>marketing a financial product</u> as <i>environmentally friendly</i> , when in fact <i>basic environmental standards</i> have not been met.”	Taxonomy Regulation, Recital 11	2020/6
2	“‘greenwashing’ ... is, in particular, the practice of gaining an unfair competitive advantage by <u>recommending a financial product</u> as <i>environmentally friendly or sustainable</i> , when in fact that financial product does not meet <i>basic environmental or other sustainability-related standards</i> .”	SFDR RTS draft, Recital 25	2021/2
3	making “ unsubstantiated sustainability claims ”; “the use of <u>marketing</u> to portray an organisation’s products, activities or policies as <i>environmentally friendly when they are not</i> .”	Sustainable Finance Strategy, p. 3, fn. 11	2021/7
4	“ <u>conveying a false impression, or providing misleading information</u> about <u>how</u> a financial product is <u>performing</u> in terms of ESG sustainability.”	EC SFDR Q&A, p. 7	2021/7
5	“the practice of gaining an unfair competitive advantage by <u>recommending a financial instrument</u> as <i>environmentally friendly or sustainable</i> , when in fact that financial instrument does not meet <i>basic environmental or other sustainability-related standards</i> .”	MiFID II delegated act, Recital 7	2021/8

Legend: **General elements** / Activities / Offerings, communication / Claims / Standards.

III. No uniform definition

Our analysis leads us to conclude that a uniform view on how to define the phenomenon of greenwashing at the official EU level still appears to be evolving. At the same time, it can be said that certain key elements of that definition transpire already at this stage of the process. It is important to stress that what the analysis demonstrates clearly is that it is certainly not correct any more to say that the term “greenwashing” is a term with no definition under the EU’s sustainable finance regulatory framework – a statement one still from time to time hears even in sustainable finance expert circles. It is however correct to say that there is no uniform official definition of the term under the EU’s sustainable finance regulatory framework. From the formal legal point of view, it needs to be emphasized that the Taxonomy Regulation’s and SFDR RTS draft definitions of the term greenwashing are placed in recitals, which are formally not part of the binding text of the law. Recitals may however be used as elements of those laws’ purposive interpretation. Definitions in the Sustainable Finance Strategy and the SFDR Q&A, though providing helpful guidance on the European Commission’s view of and thinking on the topic, also have no formally binding legal character. It is yet to be awaited if the EU legislator will one day bindingly and uniformly define the term on the formal legislative level. However, our analysis demonstrates that we can observe certain core elements of the concept emerging as part of the EU’s legislative effort in building a regulatory framework for sustainable finance. Taken together, these elements form an increasingly clear line of what the concept encompasses in sustainable finance context, both in terms of general and technical details¹⁵. It is also becoming increasingly clear that the understanding of greenwashing evolves beyond the traditional understanding of the term and now goes beyond just green claims, beyond just marketing, and beyond just financial products.¹⁶

¹⁵ See [Greenwashing definitions overview table](#) on p. C 13.

¹⁶ See the [Key take-aways for the practice box](#) on p. C 15.

Key take-aways for the practice: The emerging concept of “greenwashing” under EU’s sustainable finance regulatory framework

1. **Not just green claims.** Contrary to what the term itself suggests, “greenwashing” is in fact not just about green claims, and in this sense it is much more than “green” washing. It has developed into a broader concept and in essence encompasses all sustainability/ESG-related claims.
2. **Not just marketing.** Greenwashing is not just about marketing. Though marketing activity remains at the core, the concept now encompasses such key elements of product’s life-cycle as recommendation and reporting.
3. **Not just financial products.** Greenwashing is not just about “financial products” in the sense of SFDR, it also encompasses financial instruments in the sense of MiFID II and is increasingly used to encompass organisation’s products and communications in general.

Due to the missing uniform definition of the concept of greenwashing on a binding legislative level, uncertainties as to the clear legal qualification of certain practices shall remain in place until the enforcement practice and respective case law develops. While these developments shall be followed closely, sufficient care should be taken in order to mitigate not only the related regulatory enforcement risks, but also general legal and reputational risks.

IV. Focus on the SFDR enforcement

We have noted above that the SFDR itself does not provide a definition of greenwashing. Having said this, it is important to recall that the regulation includes a dedicated provision as a separate article which addresses practices which would fall directly under the standard understanding of greenwashing. That provision is Art. 13(1) SFDR and it reads as follows:

Art. 13(1) SFDR: Marketing communications

“Without prejudice to stricter sectoral legislation, in particular Directives 2009/65/EC, 2014/65/EU and (EU) 2016/97 and Regulation (EU) No 1286/2014, financial market participants and financial advisers shall ensure that their marketing communications do not contradict the information disclosed pursuant to this Regulation.” (*emphasis added*)

The same SFDR article empowers the European Supervisory Authorities (“ESAs”) to develop and delegates the power the EC to adopt implementing technical standards (“ITS”) on the topic. While no ITS dedicated to Art. 13 SFDR have been released yet, the ESAs sporadically refer to the anti-greenwashing agenda when structuring the product-related RTS, which, accordingly, needs to be seen as part of the overall anti-greenwashing effort. In practical terms, what this means is that the SFDR as a regulatory instrument will remain at the center of the EU’s anti-greenwashing agenda in general and its practical efforts to combat it in particular. As the focus of the European regulatory authorities is increasingly switching from drafting and enacting SFDR, related sections of the Taxonomy Regulation as well as respective regulatory technical standards, the European Commission already announced in its above mentioned Sustainable Finance Strategy document that it will start focusing on the enforcement of SFDR implementation, addressing the topic of greenwashing risk in particular.¹⁷ In the section dealing with Sustainable Finance, ESMA’s 2022 Annual Work Programme stresses the plans to address not only greenwashing in general, but greenwashing risk in particular.¹⁸ The ECB’s President Christine Lagarde emphasized in summer the vitality of that disclosure data being complete, internationally consistent and auditable in order to deter greenwashing.¹⁹

C. Managing the greenwashing risk

While our analysis leads us to the conclusion that there is no uniform definition of the term greenwashing in European sustainable finance regulations, our findings based on it allowed us to identify certain elements which, in our view, form the core of the emerging regulatory concept of greenwashing in the EU’s sustainable finance law. Based on our analysis of relevant European sustainable finance regulations and European Commission’s views as expressed in its official documents relating to its sustainable finance initiatives, we can derive the following non-exhaustive list of practices, which can be identified as potentially entailing high risk of being seen as “greenwashing” and thus to be avoided:

¹⁷ Sustainable Finance Strategy, Section entitled “Addressing greenwashing”, 16.

¹⁸ ESMA Annual 2022 Work Programme, 27 September 2021, available at https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma20-95-1430_2022_annual_work_programme.pdf, 10.

¹⁹ Lagarde Christine, Climate Change and Central Banks: Analysing, Advising and Acting, Speech at the International Climate Change Conference on 11 July 2021 in Venice, available at https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2021/html/ecb.sp210711~ffe35034d0_en.html.

Practices with high greenwashing risk

Type of activity	Practice (brief description)
General	– Practices aiming to gain unfair competitive advantage in terms of company's and its products' ESG positioning. This may include the general “talking up” of environmental credentials without following through with action, but also more concrete practices such as, for example, changing a financial product's name to include reference to ESG/sustainable or similar terms without changing its contents which previously have not been considered sustainable, without having a substantiated reason for such a change. – Making unsubstantiated sustainability claims in terms of company's and its products' ESG positioning. An example of such practice may be “upselling” ESG/sustainability characteristics in financial product's marketing communications while omitting any references to them in pre-contractual documentation. Another example may be using the terms such as 'ESG', 'ethical', 'sustainable', 'green', 'responsible', 'impact' or related terms in the funds/financial products name when these are not reflected in the fund's investment objectives/strategy.
Marketing & communication	– Marketing financial products as environmentally friendly when they do not meet basic environmental standards (e.g. a fund is marketed as 'sustainable', but includes many companies with high carbon emissions). – Use of marketing to portray organization's products, activities, policies as environmentally friendly when they are not. An example of such practice could include references to compliance with the Taxonomy Regulation and Art. 9 SFDR compliance when the products at hand in fact does not fulfil neither the requirements of the Taxonomy Regulation, nor the requirements of Art. 9 SFDR. The already mentioned general practice of “talking up” the organization's environmental credentials as it relates to its products, activities, policies without following through with action would also fall under this category.

Type of activity	Practice (brief description)
Recommendation	- Recommending financial products as environmentally friendly / sustainable when they do not meet basic environmental standards. An example of such practice could be recommending a financial product to a client as “environmentally sustainable” where the product does not fulfil the requirements posed to “environmentally sustainable investments” under Art. 2(1) Taxonomy Regulation. - Recommending financial instruments or deciding to trade such instruments as meeting client’s sustainability preferences when they are not. An example of such practice is recommending a financial instrument/product as meeting individual sustainability preferences as per above mentioned new MiFID II requirements where those financial instruments do not meet those preferences²⁰.
Performance reporting / communication	- Conveying false impression/providing false information on ESG performance of products. Core example of such practice would obviously be intentionally “overpromising” on the performance of Art. 8 or Art. 9 SFDR products. Also providing false data under Art. 11 SFDR periodic reporting would fall under this practice. However, the activity may also include such an “indirect” form of greenwashing as a practice of presenting to the client the exclusions mandatorily required by the law (e.g. prohibition to invest into production of nuclear, biologic or chemical weapons) independently from client’s sustainability preferences as “sustainable/ ESG investing.”

The general principle stipulated in Art. 24(3) MiFID II that client/potential client information and marketing communications shall be “fair, clear, not

²⁰ Here, we already may observe first signs of “migration” of the greenwashing topic from recitals and political documents to the “black letter” text of the regulations: The wording of the updated MiFID II delegated regulation itself in essence directly addresses the practice we list here and which the above quoted Recital 7 of that act talks about (“An investment firm shall not recommend financial instruments or decide to trade such instruments as meeting a client’s or potential client’s sustainability preferences when those financial instruments do not do meet those preferences.”).

misleading” can serve as good general guidance for the purposes of properly managing the greenwashing topic, but the adherence to this general principle, without understanding the details of the increasingly complex sustainable finance regulation, will not be sufficient to properly address and manage the greenwashing risk. For the above reasons, from the perspective of the EU law, we are of the view these practices are to be avoided, also in order to mitigate and manage the greenwashing-related regulatory, litigation and reputational risk. The concept is in process of rather dynamic evolution. Relevant legislative and regulatory developments in this area both at the level of the EU law and at the level of domestic legislation of the Member States shall be closely monitored in order to ensure that preventative legal steps can be undertaken to mitigate the exposure to greenwashing risk.

D. The legislator’s purpose: “Sunlight ... the best of disinfectants”?

I. Setting the scene

Greenwashing and the related greenwashing risks have obviously existed ever since market participants started marketing their products as “green”, “ethical”, “ESG-aligned”, “sustainable”, or similar. This shows that the topic of greenwashing as such is not directly related to the new regulatory regime in the field of sustainable finance. Rather, it is a well-known phenomenon outside the financial industry and practices of alleged greenwashing are addressed also where sustainable finance is not regulated. For such an example, see the UN Principles for Responsible Investment (PRI) which among other things aim at combatting greenwashing practices.²¹

The traditional reason why such concerns are addressed is that greenwashing deceives clients/investors who have sustainability preferences and might have chosen a certain institution or product for their investments. Since the EU sustainable finance rules explicitly aim at helping to meet UN SDG and in particular Paris Climate Agreement targets²², they are designed to channel investments into sustainable projects.²³ Greenwashing practices risk impairing

²¹ See United Nations Principles for Responsible Investment (UNPRI), PRI Strategic Plan 2021-24 – Building a Bridge between Financial Risk, Opportunities and Real World Outcomes of April 2021, available at <<https://www.unpri.org/pri/pri-2021-24-strategy>>, 14.

²² Sustainable Finance Action Plan, 1.

²³ Sustainable Finance Action Plan, see Section 1 and sub-section 1.1 in particular, p. 2; Section 2 and p. 4.

this goal by re-directing investments away from truly sustainable investments to other ones. While some cases of greenwashing are based on outright fraud – which is often already sanctioned by general laws (e.g. criminal, contract, and consumer/investor protection), many cases are arguably not intentional deceptions. More often, market participants simply create the impression of a “greener” product, by using definitions and standards that do not live up to sustainability claims and by providing generic descriptions to investors. These greenwashing concerns are the background of the EU sustainable finance rules, but the SFDR, the Taxonomy Regulation and the updated MiFID II requirements do not directly sanction practices which can be considered as “greenwashing” (in this context, it is worth reiterating that SFDR L1 does not mention the term “greenwashing” at all, not even in recitals). Rather, they qualify the underlying issue as one of information asymmetry²⁴ and only indirectly “address”²⁵ it by imposing obligations which are tools for regulators and financial market players that allow evaluating sustainability claims and therefore make the lives of (potential) “greenwashers” as difficult as possible.

These instruments can be grouped into three categories: First, the EU’s sustainable finance regulatory framework now provides exact definitions of what constitutes a sustainable investment; second, it increasingly requires external validations that the requirements of such definitions are adhered to; and, third, requirement of meaningful disclosures.

II. Learning from experience: Importance of clarity on key definitions

Currently, there is a broad range of uses of the term “sustainable”. Sometimes, sustainability is used as relating to mere financial risks (“sustainability risks”,

²⁴ Recital 10 SFDR: “This Regulation aims to reduce information asymmetries in principal-agent relationships with regard to the integration of sustainability risks, the consideration of adverse sustainability impacts, the promotion of environmental or social characteristics, and sustainable investment [...]”

²⁵ See Recital 11 TR wording preceding the definition of greenwashing, which speaks about “addressing”: “ ... Making available financial products which pursue environmentally sustainable objectives is an effective way of channelling private investments into sustainable activities. Requirements for marketing financial products or corporate bonds as environmentally sustainable investments, including requirements set by Member States and the Union to allow financial market participants and issuers to use national labels, aim to enhance investor confidence and awareness of the environmental impact of those financial products or corporate bonds, to create visibility and to *address* concerns about ‘greenwashing’. In the context of this Regulation, greenwashing refers to ...”

Art. 6 SFDR) or as a strategy of excluding certain issuers from a portfolio on the basis of adverse sustainability impacts (Art. 4 SFDR). These terms are now explicitly defined and it is also defined that the term “sustainable investment” is reserved to investments that meet at least a three step test of contributing to a sustainability objective, not significantly harming other sustainability objectives and observing good governance principles.²⁶

“Sustainable investment” – SFDR’s definition

Art. 2(17) SFDR

‘sustainable investment’ means an investment in an economic activity that contributes to an **environmental objective**, as measured, for example, by key resource efficiency indicators on the use of energy, renewable energy, raw materials, water and land, on the production of waste, and greenhouse gas emissions, or on its impact on biodiversity and the circular economy, or an investment in an economic activity that contributes to a **social objective**, in particular an investment that contributes to tackling inequality or that fosters social cohesion, social integration and labour relations, or an investment in human capital or economically or socially disadvantaged communities, provided that such investments **do not significantly harm any** of those objectives and that the investee companies follow **good governance** practices, in particular with respect to sound management structures, employee relations, remuneration of staff and tax compliance; *(emphasis added)*

Very importantly, a definition of environmentally sustainable activities have been introduced²⁷: On the basis of the Taxonomy Regulation, the European Commission has enacted regulatory technical standards (see Art. 290 TFEU) that include “Technical Screening Criteria” setting out detailed conditions for different types of activities to qualify as contributing to (Art. 10 TR) and as not doing significant harm (Art. 17 TR) to environmental objectives. With this clear and binary approach, companies and market participants can determine whether and to what extent activities of an issuer can be qualified as environmentally sustainable. It is important to note that the Taxonomy Regulations definition of sustainability are intended to be objective and science-based, whereas the SFDR approach is very much centered around addressing the discrepancies between “the talk” and “the walk”.

²⁶ For the definition of “sustainable investment” under SFDR, see [info-box](#).

²⁷ For the definitions of [“environmentally sustainable investment”](#) and [“environmentally sustainable activities”](#), see info-boxes, p. C 22.

“Environmentally sustainable investment” – Taxonomy Regulation’s definition

Art. 2(1) Taxonomy Regulation

‘environmentally sustainable investment’ means an investment in one or several **economic activities** that qualify as environmentally sustainable under this Regulation; *(emphasis added)*

“Environmentally sustainable activities” – Taxonomy Regulation’s definition

Art. 3 Taxonomy Regulation

Criteria for environmentally sustainable economic activities

For the purposes of establishing the degree to which an investment is environmentally sustainable, an **economic activity** shall qualify as environmentally sustainable where that economic activity:

- (1) **contributes substantially to one or more of the environmental objectives** set out in Article 9 in accordance with Articles 10 to 16;
- (2) **does not significantly harm any** of the environmental objectives set out in Article 9 in accordance with Article 17;
- (3) is carried out in compliance with the **minimum safeguards** laid down in Article 18; and
- (4) complies with **technical screening criteria** that have been established by the Commission in accordance with Article 10(3), 11(3), 12(2), 13(2), 14(2) or 15(2).
(emphasis added)

The Taxonomy Regulation’s definitions are relevant for several other obligations. To enhance reliability of the use of these metrics, issuers of securities and notably issuers of bonds under the EU Green Bond Standard may have to have their assessment of Taxonomy-alignment of the company/bond audited and verified by an external party.²⁸ Similarly, the EC plans to allow that financial products that prove to meet certain ecological minimum requirements may demonstrate their environmental friendliness by using the

²⁸ European Commission, Questions and Answers: European Green Bonds Regulation, 6 July 2021, see “What are the key features of the European Green Bond Standard?”, under “External review”.

EU Ecolabel, a voluntary label introduced in 1992 that aims “to provide consumers with accurate, non-deceptive, science-based information on the environmental impact of products.”²⁹

The most recent MiFID II changes also introduce measures to increase investor confidence by requiring firms to consider sustainability topics as part of their fiduciary duties towards clients. Investment advisers and portfolio managers must obtain exact information on clients’ sustainability preferences differentiating between Taxonomy-aligned investments, sustainable investments as defined in Art. 2(17) SFDR and investments considering adverse sustainability impacts (see Art. 2(7) Regulation 2017/565) as part of the advisory/management process. In the course of this process, advisers/managers commit to invest in accordance with these preferences, which has to be e.g. documented in sustainability statements provided to clients (Art. 24(4) MiFID II).

III. Nudging the markets to self-adjust: Disclosure requirements as a key instrument

While “sustainable” products are often found as providing too little and too generic information supporting the sustainability claims and, thus, as allowing greenwashing, the third instrument consists of extensive disclosure requirements imposed on financial market participants. The EU allows for differentiations in various respects. On the one hand, products can have different levels of ambition in pursuing sustainability goals: by simply promoting ESG characteristics (see Art. 8 SFDR) or by having “sustainable investments as its objective” (Art. 9 SFDR). On the other hand, financial market participants can develop and apply different methods to define sustainability in addition to the strict Taxonomy definitions. In such case, they are obliged to disclose the basis of such methodology. This approach allows a greater degree of flexibility for market participants, e.g. to pursue innovative approaches. But it also means that – in an ideal world of investors who are capable of

²⁹ Recital 1 of Regulation (EC) No 66/2010 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the EU Ecolabel (Text with EEA relevance), OJ L 27 of 30 January 2010, 1 ff.

fully understanding the disclosures³⁰ – any approach that is too lax, can be recognized. For example, it may still be allowed under the SFDR to call a less ambitious fund “green”, but as a financial market participant making such claim would have to make the Art. 8 disclosure in accordance with SFDR rules, this disclosure would reveal that the fund in fact is “not that green”. This fact by itself would bring potential reputational, regulatory and liability risks. These risks, in the regulator’s eyes, would in most cases likely lead to the market’s self-correction, along the underlying logic of the rule stipulated by the renowned American jurist and US Supreme Court Justice L. Brandeis more than one hundred years ago: “*Sunlight is said to be the best of disinfectants.*”³¹ Therefore, we are of the view that the new EU regulatory framework on sustainable finance (SFDR, Taxonomy Regulation, updated MiFID II), at this stage of its development, does not directly aim at sanctioning greenwashing, but rather makes the market place fairer and lives of market players with good intentions easier, because the standards for what qualifies as “sustainable investment” are now clear(er), defined by the law. This development might change our perspective on the typical greenwashing cases that we have witnessed in the past – where companies often made bold statements about environmental-friendliness of their activities, but the facts behind the statements were far less convincing.³² We may ask ourselves whether they would have happened if there was a regulatorily stipulated consensus on how the different ESG-related terms and concepts should be properly understood. The European Commission’s language, used when presenting the EU Green Bond Standard proposal, may be used in support of this argument line: “*For issuers, the lack of common definitions of environmentally sustainable economic*

³⁰ For the general critique of the mandatory disclosures approach, see Ben-Shahir Omri/Schneider Carl E., *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press 2014. On the limits of the information model and the problem of “information overload”, see Poelzig Dörte, *Kapitalmarktrecht (Capital market law)*, 2nd edition, C.H. Beck 2021, 21-23. It can probably be understood as a sign of lack of confidence in the information model when regulating sustainable finance that, for example, French and German authorities have published draft guidelines imposing requirements on product managers (in addition to their SFDR disclosures) to structure their “sustainable” portfolios in a certain way.

³¹ Brandeis Louis D., *Other People’s Money: And How Bankers Use it*, 1913, 92.

³² For a recent overview, see Bhargava Akriti et al., *Climate-Washing Litigation: Legal Liability for Misleading Climate Communications*, The Climate Social Science Network (CSSN) Research Report 2022:1, Policy Briefing, January 2022.

activities creates uncertainty about which economic activities can be considered to be legitimately green. In such conditions, issuers may face reputational risks from potential accusations of greenwashing, especially in transitional sectors.”³³

IV. Triggering regulatory obligations: Centrality of product’s positioning

To sum up our analysis of the EU’s regulatory approach to sustainable finance, the legislative measures, regulatory mechanisms and techniques in the different regulations aim at exposing cases in which a financial product is promoted as “green” or “sustainable” without following through in action. Therefore, it is not surprising to see that the trigger for relevant requirements is that a product is positioned (promoted/marketed/recommended) as “green” or “sustainable”³⁴.

It is these activities that under the new EU’s sustainable finance regulatory framework lead to/trigger regulatory obligations to act and bear regulatory non-compliance consequences:

Regulatory consequences of financial product’s ESG positioning	
Regulatory obligations triggered	- Disclosure requirements in accordance with Art. 8/9 SFDR. → In case the actual sustainability-related performance does not live up to the promises/forward-looking statements in relevant product-related pre-contractual and website (for example, % of Taxonomy Regulation alignment), such discrepancy would clearly show in periodic reportings. - Relevant product-related pre-contractual, website and periodic disclosures must be aligned with the language used in marketing communications.

³³ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European green bonds, COM (2021) 391, 6 July 2021.

³⁴ It should be noted that promoting a product as being of a higher level of “green”/“sustainable”, e.g. as “having sustainable investments as objective” (Art. 9 SFDR), or as promoting Taxonomy-aligned investments (Art. 5, 6 TR) similarly triggers higher levels of disclosure.

Regulatory consequences of financial product's ESG positioning	
	- In some cases (for example, when using a label such as EU Ecolabel or EU Green Bond Standard), the content of the product must meet certain conditions.
Consequences of regulatory non-compliance	Non-compliance with the above regulatory obligations triggered leads to a consequence that: - a related product recommendation would be considered unsuitable for MiFID purposes; - possible damage claims for mis-selling; - regulatory and reputational risks.

The broadly defined concept of “promotion”, as it is understood by the EC for purposes of Art. 8 SFDR, shall play a particularly central role going forward. The concept of “promotion” is defined as follows³⁵:

“The term ‘promotion’ within the meaning of Article 8 of Regulation (EU) 2019/2088 encompasses, by way of example, direct or indirect claims, information, reporting, disclosures as well as an impression that investments pursued by the given financial product also consider environmental or social characteristics in terms of investment policies, goals, targets or objectives or a general ambition in, but not limited to, pre-contractual and periodic documents or marketing communications, advertisements, product categorisation, description of investment strategies or asset allocation, information on the adherence to sustainability-related financial product standards and labels, use of product names or designations, memoranda or issuing documents, factsheets, specifications about conditions for automatic enrolment or compliance with sectoral exclusions or statutory requirements regardless of the form used, such as on paper, durable media, by means of websites, or electronic data rooms.” (*emphasis added*)

The interplay of this concept of “promotion” with the requirements of Art. 13 SFDR (“... *ensure that their marketing communications do not contradict the information disclosed pursuant to this Regulation*.”) will, in our view, be one of the most interesting developments to watch in the coming years.

³⁵ EC's SFDR Q&A 7/2021, 8.

V. Importance of quality ESG data

Our analysis of current regulatory developments regarding greenwashing and greenwashing risk in particular once again reminds us of the importance of quality ESG data in sustainable finance. Availability of ESG data is central not only for measuring and communicating the performance of financial products, financial instruments and businesses in general for the practical purposes of the financial industry. It is also central for purposes of financial services supervision as well as for academic research. In order to fulfil its purpose optimally and make the markets more efficient, such ESG data should be standardized so that it can be compared across markets and jurisdictions, which the EU regulations at hand certainly aim to contribute to by defining key terms and prescribing a template-based approach to disclosures in particular. As to the ESG data availability in general, various efforts are undertaken on global scale to meet this challenge³⁶. The challenge, which in context of last year's International Conference on Statistics for Sustainable Finance was very pointedly summarized under the motto "*No data – no sustainable finance!*"³⁷ Until substantial improvements addressing this challenge are made, the fragmented ESG data and insufficient ESG coverage may remain one of the biggest challenges in navigating and properly measuring the performance of the rapidly developing and growing sustainable investing market. Partial unavailability of ESG data remains a challenge not only for purposes of fulfilling regulatory obligations coming out of the EU's sustainable finance regulatory framework. Limitations of ESG data is also a challenge for all financial market players putting in a serious effort to avoid or at least mitigate the greenwashing risk.

³⁶ Sustainable finance data for Central Banks, IFC Report No 14 of 17 December 2021; Mauderer Sabine: Sustainable finance and the availability of good quality data, Welcome remarks by Dr Sabine Mauderer, Member of the Executive Board of the Deutsche Bundesbank, at the International Conference on Statistics for Sustainable Finance, jointly organised by the Bank of France, Deutsche Bundesbank and the Irving Fisher Committee on Central Bank Statistics, Paris, 14 September 2021.

³⁷ Mauderer Sabine, "No data – no sustainable finance", LinkedIn post by Dr. Sabine Mauderer, Member of the Executive Board of the Deutsche Bundesbank on the occasion of the International Conference on Statistics for Sustainable Finance, jointly organised by the Bank of France, Deutsche Bundesbank and the Irving Fisher Committee on Central Bank Statistics, Paris, 14 September 2021.

E. Taking the greenwashing risk seriously

In order to properly address and manage the greenwashing risk, the following topic areas shall be addressed via suitable organizational arrangements as a matter of first priority:

- **Ensuring proper review process of marketing material relating to sustainability/ESG topics** (e.g., using marketing material/communications policy) and other marketing communications with a purpose of, first, having all products making sustainability/ESG claims to include *relevant disclosures*, and, second, avoiding the *impression* of a sustainable/ESG investment to be created for all other products (in this context, see the above quoted definition of “promotion” as it is understood by the EC).
- **Approval process of financial products/offerings** pursuing the same sustainability/ESG-related objectives as described in first bullet point.
- **Compliance with sustainability/ESG labels/standards** (for example, the EU Green Bond Standard), in cases where such labels/standards exist.
- **Personnel / staff education and training** (knowledge & expertise) on sustainable products and related organizational processes within a company.

F. Concluding observations

As the sustainable finance regulatory tsunami continues to gain pace, it is the year 2021 in which it seems to have approached the topic of greenwashing in full speed.³⁸ The previously generally unregulated field in European sustainable finance is now filled with new regulatory content. Our analysis of the definitions of greenwashing in the EU's new sustainable finance regulatory framework has two important general take-aways: First, it is certainly not true to say any more that greenwashing is not a defined term in sustainable finance. Second, there is obviously no uniform official definition of the term.

The elements of the emerging regulatory concept of greenwashing seem to vary according to the relevant regulation, demonstrating first indications of a broader approach in the European Commission's strategic documents. While exact borderlines of the concept's reach remain relatively open and are certainly expected to become clearer as the relevant enforcement practices

³⁸ See [Timeline overview figure](#), p. C 3.

develop, it can be said that we are at a phase where a regulatory concept of greenwashing is in the process of emergence as part of the EU's sustainable finance regulatory agenda. This concept will play key role in the EU's sustainable finance regulatory framework.

Our findings also reemphasize the importance of availability of quality ESG data for achieving the EU's sustainable finance regulatory framework's purpose. It remains to be seen if the abundance of newly available data triggered by the new ESG reporting and disclosure regulatory obligations lead to better informed investment decisions and more efficient markets and not to information overload.

Whether the financial flows will in fact be channeled towards more sustainable activities and long-term needs, will in the end depend on the market participants and their actions. Actions, which will either build trust or damage it. The EU's Sustainable Finance Action Plan defines sustainable finance as *"the process of taking due account of environmental and social considerations in investment decision-making, leading to increased investments in longer-term and sustainable activities"*³⁹ (emphasis added). The final part of this definition is too often forgotten in technical discussions, focusing on the operationalization of the ESG concept. But it is of key importance as it puts emphasis on the results, not just checking the formal ESG boxes.

Greenwashing is certainly damaging the sustainable finance effort, especially as regards the real world results it aims to achieve. That's why the clear standard-setting and increasing clarity on what greenwashing means is a good sign for all aiming to contribute to the transition to a more sustainable economy.

³⁹ Sustainable Finance Action Plan, 2.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
03 | 2022

LEITARTIKEL:

Peter M. Huber
**Die Europäische Union ist um
der Menschen willen da**



Die Europäische Union ist um der Menschen willen da

Peter M. Huber*

Inhalt

A.	Die Europäische Union zwischen Zerfall und Aufbruch	D 2
I.	Krisensymptome	D 3
1.	Brexit	D 3
2.	Rechtsstaatskrise	D 3
3.	Flüchtlings-, Euro- und Coronakrise	D 4
4.	Befund	D 8
II.	Die Reaktion der Institutionen – zwischen Leugnung und Aufbruch	D 9
1.	Selbstgewissheit und Leugnung	D 10
2.	Aufbruch und Zukunftsorientierung	D 11
3.	Selbstreferentialität	D 12
B.	Legitimität und Selbstbestimmung als Grundlagen von Herrschaft	D 13
I.	Akzeptanz und Legitimität	D 13
II.	Selbstbestimmung als Legitimations- und Legitimitätsquelle	D 15
1.	Allgemeines	D 15
2.	Politische Selbstbestimmung und Subsidiarität	D 16
C.	Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft	D 17
I.	Effektuierung der Kompetenzordnung	D 18
1.	Missachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung	D 18
2.	Verhältnismäßigkeit	D 20
3.	Subsidiarität	D 21
4.	Konstitutionalisierung	D 21
II.	Hypertrophie der Rechtsordnung	D 24
III.	Verteidigung der Werte	D 25
D.	Legitimität durch eine Balance von Einheit und Vielfalt im Staatenverbund	D 25
I.	Realitätsgerechter Zuschnitt des Integrationsprogramms	D 26
II.	Verbesserung der Responsivität	D 28
1.	Dekontitutionalisierung des gemeinschaftlichen Besitzstandes	D 28
2.	Europäisches Parlament	D 29
III.	Verbesserung der Integrationsverantwortung im nationalen Bereich	D 31
E.	Ausblick: Die Europäische Union als Dienstleister, Makler und Treuhänder	D 33

* Prof. Dr. Peter M. Huber ist Richter des Bundesverfassungsgerichts (Zweiter Senat) und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der LMU München.

A. Die Europäische Union zwischen Zerfall und Aufbruch

Der Vertrag von Lissabon – 2009 nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages in Referenden in Frankreich und den Niederlanden in Kraft getreten – sollte die Europäische Union konsolidieren und zukunftsfest machen. Wirklich gelungen ist das nicht. Vielmehr schwankt die Union seit mehr als 10 Jahren zwischen Aufbruch und Resignation.

Auf der einen Seite wirkt sie angesichts des Brexits, der Rechtsstaats-, Migrations-, Euro- und Coronakrise zutiefst verunsichert und orientierungslos. Auf der anderen Seite fehlt es den europäischen Institutionen und manchem Staats- und Regierungschef auch nicht an Pathos, Selbstgewissheit und Selbstsicherheit. Die bombastische Inszenierung der am US-Vorbild orientierten jährlichen „State of the Union“-Rede der Kommissionspräsidentin zeigt das ebenso wie ihre Antrittsrede vor dem Europäischen Parlament am 27. November 2019, die sie in bester *de Gaulle*’scher Manier mit dem Dreiklang „Vive l’Europe, es lebe Europa, long live Europe“ beendete,¹ oder der an alle Unionsbürgerinnen und -bürger gerichtete Brief Emmanuel Macrons vom 5. März 2019,² in dem er nichts Geringeres forderte als einen Neubeginn des Projektes Europa. Seit nunmehr vier Jahren fordert er mehr „europäische Souveränität“,³ was seine Jünger,⁴ zu denen offenbar auch die neue deutsche Ampel-Regierung gehört,⁵ als Initiative zur Schaffung eines europäischen Bundesstaates (miss-?)verstanden haben. Wie dem auch sei: Understatement ist jedenfalls keine Kategorie der Europapolitik.

¹ Ursula von der Leyen, Rede vor dem Plenum des Europäischen Parlaments am 27. November 2019, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/president-elect-speech_de.pdf> (21.12.2021).

² Der Brief ist im Wortlaut abrufbar unter <<https://www.spiegel.de/politik/ausland/emmanuel-macron-brief-an-die-eu-buerger-im-wortlaut-a-1256271.html>> (21.12.2021).

³ E. Macron, „Initiative für Europa“, Rede vom 26. September 2017 an der Pariser Sorbonne-Universität, Rede in deutscher Sprache, abrufbar unter <<https://de.ambafrance.org/Initiative-fur-Europa-Die-Rede-von-Staatspraesident-Macron-im-Wortlaut>> (21.12.2021), im französischen Originalwortlaut und englischer Sprache abrufbar unter <<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/09/26/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique>> (21.12.2021).

⁴ Vgl. etwa auch U. Guérot, Warum Europa eine Republik werden muss! – Eine politische Utopie, 2016, die sich für eine den Nationalstaat überwindende Europäische Republik einsetzt.

⁵ Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, „Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“, 24.11.2021, S. 131, abrufbar unter <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf> (21.12.2021).

I. Krisensymptome

1. Brexit

Der schlimmste Rückschlag, den das europäische Einigungswerk seit seinem Beginn 1951 erlebt hat, war zweifellos der Brexit. Mit seinen Folgen werden wir nicht nur jeden Tag konfrontiert; er hat auch und vor allem das Selbstverständnis der Union als einer sich kontinuierlich verdichtenden Integrationsgemeinschaft („*ever closer Union*“, sog. „Fahrradtheorie“)⁶ nachhaltig erschüttert.

2. Rechtsstaatskrise

Weiterer Sprengstoff ergibt sich aus dem unverhohlenen Abbau rechtsstaatlicher Strukturen vor allem in Polen und Ungarn, wo die Regierungen in den vergangenen Jahren Verfassungsgerichte und Justiz entmachtet bzw. gleichgeschaltet haben und nun auch Medien und Zivilgesellschaft auf Linie zu bringen versuchen. Nicht weniger bedrohlich ist die offenkundige Korruption in Bulgarien,⁷ Malta⁸ oder Rumänien⁹.

⁶ Dazu bereits W. Hallstein, Die EWG – eine Rechtsgemeinschaft, in: T. Oppermann (Hrsg.), Europäische Reden, 1979, S. 59 und ders., Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 36 – ihm wird auch die Fahrradmetapher zugeschrieben, wonach es sich mit der Integration wie mit einem Rad verhält, das ständig bewegt werden muss, weil es sonst umfällt; vgl. A. v. Bogdandy, Von der technokratischen Rechtsgemeinschaft zum politisierten Rechtsraum. Probleme und Entwicklungslinien in der Grundbegrifflichkeit des Europarechts, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), Die Neuerfindung Europas. Bedeutung und Gehalte von Narrativen für die europäische Integration. Recht und Politik in der Europäischen Union, 2019, S. 67 (71 f.); dazu auch bereits W. Möschel, Politische Union für Europa: Wunschtraum oder Alptraum?, JZ 1992, S. 877 (878).

⁷ Vgl. etwa FAZ-online vom 4.7.2016, „Studie: Bulgarien bleibt im Griff der Korruption“, abrufbar unter <<https://www.faz.net/agenturmeldungen/dpa/studie-bulgarien-bleibt-im-griff-der-korruption-14324047.html>> (21.12.2021).

⁸ Vgl. etwa die Vertragsverletzungsverfahren gegen Malta wegen des „Verkaufs“ von Staatsbürgerschaften (sog. „golden passport“), abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commision/presscorner/detail/en/ip_20_1925> (21.12.2021)

⁹ Vgl. etwa das Verfahren um die Absetzung der Leiterin der Korruptionsbekämpfungsbehörde: EGMR Ur. v. 5.5.2020 – 3594/19 – Kövesi/Rumänien = NVwZ-RR 2020, 1032; sowie die Reporte der Europäischen Kommission im Rahmen des Kooperations- und Kontrollverfahrens, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/assistance-bulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania_de> (21.12.2021).

Diese Vorgänge bleiben nicht ohne Rückwirkungen auf den Rest der Europäischen Union.¹⁰ Sie untergraben das gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten, ihren Verwaltungen und Gerichten,¹¹ gefährden aber auch die Integrität der europäischen Institutionen, weil die fraglichen Mitgliedstaaten Abgeordnete und Kommissare nach Brüssel sowie Richter und Generalanwälte nach Luxemburg entsenden und zahllose weitere Vertreter in andere Einrichtungen der Europäischen Union, wo sie deren Handeln mitbestimmen.

3. Flüchtlings-, Euro- und Coronakrise

Es kommt hinzu, dass zentrale Bereiche des Integrationsprogramms (*acquis communautaire*) durch erhebliche Vollzugs- bzw. strukturelle Regelungsdefizite¹² gekennzeichnet sind.

aa) Das gilt zum einen für die seit 2015 anhaltende und – wie die aktuellen Vorgänge an der griechisch-türkischen und der polnisch-weissrussischen Grenze zeigen – nicht ansatzweise gelöste Migrationskrise. Sie wird von Beobachtern als „9/11“ der Integration beschrieben,¹³ weil sie die nationalen Solidaritätsgefühle stärke und die Chancen für eine Art unionalen Verfassungspatriotismus verringere und daher ein Wendepunkt in der politischen Dynamik des europäischen Projekts sei. Sie signalisiere einen Zeitpunkt, an dem die Forderungen nach Demokratie in Europa sich in die Forderungen nach dem Schutz der eigenen politischen Gemeinschaft verwandeln und damit eher auf Ausschluss denn auf Inklusion zielen.¹⁴ Auf jeden Fall legt sie offen, dass die Vorstellung über die Grundwerte der Union und/oder die Bereitschaft, für diese einzutreten, sehr weit auseinander liegen.

¹⁰ The Journal v. 12.3.2018, „High Court [of Ireland] judge says changes in Poland have ‚systematically damaged‘ the rule of law and breached democracy“; P. M. Huber, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, in: Der Staat 56 (2017), S. 389 ff.

¹¹ Zu entsprechenden Sachverhaltsermittlungspflichten der nationalen Gerichte dahingehend, ob dem von der Abschiebung Betroffenen eine unmenschliche und entwürdigende Behandlung droht, vgl. BVerfG, NVwZ 2016, S. 1242; NVwZ 2017, S. 1196; zu Anforderungen an das Verfahren EuGH, Urt. v. 5.4.2016, Rs. C-404/15, ECLI:EU:C:2016:198 und C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:140 – *Aranyosi und Căldăraru*; Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 – LM.

¹² Zu der Figur des sich aus einem Vollzugsdefizit ergebenden strukturellen Regelungsdefizits, die zur Nichtigkeit einer Norm führen kann, vgl. BVerfGE 133, 168 (234 Rn. 119) – Verständigung im Strafprozess.

¹³ I. Krastev, *Europadämmerung*, 4. Aufl. 2018, S. 25 ff., 56 ff.

¹⁴ I. Krastev, *Europadämmerung*, 4. Aufl. 2018, S. 71.

In der Tat funktioniert das europäische Asylrecht nicht. Nach der Grundidee des sog. Dublin-Regimes soll der Mitgliedstaat für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig sein, in dem ein Asylbewerber zum ersten Mal europäischen Boden betritt – einbezogen sind insofern auch Norwegen, Island und die Schweiz. Grundlage war insoweit zunächst das Dubliner Abkommen von 1997, das 2003 durch die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin II) und zum 1. Januar 2014 durch Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III) ersetzt worden ist. Das damit etablierte System wird in der öffentlichen Debatte häufig als unfair kritisiert, weil sich die nord- und mitteleuropäischen Staaten mit ihm vom Migrationsdruck entlastet und die Staaten Südeuropas alleine gelassen hätten. Ein Blick auf die Realitäten zeigt freilich, dass es – was allen Beteiligten klar gewesen oder doch rasch klar geworden sein dürfte – von Anfang an nicht funktioniert hat und weder Griechenland noch Italien ihren unionsrechtlichen Verpflichtungen auch nur ansatzweise nachgekommen sind bzw. nachkommen. Sie lassen die Asylbewerber häufig weiterziehen und einige der Mitgliedstaaten – insbesondere Griechenland und Ungarn – verweigern sich meist auch deren Rücküberstellung.¹⁵ Seit 2003 hat jedenfalls Deutschland fast jedes Jahr mit Abstand die meisten Asylbewerber und Migranten aufgenommen.¹⁶

¹⁵ Vgl. zu der geringen Anzahl an positiv beschiedenen Rückstellungsersuchen insbesondere in Griechenland und Ungarn etwa die Statistiken von Eurostat aus dem Jahr 2020, abrufbar unter <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Statistics_on_countries_responsible_for_asylum_applications_\(Dublin_Regulation\)#Dublin_requests](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Statistics_on_countries_responsible_for_asylum_applications_(Dublin_Regulation)#Dublin_requests)> (21.12.2021); zu der hohen Zahl an zurückgezogenen Asylanträgen v.a. in Griechenland und Italien als potentiell Hinweis auf ein „Untertauchen und den Beginn von Sekundärmigration in andere EU-Länder“ der Annual Report des Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen (European Asylum Support Office, EASO) 2020, S. 13, abrufbar unter <<https://www.easo.europa.eu/information-analysis/asylum-report/easo-annual-report-previous-editions>> (21.12.2021), dazu auch Gutschker, Warum Dublin nicht funktioniert, FAZ-online v. 25.06.2020, abrufbar unter <<https://www.faz.net/aktuell/politik/eu-asylbericht-warum-dublin-nicht-funktioniert-16832261.html>> (21.12.2021).

¹⁶ Vgl. dazu die Asylum Quarterly Reports von Eurostat, abrufbar unter <<https://ec.europa.eu/eurostat/de/web/migration-asylum/asylum/publications>> (20.12.2021).

Auch die durch die Richtlinie 2013/33/EU,¹⁷ die Richtlinie 2013/32/EU¹⁸ und die Richtlinie 2011/95/EU¹⁹ normierten Anforderungen an Asylverfahren werden vielfach missachtet. Noch heute wirkt etwa nach, dass EGMR,²⁰ EuGH²¹ und BVerfG²² zwischen 2010 und 2012 aus diesem Grund die Überstellung von Asylbewerbern nach Griechenland untersagt haben. Geändert hat sich seitdem wenig.

bb) Die Euro- und Finanzkrise hat dagegen die unterschiedlichen Interessen zwischen den mittel- und nordeuropäischen Mitgliedstaaten auf der einen und den südeuropäischen Mitgliedstaaten auf der anderen Seite sowie ein substantielles Nord-Südgefälle offengelegt.

Seit 2012 musste das institutionelle Design der Währungsunion immer wieder nachgebessert werden und ist dabei zumindest faktisch grundlegend verändert worden: durch die Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), der bis zu 700 Mrd. Euro für mögliche Hilfsleistungen an Mitgliedstaaten²³ und – nach dem Änderungsentwurf – den Abwicklungsmechanismus be-

¹⁷ Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABl. EU 2013 Nr. L 180/96.

¹⁸ Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. EU 2013 Nr. L 180/60.

¹⁹ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. EU 2011 Nr. L 337/9.

²⁰ EGMR, Ur. v. 21.1.2011, Nr. 30696/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609 – M.S.S. c. *Belgique et Grece*.

²¹ EuGH, Ur. v. 21.12. 2011, Verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 – N. S. / *Secretary of State for the Home Department und M. E. u.a. / Refugee Applications Commissioner und Minister for Justice, Equality and Law Reform*.

²² BVerfGE 128, 224 ff. – *Einstellung des Verfahrens*; BVerfG, Beschl. v. 8.5.2017 – 2 BvR 157/17 – *Abschiebung nach Griechenland*.

²³ BVerfGE 132, 195 ff. – *ESM (einstweilige Anordnung)*; 135, 317 ff. – *ESM*; a.A. EuGH, Ur. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 – *Pringle*.

reit hält,²⁴ durch den EU-Wiederaufbaufonds, der Zuschüsse und Darlehen vor allem an den Süden ermöglicht,²⁵ und durch die mittlerweile 5 Bill. Euro, mit denen die EZB seit 2015 die Finanzmärkte im Rahmen von EAPP und PEPP geflutet²⁶ und die zusammen mit einer 0%-Zinspolitik die Inflation in der Eurozone mittlerweile auf ein 30-Jahres-Hoch von 5-6% getrieben haben.

Diese Umgestaltung der Währungsunion²⁷ war und ist politisch wie juristisch umstritten. Ob die Währungsunion vor diesem Hintergrund wirklich als Erfolgsgeschichte gelten kann und ob die Praxis der EZB von ihrem Mandat gedeckt ist, wird unterschiedlich beurteilt und hängt vor allem von der Perspektive ab.²⁸ Die südeuropäischen Staaten, die die Mehrheit im EZB-Rat stellen, sehen das großzügig, der Norden eher nicht. Dafür spricht nicht zuletzt, dass im Oktober 2021 mit Jens Weidmann mittlerweile der dritte Bundesbankpräsident aus Protest gegen die Linie der EZB und die mangelnde Unterstützung der Bundesregierung zurückgetreten ist.²⁹

Eine ökonomische Konvergenz zwischen den Mitgliedstaaten hatten alle diese Maßnahmen allerdings nicht zur Folge, wohl aber einen kräftigen Ausbau der Transferleistungen in den Süden. Dass das die Währungsunion noch auf die Probe stellen wird, liegt auf der Hand.

²⁴ Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (SRM-Verordnung); ABl. EU Nr. L 225 v. 30.7.2014, S. 1 ff.; siehe ferner BVerfGE 151, 202 ff. – *Bankenunion*.

²⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.4.2021 – 2 BvR 547/21 – EU-Wiederaufbaufonds.

²⁶ Vgl. BVerfGE 147, 39 ff. – Vorlage PSPP; 154, 17 ff. – PSPP; BVerfG, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 BvR 1651/15 – PSPP-Vollstreckungsanordnung; a.A. EuGH, Urt. von 11.12.2018, Rs. C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss.

²⁷ So schon BVerfGE 132, 195 (247 f. Rn. 128) – ESM (*einstweilige Anordnung*); 135, 317 (407 Rn. 180) – ESM; a.A. Urt. v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 – Pringle.

²⁸ Keinerlei Bedenken EuGH, Urt. v. 16.6.2015, Rs. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 – Gauweiler; Urt. v. 11.12.2018, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 – Weiss; anders und kritisch BVerfGE 134, 366 ff. – Vorlage OMT; 142, 123 ff. – OMT; 147, 39 ff. – Vorlage PSPP; 154, 17 ff. – PSPP.

²⁹ G. Braunberger, „Weidmanns Rückzug“, FAZ.net v. 20.10.2021, abrufbar unter <<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/bundesbank-jens-weidmann-tritt-aus-frust-ueber-geldpolitik-zurueck-17593603.html>> (21.12.2021).

cc) Auch das Management der Pandemie hat das Vertrauen in die Europäische Union nicht wirklich gestärkt.³⁰ Vor allem die Impfstoffbeschaffung durch die EU-Kommission wirkte missglückt. Sie krankte nicht nur daran, dass die Europäische Union im Bereich der Gesundheitspolitik gar keine Zuständigkeiten besitzt und über keinerlei Erfahrung bei der Beschaffung von Impfstoffen verfügt, sondern auch daran, dass industriepolitische Egoismen einzelner Mitgliedstaaten eine rasche Auftragsvergabe erschwerten und wertvolle Zeit verloren wurde.³¹

Die Kritikpunkte sind freilich so unterschiedlich wie die Mentalitäten und Charaktere in Europa. So sah etwa *Jacques Delors* in der Corona-Krise eine mangelnde Solidarität und eine „tödliche Gefahr“ für die Union,³² weil mit der vorübergehenden Schließung der Grenzen ihr „größter Stolz“ preisgegeben worden sei, was das europäische Projekt wegen mangelnder Handlungsfähigkeit vermeintlich entzaubert habe.³³ Der luxemburgische Außenminister *Asselborn* verstieg sich gar zu dem emotionalen Hinweis, dass es nicht zu Europa passe, wenn ein deutsches Polizeiauto die deutsch-luxemburgische Grenze bewache,³⁴ und bemühte damit Bilder aus der Zeit des Krieges.

4. Befund

Diese und andere – für den Einzelnen weit entfernte und von ihm kaum beeinflussbare – Vorgänge haben den Eindruck verstärkt, dass seine Stimme in der

³⁰ G. Conti im britischen Fernsehen, wonach die sozioökonomischen Folgen der Pandemie eine große Herausforderung für das Weiterbestehen Europas und die Gefahr eines Zerfalls real seien, zitiert bei *L. van Middelaar*, *Das europäische Pandämonium*, 2021, S. 12.

³¹ Dass die EU-Kommissionspräsidentin das Handeln ihrer Behörde heute lobt, vgl. SZ v. 15.9.2021, „Mit Pathos und Milliarden“, abrufbar unter <<https://www.sueddeutsche.de/politik/eu-eu-kommission-ursula-von-der-leyen-1.5411664>> (21.12.2021), fällt eher in die Kategorie Marketing und Legendenbildung.

³² Zitiert bei *S. de Ravinel*, „Le manque de solidarité est un ‚danger mortel‘ pour l’Europe, selon Jacques Delors“, *Le Figaro* online v. 28.3.2020, abrufbar unter <<https://www.lefigaro.fr/politique/le-manque-de-solidarite-est-un-danger-mortel-pour-l-europe-selon-jacques-delors-20200328>> (21.12.2021).

³³ Zu diesem „pandemischen Lamento über das drohende Ende Europas“ ausführlich, im Ergebnis aber mit differenzierterer Bewertung *L. van Middelaar*, *Das europäische Pandämonium*, 2021, S. 10 ff. m.w.N.

³⁴ Vgl. ARD-Interview v. 8.5.2020, zitiert bei <<https://www.bild.de/politik/ausland/politik-ausland/nachbar-regierung-sauer-auf-deutschland-luxemburg-ist-ein-land-und-kein-schlacht-72137068.bild.html>> (21.12.2021); vgl. auch SZ v. 8.5.2020, „Seehofer soll die Grenzen öffnen“, S. 1.

europäischen Politik keine Bedeutung hat bzw. wirkungslos sei.³⁵ Nach dem Eurobarometer von 2012 glauben nur 33%, dass ihre Stimme in der Europäischen Union zählt, wobei die Zahlen zwischen den Mitgliedstaaten stark variieren: von 61% in Dänemark und immerhin 47% in Deutschland bis zu nur 16% in Italien, 15% in Griechenland und 14% in der Tschechischen Republik. Im nationalen Kontext glauben dagegen 96% der Dänen und 70% der Deutschen, dass ihre Stimme zählt, während sich mit Blick auf die anderen Länder keine nennenswerten Unterschiede ergeben.³⁶

Betrachtet man zudem die Erfahrungen, die etwa die Griechen während der verschiedenen Eurorettungsmaßnahmen mit dem Regime der Troika machen mussten, so kann dies nicht verwundern: Ein erstes Referendum mit dem die Bevölkerung über die Bedingungen des Sparprogramms abstimmen sollte, wurde auf Druck aus Brüssel, Berlin und Paris verworfen. Mit neuer Regierung fand es 2015 zwar dann doch statt, mit dem Ergebnis, dass die Bedingungen für die dritte Rettungsaktion abgelehnt wurden. Danach lenkte die griechische Regierung allerdings ein, wohl weil sie einen Austritt Griechenlands aus der Währungsunion nicht riskieren wollte. Die Wirkungen hat *Ivan Krastev* wie folgt zusammengefasst: „Demokratie ohne Wahlmöglichkeiten, Souveränität ohne Bedeutung und Globalisierung ohne Legitimation“.³⁷

II. Die Reaktion der Institutionen – zwischen Leugnung und Aufbruch

Man tritt der Kommission und den anderen Institutionen vermutlich nicht zu nahe, wenn man ihnen eine robuste Selbstgewissheit attestiert, die sich durch Rückschläge und Kritik nicht ernsthaft irritieren lässt. Zwar hat die Kommission am 1. März 2017 ein „Weißbuch zur Zukunft Europas“ vorgelegt und fünf Szenarien für die weitere Entwicklung der Union skizziert: Szenario 1: weiter wie bisher, Szenario 2: Schwerpunkt Binnenmarkt, Szenario 3: Wer mehr will, tut mehr, Szenario 4: Weniger aber effizienter, Szenario 5: Viel mehr gemeinsames Handeln.³⁸ Der damalige Kommissionspräsident *Jean Claude Juncker* hat

³⁵ I. Krastev, *Europadämmerung*, 4. Aufl. 2018, S. 80, 124.

³⁶ Europäische Kommission, Special Eurobarometer 379 „Future of Europe“, 2012, S. 22, abrufbar unter <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/1059>> (21.12.2021). In jüngster Zeit scheint sich die Wahrnehmung allerdings zu verbessern.

³⁷ I. Krastev, *Europadämmerung*, 4. Aufl. 2018, S. 83.

³⁸ COM(2017) 2025, 13.2017.

in seiner Rede zur Lage der Union 2017 allerdings wenig Zweifel daran gelassen, welches Szenario die Kommission und andere Unionsorgane für allein zukunftsträchtig halten: das Szenario 5.³⁹

1. Selbstgewissheit und Leugnung

Für eine solche Interpretation spricht schon der Umstand, dass der in Frankreich und den Niederlanden in zwei Volksabstimmungen krachend gescheiterte Verfassungsvertrag – von ein paar Symbolen entkleidet⁴⁰ – mit dem Vertrag von Lissabon im Ergebnis doch relativ ungerührt umgesetzt wurde. An einer Ursachenforschung hatte man in Brüssel, Paris oder Den Haag ebenso wenig Interesse wie daran, den *acquis communautaire* auf den Prüfstand zu stellen. Dass die Europäische Union außer zu wenig Zuständigkeiten und Ressourcen Defizite und Reformbedarf aufweisen könnte, ist für die Institutionen ebenso unvorstellbar wie für das politische Personal in den meisten Mitgliedstaaten.

Auch auf den Brexit haben die europäischen Institutionen eher ungläubig reagiert. Zwar war die Mehrheit für den Brexit in der Tat knapp und das politische Personal in Großbritannien inkompetent, leichtfertig und verantwortungslos. Aus blauem Himmel kam das Ergebnis aber nicht, auch wenn man dem beflissen anmutenden Urteil des EuGH vom 10. Dezember 2018 in der Rs. *Wightman*⁴¹ entnehmen kann, dass man im Brexit auf dem Kontinent in erster Linie einen Betriebsunfall sehen wollte.

Nachdenklich stimmen muss auch, dass die siebenjährigen Verhandlungen über ein neues Rahmenabkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz vor kurzem geplatzt sind. Zwar hat der Schweizer Bundesrat die Verhandlungen abgebrochen; der Umstand allein, dass ein demokratischer Rechtsstaat wie die Schweiz, der prosperiert und vollständig von der Europäischen Union umgeben ist, glaubt, auf eine enge Verzahnung mit dieser verzichten zu können, sollte die Alarmglocken schrillen lassen.

³⁹ T. Isler, „Junckers Pathos von gestern gefährdet die EU von morgen“, NZZ am Sonntag-online v. 16.9.2017, abrufbar unter <<https://nzzas.nzz.ch/notizen/junckers-pathos-von-gestern-gefaehrdet-die-eu-von-morgen-ld.1316820>> (21.12.2021).

⁴⁰ U. Haltern, Europäische Verfassungsästhetik – Grundrechtscharta und Verfassung der EU im Zeichen von Konsumkultur, KritV 2002, S. 261 ff. (264 f., 268 f.); ders., Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, ELJ 9 (2003), S. 14 ff.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 10.12.2018, Rs. C 621/18, ECLI:EU:C:2018:999 – Wightman.

Ähnlich ungerührt ist das Handeln der Organe in der Migrationspolitik. Seit 2015 ist hier nichts Nennenswertes geschehen. Allerdings hat die Kommission am 23. September 2015, auf dem Höhepunkt der Flüchtlingskrise und mehr als 10 Jahre nachdem sie Erfahrungen mit dem europäischen Asylrecht und seinen strukturellen Regelungsdefiziten sammeln konnte, 40 Vertragsverletzungsverfahren auf den Weg gebracht, die fast durchweg technokratische Aspekte wie unterlassene Mitteilungen von Richtlinienumsetzungen zum Gegenstand hatten, die existentiellen Probleme des unionalen Asylregimes jedoch nicht adressiert haben.⁴²

2. Aufbruch und Zukunftsorientierung

Unangefasst von all diesen Defiziten und Enttäuschungen hat es die Europäische Union 2020 geschafft, ein gigantisches Aufbauprogramm wie das Programm „Next Generation EU“ mit einem Volumen von 750 Mrd. Euro aufzulegen.⁴³ Gleichzeitig hat die Kommission einen „Green Deal“ verkündet, mit dem Europa bis 2050 klimaneutral und von Grund auf umgebaut werden soll.⁴⁴

Als Trostpflaster für das Scheitern des Spitzenkandidatenmodells ist zudem eine Konferenz zur Zukunft Europas ins Leben gerufen worden, deren Plenarversammlung sich aus 108 Mitgliedern des Europäischen Parlaments, 54 Vertreterinnen und Vertretern des Rates und drei der Kommission, 108 Vertreterinnen und Vertretern der nationalen Parlamente sowie 108 Bürgerinnen und Bürgern zusammensetzt. Darüber hinaus sind der Ausschuss der Regionen und der Wirtschafts- und Sozialausschuss mit je 18 Vertretern, regionale und lokale Behörden mit sechs gewählten Vertretern repräsentiert, die Sozialpartner mit 12 und die Zivilgesellschaft mit acht. Dass dabei etwas anderes herauskommen wird als das Szenario 5 – „Viel mehr gemeinsames Handeln“ –, sollte angesichts der organisationssoziologischen Einsicht, dass der Inhalt einer Kollegialentscheidung „durch ihre Zusammensetzung mindestens tenden-

⁴² EU-Kommission, Pressemitteilung v. 23.9.2015: „Mehr Verantwortung bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise: Europäische Kommission bringt Gemeinsames Europäisches Asylsystem auf Kurs und leitet 40 Vertragsverletzungsverfahren ein“.

⁴³ Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 15.4.2021 – 2 BvR 547/21 – EU-Wiederaufbaufonds.

⁴⁴ Europäische Kommission, Mitteilung „Der europäische Grüne Deal“ v. 1.12.2019, COM(2019) 640 final und Mitteilung der Kommission „Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa, Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal“ v. 14.1.2020, COM(2020) 21 final; sowie Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), ABl. EU Nr. L 243/1.

ziell, in einem allgemeinen qualitativen Sinn, vorausbestimmt“ wird,⁴⁵ nicht überraschen. Auch wenn sie numerisch nicht die Mehrheit bilden, so nehmen die für eine Unitarisierung und Zentralisierung eintretenden Kräfte – allen voran die europäischen Institutionen – in dieser Konferenz doch aufgrund ihrer Erfahrung, der persönlichen Kontakte und der eingespielten Prozeduren eine Schlüsselrolle ein. Insoweit unterscheidet sich die jetzige Konferenz nicht wesentlich von dem vor 15 Jahren gescheiterten Verfassungskonvent.⁴⁶ Das hat aber freilich niemanden irritiert.

3. Selbstreferentialität

Brüssel ist freilich nicht Europa mit seinen 27 Mitgliedstaaten und seinen ca. 400 Mio. Menschen. Ihm, d.h. den europäischen Institutionen, fehlt nicht nur die Kenntnis der ökonomischen, sozialen, kulturellen, historischen und psychologischen Gegebenheiten vor Ort. Sie glauben häufig sogar, auf diese verzichten zu können.

Ein markantes Beispiel bieten insoweit die Auseinandersetzungen um das im Nachgang zum PSPP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts initiierte Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland, bei dem es im Kern um die Frage geht, ob der Anwendungsvorrang des Unionsrechts verfassungsrechtlichen Grenzen unterliegt oder nicht. Der EuGH hat dies formal nie akzeptiert, die Verfassungs- und Höchstgerichte der Mitgliedstaaten etwas anderes nie zugelassen. Seine mehr als 50-jährige Rechtsprechung zusammenfassend hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluss zum Einheitlichen Patentgericht II vom 23. Juni 2021 dies noch einmal festgehalten:

„Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts besteht (...) nur kraft und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung (...). Daher findet die vom Grundgesetz ermöglichte und vom Integrationsgesetzgeber ins Werk gesetzte Öffnung der deutschen Rechtsordnung für das Unionsrecht ihre Grenzen nicht nur in dem vom Gesetzgeber verantworteten Integrationsprogramm, sondern auch in der ebenso änderungs- wie integrationsfesten Identität der Verfassung (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG). Der Anwendungsvorrang reicht nur soweit, wie das Grundgesetz und das Zustimmungsgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten erlauben oder vorsehen (...).“⁴⁷

⁴⁵ BVerfGE 35, 79 (120 f.) – Nds. Vorschaltgesetz.

⁴⁶ H. Klinger, Der Konvent, 2007, S. 196 ff.; zu der organisationssoziologischen Einsicht, dass die Zusammensetzung eines Gremiums seine Entscheidungen tendenziell vorausbestimmt.

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2021 – 2 BvR 2216/20 –, Rn. 73 f. – Einheitliches Patentgericht II, unter Hinweis auf BVerfGE 37, 271 (279 f.); 58, 1 (30 f.); 73, 339 (375 f.); 75, 223 (242); 89, 155 (190); 123, 267 (348 ff., 402); 126, 286 (302); 129, 78 (99); 134, 366 (384 Rn. 26); 140, 317 (336 Rn. 40); 142, 123 (187 f. Rn. 120); 154, 17 (89 f. Rn. 109).

Dieser – mutatis mutandis in nahezu allen Mitgliedstaaten nachweisbare⁴⁸ – Befund war und ist der Europäischen Kommission jedoch offenbar nicht geläufig. Sie hat ihn bislang mit keiner Silbe zur Kenntnis genommen und hält es wohl für ausreichend, sich an der Luxemburger Rechtsprechung zu orientieren und ihr nicht ins Konzept passende Ansätze in den Mitgliedstaaten zu ignorieren.

B. Legitimität und Selbstbestimmung als Grundlagen von Herrschaft

I. Akzeptanz und Legitimität

Vor diesem Hintergrund macht es Sinn, sich daran zu erinnern, dass jede politische Herrschaftsordnung ihre soziale Anerkennung als gerechtfertigt voraussetzt. Eine solche Anerkennungswürdigkeit kann mit religiösen, ideologischen oder normativen Argumenten in Anspruch genommen werden,⁴⁹ wobei man mit *Max Weber* bekanntlich zwischen charismatischer, traditionaler und rationaler Herrschaft unterscheiden kann.⁵⁰

In jedem Fall müssen die Herrschaftsunterworfenen die Herrschaft aber auch in einem politisch-praktischen Sinne tatsächlich anerkennen.⁵¹ Schon *Rousseau* spricht davon, dass auch der Stärkste nicht stark genug ist, „seine Herrschaft auf Dauer zu behaupten, wenn er nicht die Gewalt in Recht und Ge-

⁴⁸ Königreich Belgien: Verfassungsgerichtshof, Ent. Nr. 62/2016 v. 28.4.2016, Rn. B.8.7.; für das Königreich Dänemark: Højesteret, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997 –, Abschn. 9.8.; Urt. v. 6.12.2016 – I 15/2014 –; für die Republik Estland: Riigikohus, Urt. v. 12.7.2012 – 3-4-1-6-12 –, Abs.-Nr. 128, 223; für die Französische Republik: Conseil Constitutionnel, Ent. Nr. 2006-540 DC v. 27.7.2006, Rn. 19; Ent. Nr. 2011-631 DC v. 9.6. 2011, Rn. 45; Ent. Nr. 2017-749 DC v. 31.7.2017, Rn. 9 ff.; Conseil d'État, Ent. Nr. 393099 v. 21.4.2021, Rn. 5; für Irland: Supreme Court of Ireland, *Crotty v. An Taoiseach*, (1987), I.R. 713 (783); *S.P.U.C. (Ireland), Ltd. v. Grogan*, (1989), I.R. 753 (765); für die Italienische Republik: Corte Costituzionale, Ent. Nr. 183/1973, Rn. 3 ff.; Ent. Nr. 168/1991, Rn. 4; Ent. Nr. 24/2017, Rn. 2; für Lettland: Satversmes tiesa, Urt. v. 7.4.2009 – 2008-35-01 –, Abs.-Nr. 17; für die Republik Polen: Trybunał Konstytucyjny, Urt. v. 11.5.2005 – K 18/04 –, Rn. 4.1., 10.2.; Urt. v. 24.11.2010 – K 32/09 –, Rn. 2.1. ff.; Urt. v. 16.11.2011 – SK 45/09 –, Rn. 2.4., 2.5.; für das Königreich Spanien: Tribunal Constitucional, Erklärung v. 13.12.2004, DTC 1/2004; für die Tschechische Republik: Ústavní Soud, Urt. v. 31.1.2012 – 2012/01/31 – Pl. ÚS 5/12 –, Abschn. VII; für Kroatien: Ustavni Sud, Ent. v. 21.4.2015 – U-VIIR-1158/2015 –, Rn. 60.

⁴⁹ J. Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1973, S. 39.

⁵⁰ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, S. 124.

⁵¹ W. Heun, Legitimität, Legalität, in: *Ev. Staatslexikon*, 2006, 1418 (1420).

horsam in Pflicht verwandelt“⁵² Bei Georg Jellinek heißt es mit Blick auf die Untertanen, dass „all ihre Tätigkeit (...) verwandelter Gehorsam“ sei,⁵³ während Herrschaft nach Hermann Heller „weder den Machtunterworfenen allein noch irgend einem Machthaber, und sei er noch der unbeschränkteste Diktator, zugerechnet werden (kann). Immer verdankt sie ihr Entstehen und Bestehen erst dem Zusammenwirken beider.“⁵⁴ Die Inanspruchnahme von Legitimität findet ihr Korrelat somit in der Akzeptanz der Bürgerinnen und Bürger.

In einer demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung setzt Anerkennung zumindest Legalität voraus.⁵⁵ Das ist jedoch eine zwar notwendige, aber keinesfalls hinreichende Voraussetzung für Legitimität. Hinzukommen muss die glaubhafte Erfüllung einiger fundamentaler Staatszwecke, die sich seit dem 17. Jahrhundert herausgebildet haben, und deren Erfüllung dem Staat die Akzeptanz seiner Angehörigen sichert:⁵⁶ Die Sicherung des Friedens nach außen und innen, ökonomische Wohlfahrt und – in jüngerer Zeit – ein glaubhafter Beitrag zur ökologischen Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft. Scheitert ein Staat dabei, wird er zum „failed state“.

Die Verbindung von Legitimität und Staatszwecken schlägt die Brücke zu einem neuen Staatsverständnis, wie es sich in Deutschland nach der Katastrophe des NS-Regimes nach dem Zweiten Weltkrieg entwickelt hat und am prägnantesten im Entwurf des Herrenchiemseer Konvents für Art. 1 des Grundgesetzes Ausdruck gefunden hatte, der lautete: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“⁵⁷ So gesehen dienen auch die genannten Staatszwecke – Frieden, Wohlstand und der Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen – letztlich dem einzelnen Menschen. Er ist der Fluchtpunkt allen staatlichen Handelns und – in Gestalt seiner Bürgerinnen und Bürger – die einzige Quelle demokratischer Legitimation.

⁵² J. J. Rousseau, *Contrat social*, I 3.

⁵³ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1914, S. 426.

⁵⁴ H. Heller, *Staatslehre*, 6. Aufl. 1983, S. 239.

⁵⁵ U. Di Fabio, *Herrschaft und Gesellschaft*, 2018, S. 34.

⁵⁶ Vgl. etwa R. Schmidt, *Der Staat der Umweltvorsorge*, in: Huber (Hrsg.), *Das ökologische Produkt*, 1995, S. 97 (105 f.).

⁵⁷ JÖR 1 (1951), 1 (48).

II. Selbstbestimmung als Legitimations- und Legitimitätsquelle

1. Allgemeines

Elementarste Form von Selbstbestimmung ist es, wenn der Einzelne eigenverantwortlich über Inhalt und Ausmaß dessen entscheiden kann, was für ihn die „*pursuit of happiness*“ – die die Unabhängigkeitserklärung der USA proklamiert – konkret ausmacht.⁵⁸ Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt ist insoweit die in Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 1 GRCh geschützte Würde des Menschen und sein aus ihr fließendes Recht, grundsätzlich „*plastes et fctor*“⁵⁹ seiner selbst zu sein. Dieses Recht bildet den Kern aller Grundrechtsgarantien,⁶⁰ die man insoweit als bereichsspezifische Garantien individueller Selbstbestimmung verstehen kann.

Selbstbestimmung aber impliziert immer auch eine Distanzierung von anderen – der Familie, der Gruppe, dem Staat etc. Auch wenn der Mensch als „*zoon politikon*“ bzw. „*animal sociale*“ von seiner Natur her gemeinschaftsgebunden ist,⁶¹ kommt ihr nach dem sog. rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip⁶² ein struktureller Vorrang vor dem Gemeinwohl und seinen Konkretisierungen durch die öffentliche Gewalt zu. Sie ist prinzipiell legitim und von den Trägern öffentlicher Gewalt grundsätzlich zu respektieren, während deren Handeln der Legitimation, Rationalität, Transparenz und der Begründung bedarf und sich hinterfragen lassen muss.

Im demokratischen Rechtsstaat und der u. a. auf den Werten der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit beruhenden Europäischen Union (Art. 2 EUV) richtet sich Selbstbestimmung damit letztlich gegen demokratisch getroffene Mehrheitsentscheidungen. Das ist auch der tiefere Grund, weshalb Grundrechte auch als Instrumente des Minderheitenschutzes begriffen werden.⁶³

⁵⁸ Declaration of Independence, abrufbar unter <<http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration.html>> (21.12.2021).

⁵⁹ G. Pico della Mirandola, Oratio de hominis dignitate, aus dem Lateinischen von N. Baumgarten, 1990, S. 6 f.

⁶⁰ Umstritten für das Asylrecht, BVerfGE 94, 49 (103 f.); näher P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 2 Rn. 126 f. m. w. N. zum Streitstand.

⁶¹ BVerfGE 4, 7 (15 ff.).

⁶² Zum Begriff C. Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl. 1954, S. 158.

⁶³ F. Hufen, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 18; W. Rüfner, Leistungsrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR II, 2006, § 40 Rn. 48.

2. Politische Selbstbestimmung und Subsidiarität

Selbstbestimmung hat auch eine politische Dimension. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verbürgt das in der Würde des Menschen radizierte⁶⁴ Verfassungsprinzip der Demokratie nicht nur ein möglichst hohes Maß an staatsbürgerlichen Mitwirkungsrechten,⁶⁵ sondern über die Wahl des Deutschen Bundestages auch ein Recht auf demokratische Selbstbestimmung. *Sedes materiae* ist insoweit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.⁶⁶

Diese, in der Garantie der Menschenwürde wurzelnde⁶⁷ Dimension der Demokratie hat das Bundesverfassungsgericht seit den 1950er Jahren immer wieder betont⁶⁸ und in jüngerer Vergangenheit etwa im OMT-Urteil vom 21. Juni 2016 festgestellt:

„Das Grundgesetz geht vom Eigenwert und der Würde des zur Freiheit befähigten Menschen aus und verbürgt im Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die sie betreffende öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, einen menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips. Dieser ist in der Würde des Menschen verankert (...). Der Mensch ist danach eine zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘. Er wird als fähig angesehen und es wird ihm demgemäß abgefordert, seine Interessen und Ideen mit denen der anderen auszugleichen. Um seiner Würde willen muss ihm eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden. Für den politisch-sozialen Bereich bedeutet das,

⁶⁴ P. M. Huber, Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1998, S. 505 (507); P. Kirchhof, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: FS Badura, 2004, S. 237 (238).

⁶⁵ BVerfGE 5, 85 (204 f.) – KPD; 107, 59 (91 ff.) – Emschergenossenschaft; BayVerfGHE 2, 181 (218); P. M. Huber, Volksgesetzgebung und Ewigkeitsgarantie, 2003, S. 28 ff.; S. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 249 ff.; a.A. Chr. Hillgruber, Die Herrschaft der Mehrheit, AöR 127 (2002), S. 460 (469); J. Isensee, Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit, 1999, S. 53; allgemein zum Prinzip R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 71 ff.; H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG I, 3. Aufl. 2012, Vorb. Rn. 79, und GG II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Einleitung) Rn. 43.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 89, 155 (187); 123, 267 (340); 129, 124 (169, 177); 132, 195 (238 Rn. 104); 135, 317 (386 Rn. 125); 151, 202 (286 Rn. 118); BVerfG, Beschl. v. 23.6.2021 – 2 BvR 2216/20 –, Rn. 55 – Einheitliches Patentgericht II.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 123, 267 (341) – Lissabon; 129, 124 (169) – EFSF und Griechenlandhilfe; 135, 317 (386 Rn. 125) – ESM; vgl. P. Häberle, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 61 ff.; S. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 252 ff.; H. H. Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 19 f.

⁶⁸ BVerfGE 5, 85 (204 f.) – KPD.

*dass es nicht genügt, wenn eine ‚Obrigkeit‘ sich bemüht, noch so gut für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen; der Einzelne soll vielmehr in möglichst weitem Umfange verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesamtheit mitwirken (...)“.*⁶⁹

Die Direktionskraft des dermaßen würdeimprägnierten und subjektivierten Demokratiegebots ist ubiquitär.⁷⁰ Ihm lassen sich daher nicht nur Maßstäbe für die Mitwirkung des Einzelnen an der Legitimation der öffentlichen Gewalt entnehmen, sondern auch für das Verhältnis von Staat und Kommunen,⁷¹ Bund und Ländern⁷² sowie von Mitgliedstaaten und Europäischer Union.

Dass die politische Selbstbestimmung des Einzelnen umso eher gelingt, je kleiner die Einheit ist, in der kollidierende Individualinteressen und Zukunftsvorstellungen ausgeglichen werden müssen, liegt in der Natur der Sache. Umgekehrt ist das Ausmaß an Selbstbestimmung umso geringer, je größer der Kreis der an einer Entscheidung Beteiligten ist. Nimmt man dies ernst, so folgt aus Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. aus Art. 10 EUV i.V.m. Art. 1 GRCh ein politisches Subsidiaritätsprinzip als Grundmuster einer demokratischen Ordnung. Dieses hat in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV bereits 1993 eine – nur wenig beachtete – Verankerung erfahren und erinnert an das Subsidiaritätsprinzip der katholischen Soziallehre, wie es in der Enzyklika „Quadragesimo anno“ von Pius XI von 1931 niedergelegt ist.

C. Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft

Mehr als bei allen anderen Trägern öffentlicher Gewalt hängen Legitimität und Akzeptanz der Europäischen Union als eines Prototyps rationaler Herrschaft von der Legalität ihres Handelns ab. Die Europäische Union ist eine Rechtsgemeinschaft. Sie existiert nur auf der Grundlage des Rechts und durch ihr Recht. Dessen strikte Beachtung sichert ihr Legitimität, steht aber in dreierlei Hinsicht unter Druck: durch die weitgehende Missachtung der Kompetenzordnung (1.), die Hypertrophie ihres Rechts (2.) und eine nur halbherzige Verteidigung ihrer Werte (3.).

⁶⁹ BVerfGE 142, 123 (189 f. Rn. 124) – OMT.

⁷⁰ P. M. Huber, Deutschland in der Föderalismusfalle?, 2003, S. 18.

⁷¹ Vgl. BVerfGE 138, 1 (18 Rn. 51) – Sächsische Schulnetzplanung.

⁷² Vgl. BVerfGE 137, 108 (107 f. Rn. 81 f.) – Optionskommunen; P. M. Huber, Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen, 65. DJT, 2004, D 131; Chr. Möllers, Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, in: Aulehner u. a. (Hrsg.), Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 81 (109) mit Mahnung zur Vorsicht.

I. Effektivierung der Kompetenzordnung

Die Beachtung der Kompetenzordnung ist aus der Sicht des Einzelnen und seiner Selbstbestimmung – zumal in einem föderalen Gebilde – ein zwingendes Gebot. Erst auf der Grundlage einer verlässlichen Kompetenzordnung haben Bürgerinnen und Bürger die Möglichkeit, durch Wahlen auf unionaler, nationaler oder regionaler Ebene politische Richtungsentscheidungen zu treffen. Nur ihre skrupulöse Beachtung ermöglicht es, Verantwortung zuzurechnen, so dass die Wahlberechtigten wissen können, wen sie wofür verantwortlich machen und wem sie ihre Stimme geben oder entziehen können. Werden politische Entscheidungen unter Bedingungen gefällt, die eine solche Verantwortungszuordnung nicht zulassen, gefährdet das die Demokratie.⁷³

1. Missachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung

Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV, Art. 2 ff. AEUV), die zentrale Vorschrift der unionalen Kompetenzordnung, hat in den vergangenen 70 Jahren keine nennenswerte Rolle gespielt. Wenn die Institutionen etwas regeln wollten, haben sie die passende Begründung bislang noch immer gefunden. In der Praxis ist der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung somit keine ernsthafte Hürde.⁷⁴

Dafür trägt neben den anderen Organen vor allem der Gerichtshof der Europäischen Union Verantwortung, der sich der Rolle eines fairen Schiedsrichters zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten bislang verweigert hat. Zwar hat er eine Reihe von Rechtsakten des Sekundär- und

⁷³ Vgl. BVerfGE 119, 331 (366) – Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften; 137, 108 (107 f. Rn. 81) – Optionskommunen.

⁷⁴ Siehe etwa das sog. Patentpaket, das auch ausschließlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallende Gegenstände betrifft Verordnung (EU) Nr. 1257/2012, ABl. EU 2012 Nr. L 361/1 ff.; Verordnung (EU) Nr. 1260/2012, ABl. EU 2012 Nr. L 361/89 ff. und Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht ABl. EU 2013 Nr. C 175/1 ff. Auch beim sog. Six-Pack gibt es einzelne Zweifel an der Kompetenzkonformität, dazu Verordnung (EU) Nr. 1173/2011; Verordnung (EU) Nr. 1174/2011; Verordnung (EU) Nr. 1175/2011; Verordnung (EU) Nr. 1176/2011; Verordnung (EU) Nr. 1177/2011 und Richtlinie 2011/85/EU, alle ABl. EU 2012 Nr. L 361/1 ff.

Tertiärrechts für nichtig erklärt,⁷⁵ die Verbandskompetenz der Europäischen Union und ihrer Vorläuferinnen hat er in den 70 Jahren seines Wirkens jedoch nur ganze vier Mal verneint.⁷⁶ Statt als Hüter der Kompetenzordnung zu wirken,⁷⁷ versteht er sich wie in den 1950er und 1960er Jahren, in den Anfangszeiten des europäischen Projekts, als „Motor der Integration“.⁷⁸ Als solcher unterstützt und fördert er die Tendenz der Organe zur politischen Selbstverstärkung⁷⁹ in der Regel durch eine großzügige Kompetenzauslegung im Sinne der *implied powers*-Doktrin oder des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*).⁸⁰ Den gemeinschaftlichen Besitzstand (*acquis communautaire*)

⁷⁵ Verhältnismäßigkeit und Grundrechte vgl. EuGH, Urt. v. 30.5.2006, Rs. C-317/04 und C-318/04, ECLI:EU:C:2006:346, Rn. 67 – *Parlament/Rat und Kommission*; Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-301/06, ECLI:EU:C:2009:68, Rn. 56 – *Irland/Parlament und Rat*; Urt. v. 9.11.2010, Verb. Rs. C-92/09 und C-93/09 = EuZW 2010, 939 – *Schecke GbR und Eifert*. In diese Kategorie gehört auch das Gutachten über die geplante Übereinkunft zum EMRK-Beitritt der Union, die gegen einzelne Bestimmungen des Unionsrechts verstoßen soll; siehe EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014; Rechtsgrundlage: vgl. EuGH, Urt. v. 25.2.1999, Rs. C-164/97 und 165/97, ECLI:EU:C:1999:99, Rn. 20 – *Parlament/Rat*; Urt. v. 7.7.1992, Rs. C-295/90, ECLI:EU:C:1992:294, Rn. 20 – *Parlament/Rat*; Urt. v. 26.3.1987, Rs. 45/86, ECLI:EU:C:1987:163, Rn. 21 – *Kommission/Rat*; Begründungserfordernis: Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 12.11.1996, Rs. C-84/94, ECLI:EU:C:1996:431, Rn. 37 – *Vereinigtes Königreich/Rat*. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Rechtsakt nur dann ordnungsgemäß begründet, wenn er die Rechtsgrundlage, auf die er gestützt ist, angibt. Gibt er eine Rechtsgrundlage an, überprüft der EuGH den Rechtsakt ausschließlich am Maßstab dieser Rechtsgrundlage, nicht aber anderer Rechtsgrundlagen, die ebenfalls in Betracht kommen, sofern die Absicht, eine andere Rechtsgrundlage zu wählen, nicht anderweitig erkennbar ist; siehe EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Rs. C-363/14, ECLI:EU:C:2015:579, Rn. 23 ff. – *Parlament/Rat*.

⁷⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 51 ff. – *Les Verts, (Par-teienfinanzierung)*; Urt. v. 9.7.1987, Verb. Rs. 281, 284-285 und 287/85, ECLI:EU:C:1987:351, Rn. 9 ff., 36 – *Deutschland u. a./Kommission und Parlament*; Urt. v. 5.10.2000, Rs. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, Rn. 76 ff. – *Deutschland/Parlament und Rat*, mit anderem Ergebnis jedoch Urt. v. 12.12.2006, Rs. C-380/03, ECLI:EU:C:2006:772, Rn. 36 ff. – *Deutschland/Parlament und Rat (Tabakwerbung)*; Urt. v. 30.5.2006, Rs. C-317/04 und C-318/04, ECLI:EU:C:2005:190, Rn. 67 – *Parlament/Kommission*. In einer die Europäischen Schulen betreffenden Vorabentscheidung hat der Gerichtshof seine Zuständigkeit für die Auslegung der betreffenden Rechtsakte bejaht, für die Beantwortung von Einzelfragen, die einer Beschwerdekammer der Europäischen Schulen vorbehalten ist, dagegen verneint; siehe EuGH, Urt. v. 11.3.2015, C-464/13 u. a., Rn. 28 ff. – *Europäische Schulen München*.

⁷⁷ P. M. Huber, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), S. 210 ff.

⁷⁸ U. Everling, FS Lukes, 1989, S. 359 (374); Chr. Calliess, 70 Jahre Grundgesetz und europäische Integration: „Take back control“ oder „Mehr Demokratie wagen“?, NVwZ 2019, S. 684 (687).

⁷⁹ Vgl. den Sachverhalt BVerfGE 134, 366 (372 ff. Rn. 1 ff) – OMT.

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 123, 267 (351 f.).

verteidigt er zudem rigoros. Das stößt in immer mehr Mitgliedstaaten zwar auf wachsenden Widerstand;⁸¹ dass dies in Luxemburg wahrgenommen wird, erscheint jedoch fraglich. Zu einem Umdenken hat es bislang jedenfalls nicht geführt.

2. Verhältnismäßigkeit

In der unionalen Kompetenzordnung werden die Regelungsbefugnisse der Europäischen Union trotz der Typisierungs- und Kategorisierungsversuche in den Art. 3 bis 6 AEUV bekanntlich nicht konditional durch bestimmte Materien umrissen, sondern final durch Ziele und Aufgaben.⁸² Das erschwert eine rechtssichere Abgrenzung,⁸³ wird aber dadurch aufgefangen, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV die EU darauf verpflichten, bei der Ausübung ihrer Kompetenzen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Ihre Maßnahmen müssen zur Erreichung der mit einer Regelung verfolgten Ziele geeignet sein und dürfen nicht über die Grenzen dessen hinausgehen, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist.⁸⁴ Dahinter steht die Vorstellung, dass eine großzügige Zuweisung finaler Einzelermächtigungen durch eine substantielle Verhältnismäßigkeitskontrolle bis zu einem gewissen Grad kompensiert

⁸¹ Dazu schon BVerfGE 89, 155 (210); 142, 123 (218 Rn. 183) – OMT; kritisch A. Bleckmann, Politische Aspekte der europäischen Integration unter dem Vorzeichen des Binnenmarktes, ZRP 1990, 265 ff.; U. Everling, Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Doehring, 1989, S. 179 (195 ff.); Chr. Hillgruber, Unmittelbare Wirkung von Rahmenbeschlüssen im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen, JZ 2005, S. 841 (844); P. M. Huber, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der Gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), S. 210 (213); E. Klein, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1990), S. 56 (72).

⁸² U. Everling, Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts, EuR 1987, S. 214.

⁸³ BVerfGE 142, 123 (219 Rn. 185) – OMT; vgl. auch EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3.1996, Slg. 1996, I-1759, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 30 – EMRK-Beitritt; vgl. ferner die Erklärung Nr. 42 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zu Art. 352 AEUV. Im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik (Art. 218 Abs. 1 AEUV) etwa wissen derzeit weder die Kommission noch Bundestag und Bundesregierung, wo die Grenze zwischen unionalen und nationalen Zuständigkeiten im Einzelnen verläuft, BVerfGE 143, 65 (93 ff. Rn. 52 ff.) – CETA I (einstweilige Anordnung); wenig überraschend weiter EuGH, Gutachten 2/15 v. 16.5.2017, ECLI:EU:C:2017:376.

⁸⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 67 – Gauweiler; BVerfGE 154, 17 (103 f. Rn. 128) – PSPP.

werden kann. Dass dies oftmals nicht überzeugend gelingt, zeigt nicht nur der Fall des PSPP-Programms der Europäischen Zentralbank und seine Überprüfung durch den Gerichtshof.⁸⁵

3. Subsidiarität

Als zahnlöser Tiger hat sich schließlich auch das unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip und seine verfahrensrechtliche Absicherung im Frühwarnmechanismus (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV, Art. 3 Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union und Art. 4 ff. Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit) erwiesen. Kein einziger Rechtsakt ist bislang an dem seit 1993 primärrechtlich verankerten Verfassungsgrundsatz gescheitert.⁸⁶ Auch eine erfolgreiche Subsidiaritätsrüge durch die nationalen Parlamente hat es bislang nicht gegeben. Die verfahrensrechtlichen Anforderungen sind zu hoch, die Fristen zu kurz, die Rechtsfolgen zu trivial.

4. Konstitutionalisierung

Unbeeindruckt von der zentralistischen Schlagseite bei der Umsetzung des Integrationsprogramms treiben Kommission und Gerichtshof seit Jahren die Konstitutionalisierung der Europäischen Union voran und versuchen, durch die „Erfindung“ von Rechtsinstituten wie der „Autonomie der Unionsrechtsordnung“ oder eines schrankenlosen Vorrangs die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“⁸⁷ Schritt für Schritt beiseite zu schieben.⁸⁸

Wie Dieter Grimm zutreffend festgestellt hat, hat sich der Gerichtshof durch eine methodologische Vorentscheidung das Tor zu einem Verständnis der Verträge geöffnet, das es ihm gestattet, „die Verträge nicht so auszulegen, wie bei internationalem Recht üblich, also orientiert am Willen der vertragsschließenden Parteien und eng, sofern damit Souveränitätseinbußen verbunden sind, sondern wie nationale Verfassungen, also vom historischen Willen des Vertragsgebers weitgehend gelöst und an einem objektivierten Zweck ori-

⁸⁵ BVerfGE 154, 17 (99 ff. Rn. 123 ff.) – PSPP; BVerfG, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 BvR 1651/15 – PSPP-Vollstreckungsanordnung.

⁸⁶ Exemplarisch EuGH, Urt. v. 8.6.2010, Rs. C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Slg. 2010, I-4999, Rn. 79 – *Vodafone*.

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 75, 223 (242) – *Kloppenburg*; 89, 155 (190) – *Maastricht*.

⁸⁸ Jüngst M. Nettesheim, Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und Mitgliedstaaten, ZRP 2021, S. 222 ff.

entiert.⁸⁹ Mit der Behauptung einer – in den Verträgen weder ausdrücklich geregelten noch der Sache nach angelegten⁹⁰ – Autonomie der Unionsrechtsordnung hat er zudem einen Weg gefunden, um die Herrschaft der Mitgliedstaaten über die Verträge zu unterminieren.⁹¹ Die damit geschaffene Macht nutzt er, um den nationalen Regelungsraum immer weiter zu verengen und im Wege extensiver Interpretation der Verträge auch in Kompetenzbereiche vorzudringen, welche sich die Mitgliedstaaten vorbehalten haben.⁹²

Das zeigt der strategisch geplante Übergriff auf die Gerichtsorganisation der Mitgliedstaaten, obwohl diese in die institutionelle und verfahrensmäßige Autonomie der Mitgliedstaaten fällt und die Europäische Union für sie nicht den Hauch einer Kompetenz besitzt. Den Versuch, sich über Art. 19 Abs. 1 Satz 2 und Art. 2 EUV die Kontrolle über die gesamte Justiz in Europa an sich zu reißen,⁹³ rechtfertigt der Gerichtshof als Beitrag zur Rettung des Rechtsstaats in Polen und hat ihn damit geschickt gegen jegliche Kritik imprägniert. Hält man sich zudem die Dworkin'sche Einsicht vor Augen „*fitting what judges did is more important than fitting what they said*“,⁹⁴ so zeigt sich, dass der wesentliche Ertrag dieser Rechtsprechung in ihren Kollateralschäden für die Justizsysteme anderer Mitgliedstaaten besteht.⁹⁵ Einmal mehr hat ein Organ der Europäischen Union hier eine Gelegenheit beim Schopf gepackt, um die unionale Kompetenzordnung zu seinen Gunsten zu verschieben, treu dem Motto „*never waste a good crisis*“.

⁸⁹ D. Grimm, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (328 ff.).

⁹⁰ Vgl. P. M. Huber, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001), S. 194 (213 ff., insb. 221 ff.).

⁹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 4.10.2018, Rs. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811 – *Kommission/Frankreich*; Urt. v. 26.2.2019, Rs. 202/18 und 238/18, ECLI:EU:C:2019:139 – *Rimšēvičs/Lettland*; Instrukтив A. Bouveresse, How autonomy can lead to subordination, in: ECB Legal Conference 2019, 104 ff.; W. Schön, Selektivität schlägt Souveränität. Zur Transformation des Beihilfenverbots in einen europäischen Supergleichheitssatz, *ZHR* 183 (2019), S. 393.

⁹² D. Grimm, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (328 ff.).

⁹³ EuGH, Urt. v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 31 f. – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*; Urt. v. 6.3.2018, Rs. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, Rn. 36 – *Achmea*; Urt. v. 25.7.2018, Rs. C 216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 48 f. – *Minister for Justice and Equality (deficiencies in the Polish judicial system)*.

⁹⁴ R. Dworkin, *Law's Empire*, 1986, S. 247 f.

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 27.5.2019, Verb. Rs. C-508/18 und C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456; Urt. v. 16.11.2021, C-748/19, ECLI:EU:C:2021:931, Rn. 79 könnte dagegen die Abordnungspraxis in der deutschen Justiz ebenso gefährden wie das Institut des Proberichters.

Durch die Rechtsstaatskrise in Polen und Ungarn wird zudem verdeckt, dass der Gerichtshof auch andernorts nicht nur Teil der Lösung, sondern zunehmend auch Teil des Problems ist. Es gibt Anhaltspunkte dafür, dass der Brexit jedenfalls auch auf die Unzufriedenheit selbst der proeuropäischen Kräfte in Großbritannien mit der als aktivistisch, zentralistisch und nicht vorhersehbar empfundenen Rechtsprechung aus Luxemburg und dem damit einher gehenden Kontrollverlust zurückzuführen ist.⁹⁶ So kann man etwa in der Rechtsprechung des UK Supreme Courts der letzten 10 Jahre Belege finden,⁹⁷ die man als Ringen um eine verlässlichere vertikale Kompetenzverteilung in der Europäischen Union deuten kann und als eine – zu späte – Annäherung an die Rechtsprechung anderer Verfassungs- und Höchstgerichte, die die luxemburger Rechtsprechung schon länger konstruktiv-kritisch begleiten. Unvergessen ist insoweit ein Ausspruch des früheren Chief Justice Lord Neuberger, der auf einem bilateralen Treffen mit dem Bundesverfassungsgericht im Frühjahr 2015 in diesem Zusammenhang äußerte: „*We want to become as muscular as you are*“.

Dass sich in den letzten 10 Jahren das dänische Højesteret,⁹⁸ das Bundesverfassungsgericht,⁹⁹ der französische Conseil d'État¹⁰⁰ und das tschechische Verfassungsgericht,¹⁰¹ wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen und Konstruktionen, veranlasst gesehen haben, der Rechtsprechung des Gerichtshofs in einer konkreten Frage die Gefolgschaft zu verweigern, erhärtet diesen Befund.

⁹⁶ Vgl. etwa J. Zenthöfer, FAZ v. 4.5.2020, S. 16 unter Hinweis auf L. Klenk, Die Grenzen der Grundfreiheiten, 2019.

⁹⁷ High Court, Urt. v. 18.2.2002, *Thoburn v. Sunderland City Council*, (2002), EWHC 195 (Admin), Abs.-Nr. 69; UK Supreme Court, Urt. v. 22.1.2014, *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v. The Secretary of State for Transport*, (2014), UKSC 3, Abs.-Nr. 79, 207; Urt. v. 25.3.2015, *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, (2015), UKSC 19, Abs.-Nr. 54, 58, 72 bis 92.

⁹⁸ Højesteret, Ent. Nr. 15/2014 – *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A.*

⁹⁹ BVerfGE 154, 17 ff. – PSPP.

¹⁰⁰ Conseil d'État, Ent. v. 21.4.2021, Rs. Nr. 393099 u.a., ECLI:FR:CEASS:2021:393099.20210421 – *French Data Network et autres*, abrufbar unter <<https://www.conseil-etat.fr/fr/ariane-web/CE/decision/2021-04-21/393099>> (21.12.2021); B. Stepanek, *Diplomatie la française?*, EuZW 2021, S. 701 ff.

¹⁰¹ Ústavní Soud, Urt. v. 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12, Absch. VII – *Holoubec*.

II. Hypertrophie der Rechtsordnung

Der gemeinschaftliche Besitzstand, d.h. die Summe des Sekundär- und Tertiärrechts, ist mittlerweile unüberschaubar.¹⁰² Allein seit 1990 hat die Europäische Union 38.000 Rechtsakte erlassen.¹⁰³ Hinzu kommen in Deutschland etwa 14.000 Normen des Bundesrechts¹⁰⁴ und etwa 8.000 des Landesrechts. Es liegt auf der Hand, dass das Nebeneinander so vieler, häufig unabgestimmter Rechtsvorschriften Geltung und Durchsetzungskraft des Rechts in Frage stellt. Ein Recht, das keiner mehr zu erfassen vermag, kann weder seine demokratische Steuerungsfunktion erfüllen noch die Risiken von Machtmissbrauch bannen. Es verleitet Regierung und Verwaltung zudem zu Attentismus und führt die Rechtsgemeinschaft damit *ad absurdum*. Der berühmte, Montesquieu zugeschriebene Satz, dass es, wenn es nicht notwendig ist ein Gesetz zu erlassen, es notwendig ist, ein Gesetz nicht zu erlassen – nie war er richtiger als im Rechtssetzungsverbund der Europäischen Union unserer Tage.

Die Versteinierung des einmal in Kraft getretenen Unionsrechts und der Judikatur des Gerichtshofs (Korallenriff) kommen hinzu. Entscheidungen des Gerichtshofs sind praktisch irreversibel – und können de facto weder durch nationale oder europäische Wahlen verändert werden, noch durch Vertragsänderungen.¹⁰⁵ Was den gemeinschaftlichen Besitzstand angeht, haben sich Europäische Kommission und Gerichtshof gegen die Politik immunisiert. Als Ausweg bleibt den Mitgliedstaaten nur mehr der Austritt aus der Europäischen Union (Art. 50 EUV).¹⁰⁶

¹⁰² G. Hirsch, EG: Kein Staat, aber eine Verfassung?, NJW 2000, S. 46 hat Ende der 1990er Jahre 120.000 Rechtsakte gezählt.

¹⁰³ Vgl. dazu die Statistik von EUR-lex, abrufbar unter <<https://eur-lex.europa.eu/statistics/legislative-acts-statistics.html>> (21.12.2021).

¹⁰⁴ Vgl. *Deutscher Bundestag*, Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages, Kap. 10.1, Statistik zur Gesetzgebung, S. 10.

¹⁰⁵ D. Grimm, Europa ja – aber welches?, 2016, S. 18, 41; F. W. Scharpf, Legitimacy in the Multi-level European Polity, in: Dobner/Loughlin (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, S. 89 ff., 100; K. Messerschmidt, Gesetzesänderung in der Europäischen Union, in: Klopfer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Thilo Brandner*, 2011, S. 29; vgl. bereits M. Cappelletti/M. Seccombe/J. H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, A General Introduction, 1985, S. 40.

¹⁰⁶ Wie sicher sich der Gerichtshof insoweit fühlt, wird deutlich an den dreisten, im Ton unangemessenen und sachlich nicht veranlassenden Äußerungen des GA Tanev, Schlussanträge v. 17.12.2020, Rs. C-824/18, ECLI:EU:C:2020:1053, Rn. 80 ff. – A.B. u.a.

III. Verteidigung der Werte

Auch wenn Kommission und Gerichtshof nicht die richtigen Adressaten für die Durchsetzung der in Art. 2 EUV niedergelegten Werte sind, besteht doch kein Zweifel daran, dass diese Werte, die jedenfalls zum Teil auch politische Inhalte aufweisen,¹⁰⁷ verteidigt werden müssen. Diese Aufgabe weist Art. 7 EUV allerdings dem Rat zu und räumt der Kommission und dem Europäischen Parlament insoweit lediglich ein Antragsrecht ein. Der Vertrag will, dass über etwas so wichtiges wie die Werte, auf denen die Europäische Union beruht, auch deren wichtigstes Organ entscheidet: der Rat. Nur die im Rat vertretenen Mitgliedstaaten und ihre Regierungen haben das Gewicht und das Mandat, diese Auseinandersetzung zu führen, nur sie haben die Legitimation, Gefüge und Zusammensetzung der Europäischen Union zu verändern, nur sie haben auch den notwendigen Überblick über die politische Gesamtlage und das realpolitisch Machbare. Nur die Regierungen der Mitgliedstaaten können schließlich verhindern, dass sich bei der Auseinandersetzung über die Werte der Europäischen Union einseitige politische oder ideologische Positionen Bahn brechen und diese Auseinandersetzung instrumentalisiert wird.

Der Rat kann seine Hände deshalb nicht in Unschuld waschen, sondern muss die Auseinandersetzungen mit Polen, Ungarn und den anderen problematischen Mitgliedstaaten offensiv führen, und zwar so, dass eine Mobilisierung der Unionsbürgerinnen und -bürger in der ganzen Europäischen Union möglich ist. Lippenbekenntnisse genügen insoweit nicht. Das mag mühsam sein, die von Art. 7 EUV geforderte Einstimmigkeit lästig, und sie mag auch einen politischen und ökonomischen Preis haben. Gleichwohl lässt sich diese Aufgabe nicht delegieren. Dass Rat und Mitgliedsstaaten es dennoch versuchen und Kommission und Gerichtshof sie gewähren lassen, wirft kein gutes Licht auf den Stellenwert, den die Werte des Art. 2 EUV in der politischen Realität besitzen.

D. Legitimität durch eine Balance von Einheit und Vielfalt im Staatenverbund

Fragt man, wie sich Akzeptanz und Legitimität der Europäischen Union über die Sicherung der Rechtsgemeinschaft hinaus durch ihren Beitrag zur Erfüllung der Staatszwecke sichern lassen, so trifft man in der Regel auf die These, dass die Selbstbehauptung Europas zwischen den Blöcken, seine „Souveräni-

¹⁰⁷ P. M. Huber, Art. 2 EUV als Grundlage des Staaten- und Verfassungsverbundes der EU, in: *Pánstwo a gospodarka, Księga Jubileuszowa dedykowana Profesir Bozenie Popowskiej*, 2020, S. 41 ff.

tät“, eine forcierte Zentralisierung erforderten. Ein näherer Blick zeigt allerdings, dass sich die 27 Mitgliedstaaten in zentralen Politikbereichen nicht einig sind – Russland, China, Welthandel, Energieversorgung, Klimaschutz, Migration etc. etc. Zudem verbergen sich hinter manchem Ziel oftmals nur die Partikularinteressen einzelner Mitgliedstaaten, Institutionen oder Politiker. Die Europäische Union ist jedoch weder ein autokratischer Zentralstaat noch eine über 200 Jahre alte, in Bürgerkriegen erprobte Föderation, sondern ein Staaten-, Verfassungs-, Rechtssetzungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund.

Auch die Europäische Union erfährt Akzeptanz nur, wenn sie über die Wahrung des Rechts hinaus erkennbar zur Verwirklichung der zentralen Zwecke von Herrschaft beiträgt. Da sie – anders als die Mitgliedstaaten – insoweit keine Letztverantwortung für die Wohlfahrt der Unionsbürgerinnen und -bürger trägt, kommt es auf einen überzeugenden Beitrag der Union zur arbeitsteiligen Erfüllung dieser Zwecke im Zusammenwirken mit den Mitgliedsstaaten an. Wie aber stellt man das fest und vor allem wer?

So richtig die empirische Feststellung auch sein mag, dass wirtschaftliche Modernität und Prosperität die Entfaltung der Demokratie begünstigen¹⁰⁸ und ihre Akzeptanz erleichtern, so kann dieser Befund doch nicht ins Normative gewendet werden. Das gilt auch für die Europäische Union, die ausweislich von Art. 10 EUV – ähnlich wie das Grundgesetz – einem letztlich an die Selbstbestimmung des Einzelnen anknüpfenden Demokratieprinzip verpflichtet ist.¹⁰⁹ Die Frage nach Akzeptanz und Legitimität der Europäischen Union kann daher weder von der Europäischen Kommission noch vom Europäischen Parlaments beantwortet werden, weder von den Medien noch von den politischen Parteien, und auch nicht von den nationalen Regierungen, sondern nur durch die Unionsbürgerinnen und -bürger selbst.

I. Realitätsgerechter Zuschnitt des Integrationsprogramms

Blickt man auf die vergangenen 70 Jahre zurück, so zeigt sich, dass Europa bis zur weitgehenden Vollendung des Binnenmarktes nie ernsthaft umstritten war. Die Zusammenarbeit der zunächst sechs, später neun und dann 15 Mitgliedstaaten¹¹⁰ ermöglichte nicht nur immer wieder neue Kompromisse zwischen über Jahrhunderte verfeindeten und mentalitätsmäßig sehr unter-

¹⁰⁸ M. G. Schmidt, Geschichtliche Entwicklungslinien der Demokratie, in: Bauer/Huber/Sommersmann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 21 ff.

¹⁰⁹ P. M. Huber, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 10 EUV Rn. 11.

¹¹⁰ Vgl. P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. 2002, § 3 Rn. 23, 29 und 45.

schiedlichen Staaten bzw. Gesellschaften wie Deutschland und Frankreich. Sie ließ auch Vertrauen wachsen und bescherte den Marktbürgern ein nie da gewesenes Maß an Wohlstand. Ernsthafte Kritik an diesem Prozess gab es kaum.

Das hat sich mit der Gründung der Europäischen Union durch den Vertrag von Maastricht (1992/93) und seine Fortschreibungen mit den Verträgen von Amsterdam (1997/99), Nizza (2000/03) und Lissabon (2007/09) grundlegend geändert. Mit diesen Verträgen wurde die Europäische Union in kürzester Zeit zu einem Staatenverbund, der – ohne wirkliche politische Debatte und Beteiligung der Bürger¹¹¹ – heute in praktisch alle Lebensbereiche hineinwirkt und auch für viele unattraktive Seiten der Politik mitverantwortlich zeichnet: die Nichtbewältigung der Migrationsprobleme, die zunehmende Umverteilung zwischen den Mitgliedstaaten, die natürlich auch Gewinner und Verlierer produziert, oder das Hinterherhinken Europas bei der Impfstoffbeschaffung. Seither sinkt ihre Akzeptanz und die zentrifugalen Kräfte mehren sich. Gescheiterte Referenden in Dänemark, Irland, Frankreich und den Niederlanden markieren dies deutlich.

Europa war mit anderen Worten immer dann erfolgreich, wenn es für „win-win-Situationen“ stand, und es gerät schnell an seine Grenzen, wo unionale Entscheidungen erkennbare Gewinner oder Verlierer produzieren – nicht nur in ökonomischer Hinsicht. Denn auf eine traditionale Legitimität kann die EU – anders als die teilweise jahrhundertealten, historisch gewachsenen und mehr oder weniger bewährten Mitgliedstaaten – nicht bauen.

Vor diesem Hintergrund spricht manches dafür, für die Weiterentwicklung der Europäischen Union, die Interessen der Mitgliedstaaten, ihrer Gesellschaften und Subsysteme in den Blick zu nehmen, und sich auf solche Bereiche zu konzentrieren, in denen es eine weitgehende Interessenübereinstimmung gibt und in denen die Europäische Union realistische Erfolgchancen hat: den Binnenmarkt, die Sicherung der Außengrenzen, eine gemeinsame Rüstungsplanung und -beschaffung, die kartellrechtliche Behauptung gegenüber den In-

¹¹¹ D. Grimm, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (326): „Unter dem Deckmantel der wirtschaftlichen Integration vollzogen sich Veränderungen, die die Herstellung und Sicherung des gemeinsamen Marktes überschritten, aber öffentlich nicht wahrgenommen geschweige denn zum Gegenstand einer politischen Debatte gemacht wurden[...] war der Maastricht-Vertrag von 1992, der den Deckmantel von der Entwicklung wegzog und die Bürger der Mitgliedstaaten mit einem Integrationsgrad konfrontierte, zu dem sie nicht um ihre Meinung gefragt worden waren.“

ternetgiganten Google, Facebook, Amazon und Microsoft oder gemeinsame geostrategische Interessen gegenüber China und den USA, den G 16 oder den AKP-Staaten.

In anderen Bereichen muss die Zukunft zeigen, ob es die notwendige Interessenübereinstimmung tatsächlich und dauerhaft gibt: in der gemeinsamen Handelspolitik, der Wirtschafts-, Währungs- und Fiskalpolitik, der Energiepolitik, der Justizpolitik oder im kulturellen Bereich einschließlich der audiovisuellen Medien.¹¹² Wo die Interessen der Mitgliedstaaten und ihrer Gesellschaften nachhaltig divergieren, sollte Raum für Vielfalt gelassen und das Integrationsprogramm reduziert werden. Viele Ameisen machen eben noch keinen Elefanten!

Eine zentrale Regelung des Verhältnisses von Staat und Kirche etwa würde angesichts der Vielgestaltigkeit der einschlägigen Regime in den Mitgliedstaaten, die von der Staatskirche in Griechenland oder Skandinavien bis zur „*laïcité*“ in Frankreich reichen, die Legitimität der Europäischen Union nachhaltig beeinträchtigen,¹¹³ wenn auch vielleicht nicht in Deutschland, wo selbst die Kirchen davor zurückscheuen, ihre Position zu verteidigen.¹¹⁴

II. Verbesserung der Responsivität

1. Dekonstitutionalisierung des gemeinschaftlichen Besitzstandes

Mit Blick auf die Überkonstitutionalisierung der Europäischen Union und die zu großen Spielräume des Gerichtshofes¹¹⁵ kann die Therapie nur darin liegen,

¹¹² Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten ABl. EU Nr. L 303/69.

¹¹³ EGMR, Urt. v. 18.3.2011, Nr. 30814/06, ECLI:CE:ECHR:2011:0318JUD003081406 – *Lautsi/Italien*; Urt. v. 17.2.2014, Nr. 43835/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511 – *S.A.S./Frankreich (Burka-Verbot)*.

¹¹⁴ BVerfGE 137, 273 ff. – *Chefarzt*; EuGH, Urt. v. 11.9.2018, Rs. C 68/17, ECLI:EU:C:2018:696 – *IR/JQ*; anhängig allerdings BVerfG – 2 BvR 934/19 – *Egenberger*; EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 – *Egenberger*; P. M. Huber, Siebzig Jahre Inkorporation. Die Stationen der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur vom Inkrafttreten des Grundgesetzes bis zur Gegenwart, Essener Gespräche 54 (2019), S. 104 (131 f.).

¹¹⁵ D. Grimm, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (332 f.).

den Großteil des gemeinschaftlichen Besitzstandes wieder dem politischen Prozess zu öffnen. Dieter Grimm hat insoweit eine drastische Reduzierung des Primärrechts vorgeschlagen, was es Rat und Europäischem Parlament ermöglichen würde, die rechtsprechende Gewalt durch Gesetzesänderungen für die Zukunft umzuprogrammieren.¹¹⁶ Man sollte auch an eine Streichung des Initiativmonopols der Europäischen Kommission denken und nicht nur Rat, Europäischem Parlament und Bürgerinitiativen echte Initiativrechte zugestehen, sondern auch den – nach Art. 12 EUV zum institutionellen Gefüge der Europäischen Union zählenden – nationalen Parlamenten sowie einen Umbau des unionalen Gerichtssystems in Betracht ziehen, mit dem Ziel, dessen Macht zu begrenzen und die notwendige Pluralität sicherzustellen.

2. Europäisches Parlament

Auch ein Umbau des Europäischen Parlaments könnte dazu beitragen, dieses mehr als bisher in den Dienst der (einzelnen) Unionsbürgerinnen und -bürger zu stellen. Seine mangelnde Partizipationstauglichkeit beruht allerdings weniger auf der nationalen Kontingentierung der Sitze (Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 S. 3 und 4 EUV) und der damit zusammenhängenden nur rudimentären Verwirklichung der Wahlrechtsgleichheit,¹¹⁷ sondern auf seiner absolut unzureichenden Responsivität.

Zu einem wirklichen Demokratisierungsschub und einer deutlichen Verbesserung der Selbstbestimmung von Unionsbürgerinnen und -bürgern würde insbesondere eine Modifikation des Wahlrechts beitragen. Die Vorgabe des Art. 1 Abs. 1 des Direktwahlaktes,¹¹⁸ wonach die Mitglieder des Europäischen Parlaments nach dem Verhältniswahlssystem auf der Grundlage von Listen oder von übertragbaren Einzelstimmen gewählt werden, führt zu bürgerfernen Listen-

¹¹⁶ D. Grimm, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (335).

¹¹⁷ BVerfGE 123, 267 (373 ff.) – Lissabon; F. Arndt, Ausrechnen statt aushandeln: Rationalitätsgewinne durch ein formalisiertes Modell für die Bestimmung der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, *ZaöRV* 68 (2008), S. 247 (248 f.); A. v. Bogdandy, in: ders./J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 13 (63 f.); U. Guérot, Warum Europa eine Republik werden muss! – Eine politische Utopie, 2016, S. 33; E. Peuker, Das Wahlrecht zum Europäischen Parlament als Achillesferse der europäischen Demokratie, *ZEuS* 2008, S. 453 ff.; J. Sack, Die EU als Demokratie – Plädoyer für eine europäische Streitkultur, *ZEuS* 2007, S. 457 (477 und 481).

¹¹⁸ Beschl. (EGKS, EWG, Euratom) Nr. 76/787 des Rates v. 20.9.1976; Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments, *ABl.* 1976 Nr. L 278/1; geändert durch Beschluss (EGKS, EWG, Euratom) Nr. 93/81 vom 1.2.1993, *ABl.* 1993 Nr. L 33/15; *BGBI.* 1977 I 733 f.

aufstellungen, beamtenähnlichen Parlamentskarrieren und macht es unmöglich, den Erfolg der Abgeordneten an die Interessen und den Willen konkreter Wähler zu binden.¹¹⁹ Daran würden auch transnationale Listen nichts ändern, weil sie die auf ihnen Platzierten angesichts der im Vorfeld erforderlichen Aushandlungsprozesse noch ein Stück weiter von den Wählern abschotten.

Will man das ändern und meint man es ernst mit der europäischen Demokratie, bedarf es eines Wechsels zu einem Mehrheitswahlrecht, idealtypisch mit Stichwahl. Dieses mag im Kontext eines Nationalstaates zwar zahlreiche Defizite haben, die Vielgestaltigkeit der politischen Auffassungen nur unzureichend abbilden und kleinere Parteien benachteiligen. Die Europäische Union ist jedoch kein Nationalstaat und ihre Bevölkerung ebenso fragmentiert wie ihre Öffentlichkeit. In ihrer Demokratie muss es auch 50 Jahre nach der ersten Direktwahl zunächst einmal darum gehen, die Verfahren so auszugestalten, dass eine Willensbildung von den Unionsbürgerinnen und -bürgern über das Europäische Parlament zu den Organen und Einrichtungen der Europäischen Union hin überhaupt möglich und dieser Prozess in Gang gebracht wird. Dazu benötigt das Europäische Parlament ein Minimum an Responsivität. Das kann mit dem – grobschlächtigen – Mehrheitswahlrecht deutlich eher gelingen als mit dem Status quo oder anderen Reformvorschlägen wie etwa transnationalen Listen.

Würden die 751 Sitze auf eine entsprechende Anzahl von Wahlkreisen verteilt, so könnte jede Unionsbürgerin und jeder Unionsbürger „ihren“ bzw. „seinen“ Abgeordneten identifizieren und besäße insoweit auch einen konkreten Ansprechpartner, der schon wegen seines Interesses an einer Wiederwahl in der Regel geneigt wäre, den Interessen „seiner“ Wähler bestmöglich Rechnung zu tragen und der für sein Handeln in Brüssel bzw. Straßburg effektiv Rechenschaft abzulegen hätte. Dass das Mehrheitswahlrecht – wie man in Großbritannien und Irland beobachten kann – mitunter zu einer von den Regierungsspitzen beklagten „Kirchturmpolitik“ (*constituency oriented*) führen kann, wäre für die Europäische Union kein Nachteil, sondern ein erheblicher Legitimitätsgewinn.¹²⁰

¹¹⁹ D. Grimm, Auf der Suche nach Akzeptanz: Über Legitimationsdefizite und Legitimationsressourcen der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 325 (334).

¹²⁰ P. M. Huber, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas*, 2019, S. 215 (230 ff.).

III. Verbesserung der Integrationsverantwortung im nationalen Bereich

Auch wenn es zu kurz greift, die europäische Integration als Verfallsprozess des europäischen Parlamentarismus zu beschreiben,¹²¹ so hat sie doch jedenfalls zu einem substantiellen Funktionsverlust der nationalen Parlamente geführt,¹²² der durch das gewachsene Gewicht des Europäischen Parlaments nicht ausgeglichen wird.¹²³ Der Vertragsgeber wie auch die nationalen Gesetzgeber haben aus diesem Befund die Konsequenz gezogen, nicht nur die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union zu stärken¹²⁴ und ihre Europafunktion auszubauen,¹²⁵ sondern sie im Interesse der Bürgerinnen und Bürger auch entsprechend zu verpflichten. In Deutschland trifft Bundestag und Bundesrat – wie auch die anderen Verfassungsorgane¹²⁶ – eine besondere Integrationsverantwortung, der sie nicht nur bei Abschluss und Änderung der Verträge Rechnung tragen müssen, sondern auch bei ihrer Umsetzung.¹²⁷

Ausgangspunkt¹²⁸ der Integrationsverantwortung ist die auf das insoweit integrationsfeste (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und

¹²¹ Mit guten Gründen dagegen A. v. Bogdandy, *Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?*, AöR 130 (2005), 445 (462 ff.), der einen Funktionswandel der Parlamente beschreibt.

¹²² P. M. Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 16 ff.; Dänemark: Højesteret, Urt. v. 6.4.1998, I 361/1997, ZaöRV 58 (1998), S. 901 – Maastricht; Deutschland: BVerfGE 89, 155 (184 ff.) – Maastricht; Frankreich: J. F. Flauss, in: Schwarze (Hrsg.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000, S. 25 (93 f.); C. Haguenau-Moizard, in: IPE II, § 15 Rn. 16; Großbritannien: P. Birkinshaw, in: Schwarze, a.a.O., S. 250 ff.; Niederlande: R. A. Wessel / W. van de Griendt, *Offene Staatlichkeit: Niederlande*, in: IPE II, § 19 Rn. 24; Österreich: Chr. Grabenwarter, *Offene Staatlichkeit: Österreich*, in: IPE II, § 20 Rn. 16; Polen: S. Biernat, in: *Offene Staatlichkeit: Polen*, in: IPE II, § 21 Rn. 15; Spanien: López Castillo, in: IPE II, § 24 Rn. 55.

¹²³ Krit. S. Biernat, in: *Offene Staatlichkeit: Polen*, in: IPE II, § 21 Rn. 52.

¹²⁴ Zu entsprechenden Überlegungen im Vorfeld vgl. P.M. Huber, *Die Rolle der nationalen Parlamente bei der Rechtsetzung der Europäischen Union*, 2001; A. Tiedtke, *Demokratie in der Europäischen Union*, 2011, S. 240 f.; P. Norton, *Conclusion*, in: ders. (Hrsg.), *National Parliaments and the European Union*, 1995, S. 177 (183).

¹²⁵ Für einen Überblick über die europaverfassungsrechtlichen Regelungen P. M. Huber, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/ders. (Hrsg.), IPE II, 2008, § 26 Rn. 49 ff., 59 ff.

¹²⁶ BVerfGE 134, 366 (394 f. Rn. 47) – OMT-Vorlage.

¹²⁷ BVerfGE 73, 339 (374 ff.); 102, 147 (161 ff.); 118, 79 (95 ff.); 123, 267 (354); 126, 286 (298 ff.); 135, 317 (399 ff. Rn. 159 ff.); 140, 317 (334 ff. Rn. 36 ff.); 142, 123 (186 Rn. 115 ff.) – OMT; 143, 65 (95 ff. Rn. 58, 65) – CETA (einstweilige Anordnung).

¹²⁸ BVerfGE 123, 267 (352 ff., 389 ff., 413 ff.) – Lissabon.

Abs. 2 GG) Demokratieprinzip des Grundgesetzes gegründete Annahme, dass die Abgeordneten des Deutschen Bundestages als Repräsentanten des Volkes auch in einem Staaten-, Verfassungs-, Rechtsetzungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund die Kontrolle über die grundlegenden Entscheidungen behalten müssen. Der Bundestag muss insoweit der Ort bleiben, an dem eigenverantwortlich über die wesentlichen Fragen entschieden wird¹²⁹ und er trägt deshalb die Verantwortung für den Inhalt des Integrationsprogramms und seine Einhaltung.¹³⁰

Die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung ist eine Daueraufgabe. Sie mag zwar nur in ihrem durch Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kern justitiabel sein, verpflichtet Bundestag und Bundesrat im Prozess der europäischen Integration jedoch umfassend zur Loyalität gegenüber den Werten, Institutionen und Instituten des Grundgesetzes. Dass dies unter den Bedingungen der komplexen politischen Willensbildung in Deutschland und Europa rasch an Grenzen stößt, zeigen zahlreiche Beispiele aus der Praxis, in denen das Parlament die ihm zur Verfügung stehenden Instrumente nicht ansatzweise genutzt hat. Der Europäische Haftbefehl¹³¹ kann hier ebenso genannt werden wie der ESM,¹³² das PSPP¹³³ oder das EPGÜ.¹³⁴ Eine positive Ausnahme bildet demgegenüber die bisherige parlamentarische Behandlung von CETA.¹³⁵

¹²⁹ BVerfGE 129, 124 (177); 130, 318 (344); 131, 152 (205 f.); 132, 195 (239 f. Rn. 107); 135, 317 (400 f. Rn. 162) – ESM, auf das Budgetrecht und die haushaltspolitische Gesamtverantwortung bezogen; der Ansatz ist jedoch generalisierbar.

¹³⁰ BVerfGE 123, 267 (352 ff., 389 ff., 413 ff.) – Lissabon; 126, 286 (307) – Honeywell; 129, 124 (181) – EFSF; 132, 195 (238 f. Rn. 105) – ESM (einstweilige Anordnung); 134, 366 (394 f. Rn. 47) – OMT-Vorlage; 143, 65 ff. – CETA (einstweilige Anordnung).

¹³¹ BVerfGE 113, 273 (300 f.) – Europäischer Haftbefehl; 140, 317 ff. – Identitätskontrolle I.

¹³² BVerfGE 132, 195 ff. – ESM (einstweilige Anordnung); 135, 317 ff. – ESM.

¹³³ BVerfGE 154, 17 ff. – PSPP; BVerfG, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 BvR 1651/15 – PSPP-Vollstreckungs-anordnung.

¹³⁴ Zur verfassungswidrigen Verankerung eines unbegrenzten Vorrangs des Unionsrechts in Art. 20 EPGÜ.

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 143, 65 ff. – CETA (einstweilige Anordnung); BVerfG, Ur. v. 2.3.2021 – 2 BvE 4/16 –, Rn. 82 – CETA Organklage.

E. Ausblick: Die Europäische Union als Dienstleister, Makler und Treuhänder

Die europäische Integration war von Anfang an ein grandioses Projekt, das Europa Frieden und Wohlstand beschert hat und dies weiterhin tut.¹³⁶ Es liegt daher im Interesse aller Europäerinnen und Europäer, dass die Europäische Union auch in Zukunft Erfolg hat. Dies wird allerdings nur gelingen, wenn ihre Eliten, die sog. „anywheres“, die sie kennzeichnenden Abschottungstendenzen überwinden und wenn sie in der Lage sind, Gefühle und Erwartungen ihrer Mitbürgerinnen und Mitbürger zu teilen und Opferbereitschaft und Loyalität erkennen lassen.¹³⁷

Vor allem aber müssen die Organe ihre Selbstreferentialität überwinden und die tatsächlichen Lebensbedingungen der Unionsbürgerinnen und -bürger einschließlich der damit verbundenen Erwartungen und Interessen deutlicher zur Kenntnis nehmen. Setzen sie, wie bisher die Kommission, auf paternalistische Bevormundung, die die Selbstbestimmung des Einzelnen ignoriert, wird die Union auf lange Sicht scheitern.¹³⁸ Denn sie ist kein Selbstzweck, sondern um der Unionsbürgerinnen und -bürger willen da.

Vor diesem Hintergrund ist die von der aktuellen Kommission forcierte Verwendung von Englisch als vorrangigem Kommunikationsmittel nicht nur ein technokratischer Irrweg. Sie verkennet vor allem, dass sich die Europäerinnen und Europäer, ihre Kultur und ihr Fühlen nur über die unterschiedlichen Sprachen erschließen lassen. Wirkliche Europäerinnen und Europäer mögen zwar auch Englisch sprechen, aber vor allem Französisch und Italienisch, Spanisch und Polnisch und natürlich auch Deutsch.¹³⁹ Hier kann die Europäische Union von der Schweiz noch Einiges lernen.

¹³⁶ L. Viellechner, Nach den großen Erzählungen: Möglichkeiten und Grenzen von Verfassungsppluralismus in der Krise der Europäischen Union, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Die Neuerfindung Europas – Bedeutung und Gehalte von Narrativen für die europäische Integration, 2019, S. 179 (180).

¹³⁷ I. Krastev, Europadämmerung, 4. Aufl. 2018, S. 43, 105 ff.; in Anlehnung an D. Goodharts Differenzierung zwischen den „somewheres“ und den „anywheres“.

¹³⁸ P. M. Huber, Demokratie in Europa – Zusammenfassung und Ausblick, in: Bauer/Huber/Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 491 (512).

¹³⁹ BVerfGE 89, 155 (185) – Maastricht; P. M. Huber, Deutsch als Gemeinschaftssprache, BayVBl. 1992, S. 1 ff.; W. Kahl, Sprache als Kultur- und Rechtsgut, VVDStRL 65 (2006), S. 386 (439 ff.).



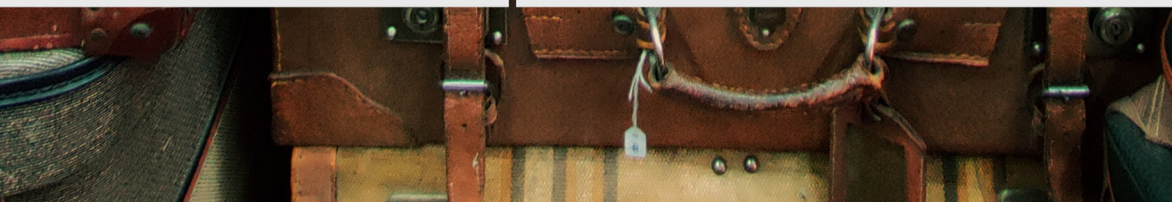
EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
04 | 2022

LEITARTIKEL:

Kurt Pärli

**EU-Entsenderecht zwischen
Markt und Sozialschutz – Neuere
Rechtsprechung des EuGH
zu Sanktionen und zum grenz-
überschreitenden Verkehr**



EU-Entsenderecht zwischen Markt und Sozialschutz

Neuere Rechtsprechung des EuGH zu Sanktionen und zum
grenzüberschreitenden Verkehr

Kurt Pärli*

Inhalt

A.	Einleitung	E 2
B.	Entsenderecht in der EU	E 4
I.	Recht auf Entsendung als Teil der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit	E 4
II.	Entsenderechtliche Vorschriften als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit	E 6
III.	Entsenderechtliche Regelungen im Sekundarrecht	E 9
C.	Ausgewählte EuGH-Rechtsprechung	E 13
I.	Sanktionen bei Verletzung nationaler entsenderechtlicher Vorschriften	E 13
1.	Čepelnik, Rs. C-33/17	E 13
2.	Maksimovic und andere, Rs.C-64/18 (und andere)	E 15
3.	Die (vielen) Hartberg-Fürstenfeld –Entscheide	E 17
a)	Vorbemerkungen	E 17
b)	Urteil C-645/18	E 18
c)	Rs. C-205/20	E 19
II.	Grenzüberschreitende Transportfälle	E 21
1.	Dobersberger, Rs. C-16/18	E 21
2.	Federatie Nederlandse Vakbewegning (FNV), Rs. C-815/18	E 23
3.	Rapidsped, Rs. C-428/19	E 25
D.	Fazit und Bedeutung der Urteile für die Schweiz	E 27

* Prof Dr. iur. Kurt Pärli ist Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, kurt.paerli@unibas.ch. Der Autor dankt Sefora Pileggi, Lale Andreani und Antje Stadelmann für ihre Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrages.

A. Einleitung

Arbeitsrechtliche Schutznormen stehen sowohl auf EU-Ebene als auch in den Mitgliedstaaten im Spannungsfeld zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten. Dies zeigte sich insbesondere in den heftig umstrittenen EuGH-Entscheidungen Viking¹, Laval², Rüffert³ und Kommission gegen Luxemburg⁴. Auf welche Seite das Pendel in der EU-Rechtssetzung und in der Rechtsprechung ausschlägt, ist von wirtschaftlichen und politischen Kontextgegebenheiten abhängig. Häufig kritisiert wurden (und werden) EuGH-Entscheide in entsenderrechtlichen Konstellationen. Hier musste der EuGH wiederholt das Verhältnis der Dienstleistungsfreiheit zum Arbeitnehmerschutz klären.⁵

Mit den Entscheiden Regio Post⁶ und Sähköalojen⁷ zeigt(e) sich eine verstärkte Bereitschaft des EuGH, die Arbeitnehmerschutzinteressen ernst(er) zu nehmen. Auch der EU-Gesetzgeber hat mit der Durchsetzungs-Richtlinie⁸ und der Reform der Entsender-Richtlinie⁹ die Kritik an einer schrankenlosen Dienstleistungsfreiheit aufgenommen und den Schutz vor Sozialdumping punktuell

¹ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007 in der Rechtssache C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 – Viking.

² EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 – Laval.

³ EuGH, Urteil vom 3. April 2008 in der Rechtssache C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – Rüffert.

⁴ EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 – Kommission gegen Luxemburg.

⁵ Alexander Schulz, Der Europäische Gerichtshof und das soziale Europa, in: Friedrich-Ebert-Stiftung, Internationale Politikanalyse, Der EuGH und das soziale Europa, Berlin 2009, 3 ff.

⁶ EuGH, Urteil vom 17. November 2015 in der Rechtssache C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 – RegioPost.

⁷ EuGH, Urteil vom 12. Februar 2015 in der Rechtssache C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 – Sähköalojen ammattiliitto.

⁸ Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems (IMI-Verordnung), ABl L 159 vom 28. Mai 2014, 11 ff.

⁹ Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 173 vom 9. Juli 2018, 16 ff.

verstärkt.¹⁰ In den beiden von Polen und Ungarn eingereichten Nichtigkeitsklagen hat der EuGH entschieden, dass die revidierte Richtlinie nicht gegen das Primärrecht verstösst.¹¹ Polen und Ungarn rügten namentlich die falsche Rechtsgrundlage für den Erlass der Richtlinie, einen Verstoß gegen Art. 56 AEUV¹² und eine Verletzung der Rom-I-Verordnung¹³. Der Gerichtshof erwog unter anderem, dass der EU-Gesetzgeber bei der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit auch die in Art. 9 AEUV verankerten Ziele (u.a. Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes) zu beachten habe. Es sei deshalb zulässig, die Rechte der in den Aufnahmemitgliedstaat entsandten Arbeitnehmern zu stärken, damit sich der Wettbewerb zwischen den Unternehmen, die Arbeitnehmer in diesen Mitgliedstaat entsenden, und den dort ansässigen Unternehmen unter faireren Bedingungen entwickle.¹⁴

Die Umsetzung der Sekundärrechtsakte zur Entsendethematik obliegt den Mitgliedstaaten, die bei ihren nationalen Regelungen zum Schutz der entsandten Arbeitnehmenden und Schutz vor Lohn- und Sozialdumping im Inland im Einklang mit den Vorgaben des EU-Rechts zu gestalten haben.¹⁵ Dabei müssen Sanktionen wegen Verletzung inländischer Entsendevorschriften verhält-

¹⁰ Epiney Astrid/Hehemann Lena, Die Tragweite des institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, Jusletter, 8. April 2019, Rz. 17, schreiben: „Damit dürfte sich der Akzent der unionsrechtlichen Entsenderegelungen von der Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Gewährleistung eines kohärenten Arbeitnehmerschutzes verlagert haben. (...) Gesamthaft zeichnet sich die neue Entsenderichtlinie durch einen strengeren Ansatz in Bezug auf Lohn- und Sozialdumping aus (...)“

¹¹ EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 in der Rechtssache C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001 – Ungarn/Parlament und Rat; EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 in der Rechtssache C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000 – Polen/Parlament und Rat.

¹² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl C 326/47 vom 26. Oktober 2012.

¹³ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177 vom 4. Juli 2008, 6.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 in der Rechtssache C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001 – Ungarn/Parlament und Rat, Rz. 46 und 53; EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 in der Rechtssache C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000 – Polen/Parlament und Rat, Rz. 51 und 58.

¹⁵ Für eine Übersicht siehe „Das Dumping im Rahmen der Umsetzung der EU-Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern bekämpfen. Vorzeigeschülerin Schweiz?“ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 17.3126 Buttet vom 15. März 2017, 13 ff., abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20173126/Bericht%20BR%20D.pdf>>. Eine kritische Analyse der „Macht des EuGH“ über die Mitgliedstaaten zeigt der Beitrag von Blauburger, Michael, Minimalistische Reaktion oder vorausseilende Reform? Der nationale Umgang mit der Rechtsprechung des EuGH, Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft (ÖZP), 42. Jg. (2013) H. 2, 181-196.

nismässig sein. Insbesondere zum österreichischen Entsenderecht musste der EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren wiederholt Stellung beziehen. Die relevanten Urteile werden im dritten Teil dieses Beitrages (C.I) vorgestellt und kommentiert. Der zweite Fokus liegt auf den EuGH-Urteilen, die sich zur Frage der Anwendung des Entsenderechts bei grenzüberschreitender Mobilität (Catering in Fernzügen und grenzüberschreitender Güterverkehr) äussern (C.II). Punktuell wird bei der Analyse der Urteile auch ein Blick auf das schweizerische Entsenderecht geworfen. Zum besseren Verständnis der genannten Entscheide werden vorab (B) die primär- und sekundärrechtlichen Grundlagen des EU-Entsenderechts dargestellt. Ein Fazit (D) rundet den Beitrag ab.

B. Entsenderecht in der EU

I. Recht auf Entsendung als Teil der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit, verankert in Art. 56 bis 62 AEUV¹⁶, gehört zum Kanon der EU-Grundfreiheiten und stellt ein wichtiges Element der Verwirklichung des Binnenmarkts dar.¹⁷ Die Dienstleistungsfreiheit ergänzt die Niederlassungsfreiheit für Selbständigerwerbende und Unternehmen sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeit für Unselbständigerwerbende. Im Unterschied zu den beiden genannten Freiheiten will sich der Selbständigerwerbende bzw. das Unternehmen nicht dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen, sondern nur vorübergehend und zum Zwecke des Erbringens einer Dienstleistung.¹⁸ Als Dienstleistungen gelten nach Art. 57 Abs. 1 AEUV „Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die

¹⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl C 326/47 vom 26. Oktober 2012.

¹⁷ Müller-Graff, Kurz-Kommentar zum EUV/AEUV, in: Streinz Rudolf (Hrsg.), 3. A., München 2018, Art. 56 AEUV, Rz. 1 (zit. KK EUV/AEUV-Bearbeiter, Art. XX AEUV, Rz. YY).

¹⁸ Grundlegend dazu EuGH, Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94, EU:C:1995:411 – Gebhard, Rz. 27 f.

Freizügigkeit der Arbeitnehmer unterliegen“. Die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit beinhaltet nicht nur ein Diskriminierungs- sondern auch ein Beschränkungsverbot.¹⁹

Zum Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit gehört nach ständiger Rechtsprechung des EuGH das Recht eines Unternehmers, zur Ausführung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung eigene Arbeitnehmer/innen vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat zu entsenden.²⁰ Dabei sollen Unternehmen aus Niedriglohnländern den Kostenvorteil grundsätzlich nutzen dürfen.²¹ In der Lehre wird diese Position durch Argumente unterstützt, die Entsendung von schlechter bezahlten Arbeitnehmer/innen sei im Grunde mit der Warenverkehrsfreiheit vergleichbar. Auch die Produzenten von Waren aus Niedriglohnländern seien hinsichtlich der Preisgestaltung im Vorteil.²² Ein solches Verständnis offenbart den Grundkonflikt zwischen einer Marktkonzeption,

¹⁹ Rebhahn Robert, Kapitel 3 – Dienstleistungen, in: Franzen Martin/Gallner Inken/Oetker Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, München 2017, 95 ff., Rz. 11 f.; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564 – Finalarte, Rz. 28 ff.; EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 – Laval, Rz. 99; EuGH, Urteil vom 15. März 2001, in der Rechtssache C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162 – Mazzoleni und ISA, Rz. 22 ff.

²⁰ EuGH, Urteil vom 09. August 1994 in der Rechtssache C-43/93, ECLI:EU:C:1994:310 – Van der Elst / Office des migrations internationales; EuGH, Urteil vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147 – Guiot; EuGH, Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575 – Arblade; EuGH, Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575 – Leloup; EuGH, Urteil vom 15. März 2001 in der Rechtssache C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162 – Mazzoleni und ISA; EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2004 in der Rechtssache C-445/03, ECLI:EU:C:2004:655 – Kommission / Luxemburg; EuGH, Urteil vom 19. Januar 2006 in der Rechtssache C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49 – Kommission / Deutschland; EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007 in der Rechtssache C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430 – Kommission / Deutschland; EuGH, Urteil vom 3. April 2008 in der Rechtssache C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – Rüffert; EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2014 in der Rechtssache C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408 – De Clercq u.a.; EuGH, Urteil vom 17. November 2015 in der Rechtssache C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 – RegioPost; EuGH, Urteil vom 12. Februar 2015 in der Rechtssache C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86 – Sähköalojen ammatillitto.

²¹ So bereits der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen: EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache C-62/81, ECLI:EU:C:1981:305 – SECO, 244.

²² Hantel Peter, Europäisches Arbeitsrecht: mit zahlreichen Beispielfällen aus der Rechtsprechung des EuGH, 2. A., Berlin 2019, 197; Riesenhuber Karl, Die Änderung der arbeitsrechtlichen Entsenderichtlinie, NZA 2018 Heft 22, 1433 ff., Rz. 1-6.

die den Arbeitnehmer/innen Warencharakter zuschreibt und dem Credo der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO), wonach Arbeit gerade keine Ware ist.²³

II. Entsenderechtliche Vorschriften als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Wie alle anderen Grundfreiheiten, gilt auch die Dienstleistungsfreiheit nicht unbeschränkt. Einschränkungen der Grundfreiheiten erfolgen einerseits durch die Union selbst durch Verordnungen und Richtlinien²⁴ und andererseits durch die Mitgliedstaaten.²⁵ Auch Aktivitäten Privater können die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit EU-ausländischer Anbieter behindern.²⁶ Die Dienstleistungsfreiheit kann durch direkte oder indirekte Diskriminierungen beeinträchtigt werden. Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn für ausländische Dienstleistungserbringer nachteilige Regelungen gelten.²⁷ Indirekt (synonym: mittelbar, versteckt) ist die Diskriminierung bei einer Regelung, die auf Kriterien beruht, die von inländischen Unternehmen leichter erfüllt werden können.²⁸ Darüber hinaus beinhaltet die Dienstleistungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH auch ein Beschränkungsverbot. Alle Massnahmen, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit untersagen, behindern oder weniger attraktiv machen, sind als Beschränkungen dieser Freiheit zu verstehen.²⁹

²³ Der Kampf für soziale Gerechtigkeit und für den dauerhaften Frieden und gegen das Sozialdumping sind in der Präambel der ILO-Verfassung niederlegt, siehe dazu Sein Evju, *Labour is Not a Commodity: Reappraising the Origins of the Maxim*, *European Labour Law Journal* 4/2013, 222 ff.

²⁴ Auch die Entsende-Richtlinie muss vor Art. 56 AEUV standhalten.

²⁵ Kluth, Winfried, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 56, Rz. 71 (EUV/AEUV Kommentar, in: Callies Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), 6. A., München 2022, Art. 56 AEUV, Rz. 71 (zit. KommEUV/AEUV-Bearbeiter, Art. XX, Rz. YY).

²⁶ Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 – Laval, Rz. 103.

²⁷ Unmittelbar diskriminierend war bspw. eine Regelung im deutschen Entsendegesetz, die für ausländische Arbeitgeber einen anderen Betriebsbegriff vorsah, siehe EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564 – Finalarte, Rz. 76 ff.

²⁸ KK EUV/AEUV-Müller-Graff, Art. 56 AEUV, Rz. 77.

²⁹ Siehe EuGH, Urteil vom 4. Mai 2017 in der Rechtssache C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335 – Vanderborght, Rz. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung.

Im Zusammenhang mit Entsenderegelungen der EU-Mitgliedstaaten hat der EuGH u.a. folgende nationale Regelungen als Beschränkungen qualifiziert³⁰:

- Verpflichtung zur Bestellung eines im Inland ansässigen Vertreters³¹;
- Verpflichtung zur Einhaltung tarifvertraglicher Löhne bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufträge³²;
- Erfordernis einer Arbeitsgenehmigung für entsandte Arbeitnehmer/innen mit Drittstaatenangehörigkeit³³;
- Verpflichtung eines Dienstleistungsempfängers, die Zahlung an seinen Vertragspartner zu stoppen und eine Sicherheitsleistung in Höhe des noch ausstehenden Werklohns zu leisten (nach ständiger Rechtsprechung verleiht Art. 56 AEUV nicht nur dem Erbringer einer Dienstleistung Rechte, sondern auch ihrem Empfänger³⁴).³⁵

Alle Beeinträchtigungen der Ausübung der Dienstleistungsleistungsfreiheit sind nur zulässig, wenn sie gerechtfertigt werden können. Dabei gilt es zwischen direkter Diskriminierung einerseits sowie indirekter Diskriminierung andererseits und Beschränkung zu unterscheiden. Nach Art. 62 in Verbindung mit Art. 52 AEUV sind Sonderregelungen für Ausländer/innen (und damit di-

³⁰ Siehe für eine ausführliche Darstellung der „Beschränkungsfälle“ im entsenderechtlichen Zusammenhang Epiney Astrid, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Epiney Astrid/Metz Beate/Mosters Robert (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz/EU, Zürich 2011, 97 f. (zit. Epiney, Tragweite).

³¹ EuGH, Urteil vom 18. Juni 2008 in der Rechtssache C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 – Kommission / Luxemburg.

³² EuGH, Urteil vom 3. April 2008 in der Rechtssache C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – Rüffert.

³³ EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2004, in der Rechtssache C-445/03, ECLI:EU:C:2004:655 – Kommission / Luxemburg. Siehe dazu auch EuGH, Urteil vom 14. November 2018 in der Rechtssache C-18/17, ECLI:EU:C:2018:904 – Danieli & C. Officine Meccaniche u.a. In dieser Entscheidung hält der EuGH fest, Österreich dürfe während der einschlägigen Übergangsfrist ausländerrechtliche Bewilligungen für entsandte kroatische Arbeitnehmer/innen verlangen, nicht aber Arbeitnehmer/innen aus Drittstaaten, sofern diese rechtmässig in einem EU-Staat angemeldet sind. Das gilt auch im Zusammenhang mit einem Verleih. Ein Beschäftigungsmitgliedstaat, in casu Österreich, darf für die Entsendung von Drittstaatsangehörigen, die einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen von einem ebenfalls in diesem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen überlassen werden, keine Beschäftigungsbewilligung verlangen (Rz. 48 des Urteils).

³⁴ Siehe dazu im entsenderechtlichen Zusammenhang: EuGH, Urteil vom 18. Oktober 2012 in der Rechtssache C-498/10, ECLI:EU:C:2012:635 – X, Rz. 23, sowie EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2014 in der Rechtssache C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408 – de Clercq, Rz. 52.

³⁵ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 38 f.

rekte Diskriminierungen) zulässig, wenn diese Regelungen Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit dienen und überdies dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen. Der EuGH hat es bislang abgelehnt, bei direkten Diskriminierungen andere als die in Art. 52 AEUV genannten Rechtfertigungsgründe zuzulassen.³⁶ Kontrollmassnahmen des Entsenderechts, die sich ausschliesslich an ausländische Arbeitgeber wenden, müssen demnach Art. 52 AEUV standhalten.

Die Notwendigkeit, Vorschriften des Entsendegesetzes zu kontrollieren, kann im Lichte der EuGH-Rechtsprechung unter dem Rechtfertigungsgrund „öffentliche Ordnung“ subsumiert werden.³⁷ Effektive Kontrollmassnahmen entsenderechtlicher Vorschriften dienen der Aufrechterhaltung des sozialen Friedens, was auch zur öffentlichen Ordnung zu zählen ist.³⁸ Entsenderechtliche Massnahmen, die sich lediglich an ausländische und nicht an inländische Unternehmen richten (als an sich direkte Diskriminierungen), können nach EuGH auch dadurch gerechtfertigt sein, dass diese Differenzierung auf objektiven Unterschieden beruht.³⁹ Wenn aber solche objektiven Unterschiede vorliegen, so muss die fragliche Massnahme dennoch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen.⁴⁰ Bei indirekter Diskriminierung und Beschränkungen anerkennt der EuGH auch zwingende Gründe des Allgemeininteressens als Rechtfertigungsgründe.⁴¹ Dazu zählt nach der Rechtsprechung des EuGH auch der Arbeitnehmerschutz.⁴² Im Zusammenhang mit Entsendungen ver-

³⁶ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2002 in der Rechtssache C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558 – Danner, Rz. 56; der Gerichtshof ist dabei einem anderslautenden Vorschlag von Generalanwalt Jacobs nicht gefolgt, EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs vom 21. März 2002, in der Rechtssache C-136/00, ECLI:EU:C:2002:198 – Danner, Rz. 40.

³⁷ EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 – Kommission / Luxemburg, siehe u.a. Rz. 50; EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007 in der Rechtssache C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430 – Kommission / Deutschland, Rz. 87 f.

³⁸ So bereits Epiney, Tragweite, 100.

³⁹ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2010 in der Rechtssache C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814 – Kommission / Belgien, Rz. 48; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, in der Rechtssache C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564 – Finalarte, Rz. 63 f. und 74.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2010 in der Rechtssache C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814 – Kommission / Belgien, Rz. 49.

⁴¹ Ob auch versteckte Diskriminierungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteressens gerechtfertigt werden können, ist in der Lehre nicht ganz unumstritten, vgl. zur Kontrolle statt vieler: Kluth, *KommEUV/AEUV*, Art. 56 AEUV, Rz. 75 ff.

⁴² EuGH, Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575 – Arblade, Rz. 61; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564 – Finalarte, Rz. 39 ff.; EuGH, Urteil vom 15. März 2001 in der Rechtssache C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162 – Mazzoleni und ISA, Rz. 21; EuGH, Urteil vom 24. Januar 2002 in der Rechtssache C-164/99, ECLI:EU:C:2002:40 – Portugaia Construções, Rz. 21.

stand der EuGH dabei lange Zeit nur den Schutz der entsandten Arbeitnehmer/innen.⁴³ Erst in jüngerer Zeit finden sich auch Entscheide, in denen der EuGH in Entsendefällen auch einen fairen Wettbewerb zwischen Entsendeunternehmen und ansässigen Unternehmen⁴⁴ und den Schutz vor Sozialdumping⁴⁵ als Rechtfertigungsgründe anerkennt. Was genau unter „fairer Wettbewerb“ und „Sozialdumping“ zu verstehen ist, hat der EuGH bislang nicht ausgeführt.⁴⁶ Besonders wichtig ist bei allen Rechtfertigungsarten die Einhaltung der Verhältnismässigkeit (Eignung und Erforderlichkeit).⁴⁷ Nicht verhältnismässig sind zum einen unklare⁴⁸ und nicht einfach zugängliche Regelungen⁴⁹, die für das Entsendeunternehmen zu einem grossen Aufwand führen.

III. Entsenderechtliche Regelungen im Sekundarrecht

Die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit wird überdies durch die Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG konkretisiert.⁵⁰ Gemäss Art. 1 Abs. 6 berührt die Dienstleistungs-Richtlinie weder das Arbeitsrecht noch die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit.⁵¹ Art. 16 Abs. 3 Dienstleistungs-Richtlinie hält zudem fest, dass der Mitgliedstaat ferner nicht

⁴³ EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564 – Finalarte, Rz. 42 f. Siehe dazu: Heuschmid Johannes/Schierle Florian, § 5 Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerentsendung, in: Preis Ulrich/Sagan Adam (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht – Grundlagen, Richtlinien, Folgen für das deutsche Recht, Köln 2015.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-341/05; ECLI:EU:C:2007:809 – Laval, Rz. 74.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-341/05; ECLI:EU:C:2007:809 – Laval, Rz. 113; EuGH, Urteil vom 15. Juni 2006 in der Rechtssache C-255/04, ECLI:EU:C:2006:401 – Kommission / Frankreich, Rz. 46 und 52; EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2004 in der Rechtssache C-60/03, ECLI:EU:C:2004:610 – Wolff und Müller, Rz. 35 und 41; EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 in der Rechtssache C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814 – Kommission / Belgien, Rz. 45.

⁴⁶ KommArbeitsrecht-Rebhahn, Art. 56 AEUV, Rz. 14.

⁴⁷ Siehe EuGH, Urteil vom 18. Mai 2017 in der Rechtssache C-99/16, ECLI:EU:C:2017:391 – Lahorgue, Rz. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008 in der Rechtssache C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 – Kommission / Luxemburg, Rz. 80 ff.; EuGH, Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-369/96 und C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575 – Arblade, Rz. 61.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-369/96 und C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575 – Arblade, Rz. 61.

⁵⁰ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI L 376 vom 27. Dezember 2006, 36.

⁵¹ Mit dieser Absicherung trägt die Richtlinie den Befürchtungen Rechnung, die Erweiterung der Dienstleistungsfreiheit gehe mit einem generellen Abbau des Niveaus bezüglich Lohn und Sozialschutz einher.

daran gehindert ist, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht (heute: Unionsrecht) „seine Bestimmungen über Beschäftigungsbedingungen, einschliesslich derjenigen in Tarifverträgen, anzuwenden“. Somit gelten die zahlreichen Bestimmungen der Dienstleistungs-Richtlinie, die den Mitgliedstaaten untersagen, die grenzüberschreitende Dienstleistungsfreiheit beschränkende nationale Vorschriften aufzustellen oder beizubehalten, gerade nicht für die Entsendung von Arbeitnehmenden.⁵²

Die Entsenderichtlinie 96/71/EG richtet sich an die Mitgliedstaaten und beinhaltet lediglich wenige Artikel. Art. 3 Richtlinie 96/71/EG verankert das Konzept eines „harten Kerns“ an Lohn- und Arbeitsbedingungen, die von den Arbeitgebern bei der Entsendung von Arbeitnehmer/innen nach den Vorschriften des Zielstaates gewährt werden müssen.⁵³ Im Ergebnis handelt es sich bei der Entsenderichtlinie kollisionsrechtlich um Eingriffsnormen im Sinne von Art. 23 der Rom-I Verordnung.⁵⁴ Erfasst sind Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze einschliesslich der Überstundensätze, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften (insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen), Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen, Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

Der Beitritt neuer Mitglieder zur EU in den Jahren 2004, 2007 und 2013 führte zu grösseren Lohnunterschieden innerhalb des Binnenmarktes, was die Attraktivität von Entsendungen aus Niedriglohn- in Hochlohnländer verstärkte und den Reformdruck erhöhte.⁵⁵ Die „Richtlinie 2018/957/EU zur Änderung

⁵² Siehe zur EuGH-Rechtssache C-33/17, EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, EU:C:2018:896 – Čepelnik; Pärli Kurt, Entsendegesetz Kommentar, 2. A., Bern 2021, Art. 9 EntsG, Rz. 99 ff. (zit. EntsG-Pärli, Art. XX, Rz. YY).

⁵³ Art. 3, Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern, ABl L 18 vom 21. Januar 1997, 1 ff.

⁵⁴ Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177 vom 4. Juli 2008, 6 ff.

⁵⁵ Kellerbauer Manuel, Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?, EuZW 2018, 846 ff., 846.

der Richtlinie 96/71/EG“ wurde 2018 vom Rat und Parlament verabschiedet.⁵⁶ Die Mitgliedstaaten hatten bis Ende 2020 Zeit, die Richtlinie in ihr nationales Recht überzuführen.

Erfolglos versuchten die Mitgliedstaaten Polen und Ungarn die Gültigkeit der revidierten Entsenderichtlinie durch Nichtigkeitsklagen anzufechten. Die beiden Staaten machten geltend, die Richtlinie verstosse gegen die primärrechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit und zudem basiere der Erlass auf falscher Rechtsgrundlage. Der EuGH jedoch entschied, der EU-Gesetzgeber habe die Richtlinie im Interesse gleicher Wettbewerbsbedingungen im freien Dienstleistungsverkehr ändern dürfen (zu dieser Entscheidung siehe ausführlich, unten).⁵⁷

Die wesentlichen Änderungen der revidierten Entsenderichtlinie lassen sich zusammenfassend wie folgt darstellen:

- In Art. 1 (Unterabsatz 1 und 1a) wird neu der Schutzzweck der Richtlinie hervorgehoben (Schutz der entsandten Arbeitnehmer, das Mittel dazu sind die zwingenden Vorschriften bezüglich Arbeitsbedingungen und Schutz der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz).⁵⁸ Weiter wird klar hervorgehoben, dass die Richtlinie in keiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und auf Unionsebene anerkannten Grundrechte berührt. Das Recht auf Streik und zur Durchführung anderer Massnahmen wird explizit genannt, ebenso das Recht, im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschliessen und durchzusetzen oder kollektive Massnahmen zu ergreifen;

⁵⁶ Richtlinie (EU) 2018/957. Die Änderungen waren im Gesetzgebungsprozess sehr umstritten, namentlich aus Polen, Ungarn, Lettland, Litauen, aber auch durch Grossbritannien und Kroatien wurden grosse Vorbehalte angebracht, siehe zur Entstehungsgeschichte illustrativ Franzen Martin, Die geänderte Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie, EuZA 1/2019, 4 ff., 5.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 in der Rechtssache C-620/18, EU:C:2020:1001 – Ungarn / Europäisches Parlament, Rz. 11 ff.; EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007 in der Rechtssache C-626/14, EU:C:2020:1000 – Polen / Europäisches Parlament, Rz. 10 ff.

⁵⁸ Man kann sich die Frage stellen, ob der Arbeitnehmerschutz nun der alleinige Zweck der Entsenderichtlinie ist. Das muss wohl verneint werden; ansonsten müsste dies auch in der Nennung der Kompetenzgrundlage zum Ausdruck kommen. Diese bleiben aber auch in der geänderten Richtlinie Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 AEUV (also Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit) bestehen. Auch Kellerbauer (847) ist der Auffassung, der Schwerpunkt der Entsenderichtlinie verbleibe trotz der Akzentverschiebung in Richtung Arbeitnehmerschutz noch immer in der Erleichterung der Dienstleistungsfreiheit.

- Art. 1 Abs. 3 wird mit einer Reihe von Bestimmungen zu Leiharbeitsunternehmen im Entsendekontext ergänzt. Namentlich müssen Leiharbeitsunternehmen ihren entsandten Arbeitnehmern die gleichen Bedingungen garantieren wie sie für Leiharbeitnehmer im Mitgliedstaat, in dem die Arbeit erbracht wird, gelten (Art. 1 Abs. 3 lit. c in Verb. mit Art. 3 Abs. 1b Richtlinie 96/rev.);⁵⁹
- Der Kern bei Entsendungen im Zielland einzuhaltender zwingender Bestimmungen in Art. 3 wird erweitert. Neu gelten sämtliche Bestimmungen zur Entlohnung, die gesetzlich oder in allgemein verbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind, auch für entsandte Arbeitnehmende. Die Arbeitgeberin muss überdies für Reise-, Verpflegungs- und Unterbringungskosten aufkommen; ein Abzug vom Lohn der Arbeitnehmenden ist nicht gestattet.

Da die Durchsetzung der Bestimmungen der Entsende-Richtlinie in der Praxis zu Problemen führte, erliess die EU die *Durchsetzungs-Richtlinie* 2014/67/EU.⁶⁰ Die Richtlinie dient einerseits der Bekämpfung von Umgehungen und Missbrauch und soll andererseits den Schutz der Rechte entsandter Arbeitnehmer und faire Ausgangsbedingungen für die Dienstleistungserbringer gewährleisten.⁶¹ Dazu fördert die Richtlinie die verstärkte Zusammenarbeit zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten (Art. 6 ff.), stellt in Art. 4 Kriterien für die Beurteilung darüber auf, ob eine tatsächliche Entsendung vorliegt oder ob die Umgehung nationaler Vorschriften bezweckt wird (Briefkastenfirma, Scheinselbständigkeit), verpflichtet die Mitgliedstaaten den Zugang zu Informationen betreffend die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in ihrem Land zu verbessern (Art. 5) und Möglichkeiten der Überwachung (Art. 9 f.), Durchsetzung (Art. 11 f.) und Sanktionierungen (Art. 20) vorzusehen.

⁵⁹ Siehe dazu ausführlich Riesenhuber Karl, Die Änderung der arbeitsrechtlichen Entsende-richtlinie, NZA 2018 Heft 22, 1433 ff., 1435 f.

⁶⁰ Richtlinie 2014/67/EU, 11 ff.

⁶¹ Richtlinie 2014/67/EU, E. 7 und 13.

C. Ausgewählte EuGH-Rechtsprechung

I. Sanktionen bei Verletzung nationaler entsenderechtlicher Vorschriften

1. Čepelnik, Rs. C-33/17⁶²

Čepelnik ist eine GmbH mit Sitz in Slowenien. Sie wurde von Herrn Vavti für Bauleistungen an seinem Haus in Österreich beauftragt, welche durch entsandte Arbeitnehmende erbracht wurden. Im März 2016 wurden Čepelnik im Rahmen einer Kontrolle zwei Verwaltungsübertretungen zur Last erlegt. Gleichzeitig erlegte die Finanzpolizei Herrn Vavti einen Zahlungsstopp auf sowie die Bezahlung einer Sicherheitsleistung zur Sicherung einer Geldbusse, die im Verfahren gegen Čepelnik möglicherweise verhängt würde. Gegen Čepelnik wurde eine Geldstrafe in Höhe von insgesamt 9'000 Euro verhängt, gegen welche die GmbH Beschwerde erhob. Nach Beendigung der Arbeiten stellte Čepelnik Herrn Vavti zur Begleichung des ausstehenden Werklohns 5'000 Euro in Rechnung. Herr Vavti verweigerte die Zahlung mit der Begründung, dass seine Schuld gegenüber Čepelnik durch die Leistung der Sicherheit erloschen war. Daraufhin erhob Čepelnik Klage gegen Herrn Vavti, um den ausstehenden Werklohn zu erhalten.

Im Entscheid Čepelnik gegen Vavti musste der EuGH u.a. prüfen, wie weit der Begriff „Arbeitsrecht“ im Sinne von Art. 1 Abs. 6 der Dienstleistungs-Richtlinie zu verstehen ist.⁶³ Darunter würden „gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, einschließlich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz und über die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die von den Mitgliedstaaten gemäß nationalem Recht unter Wahrung des Unionsrechts angewandt werden“ verstanden.⁶⁴ Dabei unterscheidet der EuGH nicht zwischen Vorschriften des materiellen Arbeitsrechts und Vorschriften, welche die Massnahmen zur Durchsetzung des materiellen Arbeitsrechts regeln oder die die Wirksamkeit von Sanktionen im Fall seiner Nichtbeachtung gewährleisten sollen. Weiter wird das anzustrebende Gleichgewicht zwischen der Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie dem Erfordernis

⁶² EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti.

⁶³ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 29 ff.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 30, mit Hinweisen auf den 14. Erwägungsgrund der DI-Richtlinie.

der Garantie eines hohen Niveaus an arbeitsrechtlichem Schutz hervorgehoben.⁶⁵ Grundsätzlich seien deshalb im nationalen Recht auch abschreckende Massnahmen und wirksame Sanktionen zulässig.⁶⁶

Art. 16 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie hält zudem fest, dass der Mitgliedstaat ferner nicht daran gehindert ist, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht (heute: Unionsrecht) „seine Bestimmungen über Beschäftigungsbedingungen, einschliesslich derjenigen in Tarifverträgen, anzuwenden“. Somit gelten die zahlreichen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie, die den Mitgliedstaaten untersagen, die grenzüberschreitende Dienstleistungsfreiheit beschränkende nationale Vorschriften aufzustellen oder beizubehalten, gerade nicht für die Entsendung von Arbeitnehmenden.⁶⁷

Der EuGH stellte fest, dass die nationale Regelung in den Anwendungsbereich der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV falle und nicht vom zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/67/EU erfasst sei.⁶⁸ Gleich wie der Generalanwalt⁶⁹ ist auch für den EuGH die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit verletzt. Die österreichische Regelung wirke sowohl für den Dienstleistungserbringer als auch für den -empfänger beschränkend. Die Regelung verfolge zwar durchaus einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses (Überprüfung und Durchsetzung der Einhaltung von nationalem Arbeitsrecht, das zum Schutz der Arbeitnehmer und zur Vermeidung von unlauterem Wettbewerb und Sozialdumping erlassen wurde), sie sei aber nicht verhältnismässig. Besonders problematisch sei der Automatismus der Regelung, die von einem Generalverdacht gegenüber ausländischen Unternehmen ausgeht, dass allfällige Sanktionen nicht befolgt würden bzw. die Sanktion nicht vollstreckt würde.⁷⁰

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 33 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013 in der Rechtssache C-57/12, ECLI:EU:C:2013:517 – Femarbel, Rz. 39.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 33 und 34.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 29.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 37-41.

⁶⁹ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 8. Mai 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:311 – Čepelnik / Vavti.

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 43-49.

Auch wenn Österreich als Folge dieser Entscheidung sein nationales Recht anpassen muss⁷¹, ist festzustellen: Eine Regelung, wonach der Dienstleistungsempfänger verpflichtet werden kann, das Honorar zur Sicherstellung von Sanktionen gegenüber dem Dienstleistungserbringer an eine Behörde auszurichten, ist nicht per se ausgeschlossen. Für den EuGH war lediglich die konkrete Ausgestaltung unzulässig.

2. Maksimovic und andere, Rs.C-64/18 (und andere)⁷²

In der Rechtssache Maksimovic ging es um ein Unternehmen (Andritz) das mit Reparaturarbeit in der Steiermark beauftragt wurde und dafür mit einer kroatischen Unternehmung (Bilfinger) einen Vertrag abschloss, die ihrerseits Arbeitnehmende nach Österreich entsandte. Wegen Terminschwierigkeiten wurde eine zusätzliche Firma (Brodmont) beigezogen. Bei Kontrollen der Finanzpolizei zeigte sich, dass auf einer Baustelle die Lohnunterlagen für alle 217 Arbeiter nicht vollständig vorgelegt werden konnten. Daraufhin wurden unter Anwendung des Kumulationsprinzips gegen den Geschäftsführer der betroffenen Firma Brodmont eine Busse in der Höhe von 3,26 Millionen Euro und gegen jeden der vier Vorstandsmitglieder der Andritz Bussen in der Höhe von jeweils 2,4 Millionen und 2,6 Millionen Euro verhängt. Bei Uneinbringlichkeit dieser Geldstrafen drohen mehrjährige Haftstrafen. Der mit der Angelegenheit betraute Verwaltungsgerichtshof Steiermark hatte Zweifel an der Vereinbarkeit der diesen Sanktionen zu Grunde liegenden österreichischen Rechtsvorschriften und legte den Fall dem EuGH vor.

Der EuGH erachtet die Regelung, wonach im Falle der Nichteinhaltung von Verpflichtungen (wie das zur Verfügung stellen von Lohnunterlagen) sowohl gegen den Erbringer von Dienstleistungen als auch gegen ihren Empfänger Sanktionen verhängt werden, als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.⁷³ Gemäss EuGH können Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sowie aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden. Die entsprechenden nationalen Massnahmen sind überdies nur zulässig, wenn sie den Anforderungen

⁷¹ Siehe dazu die „Wirkungsorientierte Folgeabschätzung“ zum Bundesgesetz, mit dem das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert werden soll, Bundesministerium für Arbeit, 2021, 4, Quelle: <<https://www.wko.at/branchen/stmk/industrie/Vorblatt-LSDBG-20.4.2021.pdf>>.

⁷² EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtssache C-64/18, ECLI:EU:C:2019:723 – Maksimovic.

⁷³ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtssache C-64/18, ECLI:EU:C:2019:723 – Maksimovic, Rz. 31-35.

des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit genügen.⁷⁴ Als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannte der EuGH in diesem Fall die Verhinderung eines unlauteren Wettbewerbs durch Unternehmen, die ihren entsandten Arbeitnehmern einen Lohn unterhalb des Mindestlohnes zahlen, wenn dieses Ziel auch dem Schutz der Arbeitnehmer durch Bekämpfung von Sozialdumping dient.⁷⁵

Die vorliegend streitige Regelung bezwecke, so EuGH, die Bekämpfung von Sozialbetrug und Missbrauch sowie den Schutz der Arbeitnehmer/innen und dies wären rechtmässige Ziele.⁷⁶ Grundsätzlich sind im nationalen Recht auch *abschreckende* Massnahmen und wirksame Sanktionen zulässig.⁷⁷ Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung anerkennt der EuGH, dass Strafbestimmungen geeignet sind, um die genannten, legitimen Ziele zu erreichen.⁷⁸ Auch nicht grundsätzlich unzulässig ist, wenn die Strafhöhe davon abhängt, wie viele Arbeitnehmer/innen von einem Verstoß betroffen sind.⁷⁹ Als unverhältnismässig erweisen sich die österreichischen Vorschriften jedoch in ihrer Gesamtheit. Vorgesehen sind Mindeststrafen, eine Kumulierung ohne Höchstgrenze, eine sehr grosse Beteiligung an den Verfahrenskosten und die Androhung langjähriger Haftstrafen. Insgesamt geht also das „Massnahmenpaket“ nach Ansicht des EuGH über das hinaus, was zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist.⁸⁰

Eine Regelung jedoch, die bei Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften über die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen sowie die Bereithaltung von Lohnunterlagen Geldstrafen vorsieht, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden und ggf. zu einem Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 Prozent der verhängten Strafe

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-369/96 und 376/96, EU:C:1999:575 – *Arblade/Fils SARL*, Rz. 36.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtsache C-64/18, C-140/18, C-146/18, C-148/18, ECLI:EU:C:2019:723 – *Maksimovic et al.*, Rz. 36 und 37.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtsache C-64/18, ECLI:EU:C:2019:723 – *Maksimovic*, Rz. 36 und 37.

⁷⁷ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – *Čepelnik / Vavti*, Rz. 33 und 34.

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtsache C-64/18, ECLI:EU:C:2019:723 – *Maksimovic*, Rz. 38.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtsache C-64/18, ECLI:EU:C:2019:723 – *Maksimovic*, Rz. 41.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtsache C-64/18, ECLI:EU:C:2019:723 – *Maksimovic*, Rz. 50.

hinzutreten und bei Uneinbringlichkeit in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden, erachte der EuGH als nicht mit Art. 56 AEUV vereinbar.⁸¹ Der EuGH kritisierte insbesondere den im Vorhinein festgelegten Mindestbetrag, da dieser dazu führen könne, dass die entsprechenden Sanktionen verhängt würden, in denen nicht erwiesen sei, dass der beanstandete Sachverhalt von besonderer Schwere sei.⁸²

Auch im Lichte des vorliegenden EuGH-Urteils dürfen, ja müssen Sanktionen jedoch abschreckende Wirkung haben⁸³, der Bogen darf einfach nicht überspannt und der Boden rechtsstaatlicher Grundsätze nicht verlassen werden. Der österreichische Gesetzgeber ist gefordert, die Sanktionen anzupassen, eine entsprechende Gesetzesvorlage wird vom Parlament 2022 beschlossen werden.⁸⁴

3. Die (vielen) Hartberg-Fürstenfeld –Entscheide

a) Vorbemerkungen

Gestützt auf das geltende österreichische Recht auflegte die zuständige Behörde, die Bezirksverwaltungsbehörde Hartberg-Fürstenfeld gegenüber verschiedenen Unternehmen, die Arbeitnehmende nach Österreich entsandten, Geldstrafen in beträchtlicher Höhe. Das erste vom Landesverwaltungsgericht Steiermark eingereichte Vorabentscheidungsverfahren wurde vom EuGH unter der Referenz Rs. C-645/18 am 19. Dezember 2019⁸⁵ beurteilt. Am gleichen Tag entschied der EuGH auch die verbundenen Rechtssachen C-140/19, C-141/19 und C-492/19 bis C-494/19⁸⁶. Die Leitsätze der beiden Urteile sind identisch, aus diesen Gründen wird nachfolgende nur einer dieser Entscheidungen (C-645/18) erläutert. Aus prozessualer Sicht bemerkenswert ist, dass

⁸¹ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtsache C-64/18, C-140/18, C-146/18, C-148/18, ECLI:EU:C:2019:723 – Maksimovic et al., Rz. 50; EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtsache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld Rz. 43.

⁸² EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtsache C-64/18, C-140/18, C-146/18, C-148/18, ECLI:EU:C:2019:723 – Maksimovic et al., Rz. 43.

⁸³ EuGH, Urteil vom 13. November 2018 in der Rechtssache C-33/17, ECLI:EU:C:2018:896 – Čepelnik / Vavti, Rz. 33 und 34.

⁸⁴ Siehe zur Debatte im Sozialausschuss: <https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2021/PK0834/index.shtml#> und zum Stand des Gesetzgebungsprojektes <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00943/index.shtml#tab-Uebersicht>.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in den verbundenen Rechtssachen C-140/19, C-141/19 und C-492/19 bis C-494/19, ECLI:EU:C:2019:1103 – Hartberg-Fürstenfeld.

der EuGH die beiden genannten Vorabentscheidungsverfahren nicht mit einem Urteil, sondern lediglich mit einem Beschluss abschloss. Ein solcher Beschluss stützt sich auf Art. 99 der Verfahrensordnung des EuGH.⁸⁷ Die Bestimmung lautet: „Wenn eine zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage mit einer Frage übereinstimmt, über die der Gerichtshof bereits entschieden hat, wenn die Antwort auf eine solche Frage klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann oder wenn die Beantwortung der zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt, kann der Gerichtshof auf Vorschlag des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts jederzeit die Entscheidung treffen, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden“. Der EuGH nahm u.a. Bezug auf die Entscheidung Maksimovic, C-148/18.

Trotz diesen Entscheiden (Beschlüssen) des EuGH musste sich dieser erneut mit den Sanktionen der Verwaltungsbehörde Hartberg-Fürstenfeld beschäftigen. In der Rechtssache C-205/20 musste entschieden werden, ob das Erfordernis der Verhältnismässigkeit von Sanktionen unmittelbare Wirkung zukommt und welche Auswirkungen dies auf die nationalen Behörden hinsichtlich der Anwendbarkeit des fraglichen nationalen Entsenderechts hat. Diese Fragen wurden erst vom Generalanwalt in seinen Schlussanträgen erörtert.⁸⁸ Am 10. Februar 2022 fällte der EuGH dann sein Urteil.⁸⁹ Dieses wird weiter unten [c\)](#) besprochen.

b) Urteil C-645/18⁹⁰

Eine Gesellschaft mit Sitz in der Slowakei (CONVOI) entsandte Arbeitnehmende an ein Unternehmen mit Sitz in Österreich (NE). Im Rahmen von Kontrollen durch die Vollzugsbehörde Österreichs wurden diverse Verstösse gegen das österreichische Recht festgestellt. In der Folge sprach die Bezirksverwaltungsbehörde Hartberg-Fürstenfeld eine Geldstrafe in Höhe von 54'000 Euro gegen NE als Vertretung der CONVOI mit dem Vorwurf, mehrere Verpflichtungen in Bezug auf u.a. die Erstattung von Meldungen über Entsendungen bei der zuständigen nationalen Behörde und die Bereithaltung von

⁸⁷ Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25. September 2012 (ABl. L 265, 1) Celex-Nr. 3 2012 Q 0929 (01) zuletzt geändert durch Art. 1 EuGHVfO-Änd. vom 26. November 2019, ABl. L 316, 103).

⁸⁸ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 23. September 2021 in der Rechtssache C-205/20, ECLI:EU:C:2021:759 – Hartberg-Fürstenfeld.

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld.

⁹⁰ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld.

Lohnunterlagen nicht eingehalten zu haben. NE erhob gegen die verhängte Strafe Beschwerde beim zuständigen Gericht. Dieses bezweifelte die Vereinbarkeit von Sanktionen im Sinne der nationalen Regelung aufgrund deren Höhe und der Kumulation je Arbeitnehmer mit dem Unionsrecht und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und beschloss das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der EuGH führte aus, dass eine Regelung, die Geldbussen vorsehe, deren Höhe von der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer abhängt, für sich genommen nicht unverhältnismässig sei.⁹¹ Der hohe Betrag der vorgesehenen Geldstrafen könne allerdings in Verbindung damit, dass es für sie keine Obergrenze gibt, wenn der Verstoss mehrere Arbeitskräfte betrifft (zumal sie kumulierbar sind), zur Verhängung beträchtlicher Geldstrafen führen.⁹² Zudem könne der im Vorhinein festgelegte Mindestbetrag dazu führen, dass solche Sanktionen auch bei weniger schweren Verfehlungen verhängt werde.⁹³ Der EuGH fand in diesem Fall, die österreichische Regelung sei mit dem Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar, denn sie stehe insgesamt nicht im angemessenen Verhältnis zur Schwere der geahndeten Verstösse.⁹⁴

c) Rs. C-205/20⁹⁵

Der Generalanwalt hob in seinen Schlussanträgen hervor, das in Art. 20 Richtlinie 2014/67/EU verankerte Erfordernis der Verhältnismässigkeit von Sanktionen entfalte unmittelbare Wirkung. Art. 20 Richtlinie 2014/67 und würde die Mitgliedsstaaten verpflichten, Sanktionen „wirksam, verhältnismässig und abschreckend“ zu verhängen.⁹⁶ Dieser Satz sei inhaltlich hinreichend klar, bestimmt und unbedingt. Die Verhältnismässigkeit der Sanktionen müsse der Schwere des mit ihnen geahndeten Verstosses entsprechen. Dies habe zur Folge, dass die individuellen Umstände des Einzelfalls sowohl bei der Bestimmung der Sanktion als auch bei der Festlegung der Höhe der Geldbusse

⁹¹ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019, in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 35.

⁹² EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019, in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 36.

⁹³ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019, in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 37.

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019, in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 39.

⁹⁵ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 23. September 2021 in der Rechtssache C-205/20, ECLI:EU:C:2021:759 – Hartberg-Fürstenfeld.

⁹⁶ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 23. September 2021 in der Rechtssache C-205/20, ECLI:EU:C:2021:759 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 23-26.

berücksichtigt werden müssen. Daran würde auch der Wertungsspielraum nichts ändern, der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser Richtlinie zukomme. Die Sanktionen dürften nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.⁹⁷ Weitere Ausführungen des Generalanwaltes betreffen Art. 49 Abs. 3 der Grundrechte Charta (GRC) handelt von der Verhältnismässigkeit von Straftaten. Würde man die unmittelbare Wirkung von Art. 20 Richtlinie 2014/67/EU verneinen, so wäre noch immer Art. 49 Abs. 3 GRC einschlägig.⁹⁸ Im Ergebnis erachtet der Generalanwalt das Erfordernis der Verhältnismässigkeit von Sanktionen als unmittelbar anwendbar.⁹⁹

Der EuGH führte in seinem Urteil aus, die Abhängigkeit der Höhe der Busse von der Zahl der betroffenen Arbeitnehmenden, sei für sich alleine nicht unverhältnismässig.¹⁰⁰ Als unzulässig stuft der EuGH indes die fehlende Obergrenze der im Gesetz angedrohten Bussen¹⁰¹ und den Mindestbetrag ein. Letzterer könne dazu führen, dass solche Sanktionen auch bei weniger schweren Verfehlungen verhängt würden.¹⁰² Anders als der Generalanwalt ging der EuGH in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich auf die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Verhältnismässigkeitsgebotes in Art. 20 Richtlinie 2014/67/EU ein. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der EuGH die Frage nicht anders sieht als der Generalanwalt. Das Urteil hat zur Folge, dass Österreich die fragliche Regelung nicht mehr anwenden darf.

⁹⁷ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 23. September 2021 in der Rechtssache C-205/20, ECLI:EU:C:2021:759 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 31-42.

⁹⁸ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 23. September 2021 in der Rechtssache C-205/20, ECLI:EU:C:2021:759 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 46-48.

⁹⁹ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 23. September 2021 in der Rechtssache C-205/20, ECLI:EU:C:2021:759 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 142.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 35.

¹⁰¹ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 36.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-645/18, ECLI:EU:C:2019:1118 – Hartberg-Fürstenfeld, Rz. 37.

II. Grenzüberschreitende Transportfälle

1. Dobersberger, Rs. C-16/18¹⁰³

Die österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) erteilte der D. GmbH (Sitz in Österreich) einen Dienstleistungsauftrag (Bordservice, Zubereitung von Speisen und Getränken in den Zügen der ÖBB, die von Budapest nach Salzburg oder München fahren und am Bahnhof in Wien einen Zwischenstopp einlegen). Die D. GmbH gab diesen Auftrag an eine andere Unternehmung weiter, die ihrerseits „Henry am Zug“, die ungarische Tochterfirma des österreichischen Grosskonzerns DO&CO mit Sitz in Wien beauftragte. Die Firma „Henry am Zug“ erbrachte die Dienstleistungen in den Zügen der ÖBB mit ungarischem Personal, das für eine 40 Stunden-Woche mit rund 400 Euro pro Monat entschädigt wurde. Gemäss dem in Österreich anwendbaren Kollektivvertrag für das Gastgewerbe wären für diese Tätigkeit 1400 Euro Lohn vorgesehen. Das fragliche ungarische Personal wurde im Rahmen eines Personalverleihs eingesetzt.

Im Rahmen einer Kontrolle stellte das zuständige Arbeitsinspektorat am Wiener Hauptbahnhof zahlreiche Verstösse gegen die österreichischen Bundesbahnen fest. Unter anderem, dass der grenzüberschreitende Einsatz des Personals nicht ordnungsgemäss gemeldet wurde und dass Lohnzahlungsnachweise und Unterlagen über die LohnEinstufung nicht in deutscher Sprache vorlagen. Wegen diesen Verstössen wurde der Geschäftsführer der Firma „Henry am Zug“, Michael Dobersberger, zu einer Busse von 1.3 Millionen Euro verurteilt. Gemäss den österreichischen Arbeitsbehörden üben die ungarischen Arbeitnehmer/innen ihre Tätigkeit hauptsächlich in Österreich aus. Sie sind deshalb als Entsandte zur betrachten.¹⁰⁴

Der EuGH musste klären, ob die Entsenderichtlinie im grenzüberschreitenden Personenverkehr auf das Personal der Bordrestaurants bzw. auf grenzüberschreitende Lastwagenwarenfahrer/innen anwendbar ist und er kommt zum Schluss, Dienstleistungen wie die Verpflegung von Fahrgästen, Bordservice oder Reinigungsleistungen in internationalen Zügen wären von der Richtlinie nicht erfasst, wenn die Arbeitnehmer/innen einen wesentlichen Teil der damit verbundenen Arbeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats leisten und ihren

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 02. Februar 2021 in der Rechtsache C-16/18, ECLI:EU:2019:1110 – Dobersberger.

¹⁰⁴ Siehe zum Urteil: Pärli, Kurt, Besprechung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 19. Dezember 2019, Rs. C-16/18, Dobersberger, ECLI:EU:C:2019:1110, in Wolfgang Portmann/Gabriel Aubert/Jean-Philippe Dunand/Adrian von Kaenel/Roland Müller/Boris Zürcher, ARV 2020, 34 ff., 34 f.

Dienst dort antreten bzw. beenden. Es fehle somit an einem hinreichenden Bezug zum Zielstaat und die Vorschriften der Entsenderichtlinie hinsichtlich Mindestlohn und Mindestarbeitsbedingungen würden keine Anwendung finden.¹⁰⁵ Art. 1 Abs. 3 Bst. a der Richtlinie 96/71/EG ist demnach so auszulegen, dass Dienstleistungen wie die Verpflegung von Fahrgästen, Bordservice oder Reinigungsleistungen in internationalen Zügen von der Richtlinie nicht erfasst sind, wenn die Arbeitnehmer/innen einen wesentlichen Teil der damit verbundenen Arbeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats leisten und ihren Dienst dort antreten bzw. beenden. Die Vorschriften der Entsenderichtlinie hinsichtlich Mindestlohn und Mindestarbeitsbedingungen finden demnach keine Anwendung.¹⁰⁶

Die EU-Regelungen zum grenzüberschreitenden Schienenverkehr beinhalten nur wenige Vorschriften zu den Arbeitsbedingungen, insbesondere auch nicht für Personal, das in Zügen (andere) Dienstleistungen erbringt.¹⁰⁷ Der EuGH will die Entsenderichtlinie wegen des fehlenden hinreichenden Bezugs zum (anderen) Mitgliedstaat nicht anwenden. Die Entscheidung und Begründung überzeugen nicht. Wenn es zulässig ist, dass in einem Zug der ÖBB ausländische Anbieter die Dienstleistung dank drei Mal tieferer Löhne günstiger anbieten können, erhöht dies den inländischen Lohnruck massiv. Dies läuft dem Schutz eines fairen Wettbewerbs und der Vermeidung von Sozialdumping zuwider. Anders sieht dies der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen zur vorliegenden Rechtssache: „(...) ist der Begriff ‚Sozialdumping‘ mit Vorsicht zu genießen und eng auszulegen. (...) Das Erfordernis, ‚Sozialdumping‘ zu verhindern, kann jedoch nicht gegen einen Dienstleistungserbringer verwendet werden, der schlicht die durch den Binnenmarkt gebotenen Möglichkeiten zu seinem wirtschaftlichen Vorteil nutzt – und dem seines Kunden, des Dienstleistungsempfängers (...). Schliesslich liegt dem Binnenmarkt der Grundsatz des komparativen Vorteils zugrunde.“¹⁰⁸

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021, C-16/18, Dobersberger/Magistrat der Stadt Wien, ECLI:EU:2019:1110.

¹⁰⁶ Pärli, Dobersberger (Fn 105), 35.

¹⁰⁷ Siehe die Richtlinie 2005/47/EG des Rates vom 18. Juli 2005 betreffend die Vereinbarung zwischen der Gemeinschaft der Europäischen Bahnen (CER) und der Europäischen Transportarbeiter-Föderation (ETF) über bestimmte Aspekte der Einsatzbedingungen des fahrenden Personals im interoperablen grenzüberschreitenden Verkehr im Eisenbahnsektor. Siehe auch den Bericht der EU-Kommission an den Rat zur Richtlinie 2005/47/EG: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:627:FIN:DE:PDF>>.

¹⁰⁸ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-16/18, ECLI:EU:C:2019:638 – Dobersberger, Rz. 30 und 31.

2. Federatie Nederlandse Vakbewegning (FNV), Rs. C-815/18¹⁰⁹

In diesem niederländischen Vorabentscheidungsverfahren geht es um die grundsätzliche Frage der Anwendung der Entsenderichtlinie auf Fahrer und Fahrerinnen im internationalen Güterkraftverkehr, welche ihre Tätigkeit in mehr als nur einem Mitgliedstaat verrichten sowie um die Voraussetzungen des Tatbestands der Entsendung in derartigen Konstellationen. Auch war fraglich, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Tarifvertrag anwendbar war.

Der Sachverhalt des Ausgangsfalles präsentiert sich wie folgt: Van den Bosch Transporte hat Schwestergesellschaften in Deutschland und Ungarn, deren Lastkraftwagen auf der Grundlage von Charterverträgen für Van den Bosch Transporte unterwegs sind. Die FNV hat mit einem Arbeitgeberverband, bei welchem Van den Bosch Transporte Mitglied ist, einen Tarifvertrag für den Güterverkehr abgeschlossen. Dieser wurde jedoch auf Fahrer aus Deutschland und Ungarn nicht angewandt. Die FNV erhob gegen Van den Bosch Transporte und die Schwestergesellschaften eine Klage, mit der sie beantragte, diese Gesellschaften zur Einhaltung des Tarifvertrags für den Güterverkehr zu verpflichten. Nach Ansicht der FNV hätte Van den Bosch Transporte gem. Art. 44 des Tarifvertrags bei der Einschaltung von Fahrern aus Deutschland und Ungarn die grundlegenden Arbeitsbedingungen des Tarifvertrags auf sie in ihrer Eigenschaft als entsandte Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 96/71 anwenden müssen.¹¹⁰

Der EuGH bejaht vorab grundsätzlich die Anwendung der Entsende-Richtlinie auf den grenzüberschreitenden Gütertransport.¹¹¹ Eine Arbeitnehmerentsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 1, 3 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG liege vor, wenn die Arbeitsleistung der Fahrer in einer Gesamtwürdigung von Umständen (insbesondere die Art der in den Niederlanden verrichteten Tätigkeiten der Fahrer und der Anteil dieser Tätigkeiten an der gesamten Beförderungsleistung) eine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiet der Niederlande aufweist.¹¹² Für die Annahme einer Entsendung genügt es jedoch nicht, dass die Fahrer die Fahrten am Sitz des niederländischen Unternehmens

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch; Zum Urteil siehe Junker Abbo, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Arbeitsrecht im Jahr 2021, RIW 2022, 1.

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 18.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 30–41.

¹¹² EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 45.

beginnen und enden sowie dass sie Anweisungen dort erhalten. Ebenfalls nicht relevant ist, ob ein Konzernverbund zwischen den beteiligten Unternehmen besteht.¹¹³ Der Entsendetatbestand ist nicht erfüllt, soweit ein Mitgliedsstaat bloss überquert wird (Transit).¹¹⁴ Anders verhält es sich bei dem innerstaatlichen Verkehr im Aufnahmemitgliedstaat (Kabotage). In einem solchen Fall liegt eine Entsendung vor.¹¹⁵ Der EuGH musste weiter klären, ob die Frage, wann ein Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt worden ist, anhand des anwendbaren nationalen Rechts zu beurteilen ist. Mit Bezug auf die Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes¹¹⁶ hält der EuGH fest, Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG verweise zwar nicht ausdrücklich auf das nationale Recht. Allgemeinverbindlicherklärungen seien jedoch nur nach nationalem Recht möglich.¹¹⁷ Auch Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71/EG verweise auf das nationale System.¹¹⁸ Im Ergebnis ist der im Ausgangssachverhalt streitige Tarifvertrag anwendbar.¹¹⁹

Die Anwendbarkeit der Richtlinie 96/71/EG hat der EuGH überzeugend bejaht. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 96/71/EG nimmt lediglich „Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine“ von Anwendungsbereich aus, im Umkehrschluss ist der Strassenverkehrssektor eingeschlossen. Dazu kommt, dass nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2018/957/EU¹²⁰ „diese Richtlinie“ auch für den Strassenverkehrssektor gilt. Die erforderliche Verabschiedung der Richtlinie

¹¹³ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 50, insbes. 53-57.

¹¹⁴ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 49.

¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 51 ff., insbesondere Rz. 58-65. Siehe dazu die Riesenhuber, Karl, Die „Entsendung“ zum grenzüberschreitenden Gütertransport: Vom Transit bis Kabotage, EuZA 2021, 195 ff.

¹¹⁶ Schlussanträge des Generalanwaltes vom 30. April 2020 in der Rechtssache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:319, Federatie Nederlandse Vakbeweging.

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 69.

¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 70.

¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2021 in der Rechtsache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 – Van den Bosch, Rz. 72.

¹²⁰ Es handelt sich hier um die revidierte Entsende-Richtlinie, siehe die detaillierten Angaben oben, Fn 57.

2020/1057/EU¹²¹ ist zwischenzeitlich erfolgt. Wie bereits in der Rechtssache Dobersberger war auch vorliegend zu klären, in welchen Konstellationen im grenzüberschreitenden Verkehr tätige Arbeitnehmende als Entsandte gelten. Der EuGH nahm die Gelegenheit wahr, den (zuvor geöffneten) Anwendungsbereich der Entsendevorschriften sogleich wieder einzuschränken, in dem praktisch nur die Kabotage-Konstellationen das Erfordernis der „hinreichenden Verbindung“ erfüllen. Diese Qualifikation entspricht der Dobersberger-Entscheidung und im Ergebnis auch den Ausnahmebestimmungen der Richtlinie 2020/1057/EU.¹²²

3. Rapidsped, Rs. C-428/19¹²³

Einem ungarischen EuGH-Fall lag folgender Ausgangssachverhalt zugrunde: Drei Lastwagenfahrer schlossen mit Rapidsped, einer Gesellschaft mit Sitz in Ungarn, Arbeitsverträge über eine Tätigkeit als Lkw-Fahrer ab. Im Rahmen ihrer Tätigkeit fuhren sie in einem Kleinbus nach Frankreich, um dort ihre Aufgaben zu erledigen, und überquerten dabei mehrfach Grenzen. Ihr Arbeitgeber händigte ihnen vor jeder Fahrt eine vom französischen Staat geforderte Entsendebescheinigung aus, in der – notariell beglaubigt – die Zahlung eines Stundenlohns von 10,40 Euro erklärt wurde. Die Kraftfahrer machten geltend, dass sie laut Arbeitsvertrag 544 Euro monatlich erhielten, was einem Stundenlohn von 3,24 Euro entspreche. Der französische Mindestlohn belief sich dagegen auf 9,76 Euro. Ihr Arbeitgeber argumentierte, dass mit den Taggeldern und der Treibstoffeinsparungszulage der Mindestlohn erreicht werde. In den Arbeitsverträgen war festgelegt, dass neben der grenzüberschreitenden zwar auch die nationale Güterbeförderung zu den Aufgaben der Arbeitnehmer gehört, diese jedoch ihre Arbeit normalerweise an Orten zu verrichten haben, die häufig und hauptsächlich im Ausland liegen, ohne dass indessen die Arbeit dauerhaft im Ausland verrichtet würde. Nach ungarischem Recht hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Taggelder für im Ausland verrichtete Arbeit. Diese Taggelder steigen mit zunehmender Dauer der Entsendung der Arbeitnehmer ins Ausland an.

¹²¹ Richtlinie (EU) 2020/1057 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2020 zur Festlegung besonderer Regeln im Zusammenhang mit der Richtlinie 96/71/EG und der Richtlinie 2014/67/EU für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor und zur Änderung der Richtlinie 2006/22/EG bezüglich der Durchsetzungsanforderungen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012.

¹²² Dazu ausführlich Riesenhuber (Fn 116), 200 ff.

¹²³ EuGH, Urteil vom 08. Juli 2021 in der Rechtssache C-428/19, EU:C:2021:548 – Rapidsped.

Der Generalanwalt¹²⁴ und ihm folgend der EuGH¹²⁵ hielten vorab fest, dass die Entsende-Richtlinie auf die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen im Strassenverkehrssektor anwendbar ist. Der EuGH stützt sich dabei im Wesentlichen auf seine Ausführungen im Fall „Federatie Nederlandse Vakbeweging“ (siehe oben, [2.](#)). Zur Zuständigkeit hielt der EuGH fest, in einem Verfahren im Entsendestaat könne ein Verstoss gegen Mindestlohnvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats geltend gemacht werden, wenn die Gerichte etwa aufgrund des Sitzes des Arbeitgebers für das Verfahren zuständig seien.¹²⁶ Ob das Entsendetaggeld für die Berechnung des Mindestlohnes berücksichtigt werden darf, hängt gemäss EuGH davon ab, ob diese Entschädigung als Entgelt für eine erbrachte Leistung (bspw. Mehrstunden), als Entschädigung für Spesen oder als Zulage ausgerichtet werde. Nur im letzten Fall zählt die Entschädigung zum Mindestlohn. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, die hierfür erforderlichen Abklärungen vorzunehmen.¹²⁷ Streitig war im Verfahren weiter, ob die vom Arbeitgeber in Abhängigkeit zu durch Streckenwahl reduzierten Treibstoffverbrauch ausgerichtete Zulage allenfalls gegen Art. 10 der Verordnung 561/2006/EG¹²⁸ verstösst. Eine solche Zulage verstiesse jedoch gegen das in dieser Bestimmung aufgestellte Verbot, wenn sie, anstatt nur an die Treibstoffeinsparung anzuknüpfen, eine solche Einsparung in Relation zu der zurückgelegten Strecke und/oder der Menge der beförderten Güter gemäß Modalitäten honorieren würde, die den Fahrer zu Verhaltensweisen verleiten, die geeignet sind, die Sicherheit im Straßenverkehr zu gefährden und/oder Verstöße gegen die Verordnung Nr. 561/2006 zu begehen.¹²⁹

¹²⁴ Schlussanträge des Generalanwaltes vom 6. Mai 2021 in der Rechtsache C-4248, ECLI:EU:C:2021:371 – Rapidsped, Rz. 15-34.

¹²⁵ EuGH, Urteil vom 08. Juli 2021 in der Rechtssache C-428/19, EU:C:2021:548 – Rapidsped, Rz. 34-36.

¹²⁶ EuGH, Urteil vom 08. Juli 2021 in der Rechtssache C-428/19, EU:C:2021:548 – Rapidsped, Rz. 37-45.

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 08. Juli 2021 in der Rechtssache C-428/19, EU:C:2021:548 – Rapidsped, Rz. 46-54.

¹²⁸ Verordnung (EG) Nr. 561/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 zur Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 3821/85 und (EG) Nr. 2135/98 des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 des Rates.

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 08. Juli 2021 in der Rechtssache C-428/19, EU:C:2021:548 – Rapidsped, Rz. 63.

D. Fazit und Bedeutung der Urteile für die Schweiz

Bereits vor den in diesem Beitrag vorgestellten „Sanktions-Fällen“ musste der EuGH wiederholt nationale Regelungen beurteilen, die durch administrative Massnahmen die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigten.¹³⁰ Die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH hat in weiten Teilen Eingang in die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU gefunden. Dass Mitgliedstaaten Sanktionen ergreifen dürfen, ja ergreifen müssen, ist sekundärrechtlich sowohl in Richtlinie 2014/67/EU als auch in der revidierten Richtlinie 96/71/EG verankert. Bemerkenswert ist am „Entscheidungsbündel Hartberg-Fürstentfeld“, dass der EuGH die unmittelbare Wirkung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes anerkannt und die nationalen, im konkreten Fall die österreichischen Behörden gehalten sind, das geltende inländische Recht nicht anzuwenden.

Bezüglich der „Transport-Fälle“ bringen die EuGH-Urteile Klarheit in die zuvor nicht abschliessend geklärte Frage, ob die Entsende-Richtlinie auf den grenzüberschreitenden Gütertransport anwendbar ist. Die mit der Dobersberger begründete erforderliche „hinreichende Nähe zum Entsendestaat“ wird zum Teil als „Einladung zu Sozialdumping“ kritisiert. Auch in der Rechtssache *Federatie Nederlandse Vakbeweging* ist der EuGH eher restriktiv, was die Anerkennung von Konstellationen betrifft, die unter den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie fallen.

Im vorliegenden Beitrag kann nicht die ganze Pandorabüchse der Vereinbarkeit des schweizerischen Entsenderechts mit dem Freizügigkeitsabkommen

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 27. März 1990, Rs. C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142, (*Rush Portuguesa / Office national d'immigration*); EuGH, Urteil vom 09. August 1994, Rs. C-43/93, ECLI:EU:C:1994:310, (*Vander Elst / Office des migrations internationales*); EuGH, Urteil vom 23. November 1999, Rs. C-369/96, ECLI:EU:C:1999:575, (*Arblade*); EuGH, Urteil vom 15. März 2001, Rs. C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, (*Mazzoleni und ISA*); EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs. C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564, (*Finalarte*); EuGH, Urteil vom 24. Januar 2002, Rs. C-164/99, ECLI:EU:C:2002:40, (*Portugaia Construções*); EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2004, Rs. C-60/03, ECLI:EU:C:2004:610, (*Wolff und Müller*); EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2004, Rs. C-445/03, ECLI:EU:C:2004:655, (*Kommission / Luxemburg*); EuGH, Urteil vom 19. Januar 2006, Rs. C-244/04, ECLI:EU:C:2006:49, (*Kommission / Deutschland*); EuGH, Urteil vom 15. Juni 2006, Rs. C-255/04, ECLI:EU:C:2006:401, (*Kommission / Frankreich*); EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007, Rs. C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430, (*Kommission / Deutschland*); EuGH, Urteil vom 19. Juni 2008, Rs. C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, (*Kommission / Luxemburg*); EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012, Rechtssache C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814, (*Kommission / Belgien*); EuGH, Urteil vom 7. Oktober 2010, Rs. C-515/08, ECLI:EU:C:210:589, (*dos Santos Palhota u.a.*).

(FZA¹³¹) und dem zwischenzeitlich (vorläufig?) beerdigten Institutionellen Rahmenabkommen (InstA)¹³² zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten geöffnet werden.¹³³ Ein paar grundsätzliche Bemerkungen zur Bedeutung der hier vorgestellten Urteile für das schweizerische Entsenderecht sind dennoch angebracht.

Zur Relevanz der Rechtsprechung des EuGH sind drei Einschränkungen anzubringen.¹³⁴ Die Berücksichtigung von nach dem 21. Juni 1999 ergangener Rechtsprechung durch die Schweiz erfolgt im Sinne eines selbstauferlegten Beachtungsgebots. Es handelt sich nicht um eine Befolgungspflicht.¹³⁵ Ein Abweichen von der EuGH-Rechtsprechung ist somit möglich, wenn auch in Anbetracht der inzwischen konstant verfolgten Rechtsprechung des Bundesgerichts ohne Vorliegen triftiger Gründe wenig wahrscheinlich.¹³⁶ Hinzu kommt, dass die Schweiz mit dem Freizügigkeitsabkommen nur einen Teil des unionsrechtlichen *acquis communautaire* übernommen hat.¹³⁷ So hält der EuGH fest, dass „die Schweizerische Eidgenossenschaft nicht dem Binnenmarkt der Gemeinschaft beigetreten [ist], mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen Raum vollständiger Freizügigkeit entsprechend einem nationalen Markt zu schaffen, der u.a. die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit umfasst. [...] In diesem Zusammenhang kann die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden, sofern diese

¹³¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681. Die gleichen Freizügigkeitsvorschriften gelten auch im Verhältnis der Schweiz zu den übrigen EFTA-Staaten, siehe Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960, Anhang K, SR 0.632.31.

¹³² Inoffizielle Übersetzung des französischen Originaltextes, Quelle: <https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf>; Originalversion: <https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf>.

¹³³ Siehe dazu EntsG-Pärlī, Einleitung, N 52 – 56; Notter, Markus, nationaler Lohnschutz? Bemerkungen zur Ablehnung des Rahmenabkommens, Zürich 2021, A3 ff.

¹³⁴ Die folgenden Ausführungen sind weitgehend aus EntsG-Pärlī, Einleitung, N 48 ff. entnommen.

¹³⁵ BGE 139 II 393, E. 4.1.1.

¹³⁶ Epiney, Astrid/Heinemann, Lena, Die Tragweite des Institutionellen Abkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, Jusletter 8. April 2019.

¹³⁷ Botschaft sekt. Abkommen, BBl 1999 6128, 6309.

nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist“.¹³⁸ Die Schweiz verfügt damit insbesondere im Bereich der Dienstleistungsfreiheit über einen gewissen Spielraum, da das Freizügigkeitsabkommen hier nur eine Teilliberalisierung vorsieht.¹³⁹ Schliesslich gilt es bei der Beurteilung der flankierenden Massnahmen und ihrer Vereinbarkeit mit dem FZA auf dem Hintergrund des einschlägigen EU-Rechts zur Dienstleistungsfreiheit das Interesse einer parallelen Rechtsentwicklung sorgfältig gegenüber dem innenpolitischen Wunsch nach einer starken sozialen Flanke gegenüber der Marktöffnung abzuwägen. Als Nicht-Mitgliedstaat der EU hat die Schweiz hier auch den entsprechenden Spielraum.

Die in diesem Beitrag vorgestellten Urteile zu den Schranken zulässiger Sanktionen der Mitgliedstaaten gegen Unternehmen, die gegen das nationale Entsenderecht verstossen ([C.I](#)), betreffen spezifisch die österreichische Rechtslage. Mit Blick auf die Schweiz ist festzuhalten, dass die Sanktionen nach schweizerischem Entsenderecht weit ausserhalb dessen liegen, was nach österreichischem Recht möglich ist.¹⁴⁰ Konstellationen wie sie den „Transportfällen“ ([C.II](#)) zu Grunde liegen, mussten bislang von schweizerischen Gerichten nicht beurteilt werden. Es wäre aber durchaus spannend zu erfahren, wie gestützt auf das schweizerische Entsenderecht entschieden würde. Die Gewerkschaftsseite (Schweizerischer Eisenbahnerverband SEV) kritisierten die Döbbergsberger-Entscheidung heftig. Die Entsenderichtlinie sei ein gesetzliches

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 12. November 2009, *Grimme*, C-351/08, EU:C:2009:697, Rz. 27 - 29. Unter Bezugnahme auf das *Grimme*-Urteil hat der EuGH in weiteren Fällen das FZA nach völkerrechtlichen Grundsätzen ausgelegt, so namentlich in EuGH, Urteil vom 15. Juli 2010, *Hengartner und Gasser*, C-70/09, EU:C:2010:430, Rz. 40 ff.; EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2011, *Graf und Engel*, C-506/10, EU:C:2011:643, Rz. 22; EuGH, Urteil vom 15.12.2011, *Bergström*, C-257/10, EU:C:2011:839; EuGH, Urteil vom 28. Februar 2013, *Ettwein*, C-425/11, EU:C:2013:121, Rz. 41 ff.; EuGH, Urteil vom 15. März 2018, *Picart*, C-355/16, EU:C:2018:184, Rz. 29.

¹³⁹ Siehe auch BGE 133 V 624, E. 4.3.

¹⁴⁰ Die Art. 9 EntsG, die maximalen Verwaltungsbussen belaufen sich auf 30 000 Franken. Die strafrechtliche Androhung einer Busse von 1 Millionen Franken ist nur für den Fall vorgesehen, dass eine Person in ihrer Funktion als Arbeitgeber systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht gegen Bestimmungen des Mindestlohnes, die in einem Normalarbeitsvertrag im Sinne von Art. 360a OR vorgesehen sind, verstösst (Art. 12 Abs. 3 EntsG). Die dem österreichischen Verfahren zu Grunde liegenden Regelverstösse sind wesentlich banaler. Siehe zum Ganzen EntsG-Pärl, Art. 9.

von der EU geschaffenes Instrument, um Beschäftigte vor Lohnraub und Ausbeutung zu schützen. Dieses wichtige Schutzinstrument würde nun durch das EuGH-Urteil ausgehebelt, schreibt der SEV.¹⁴¹

¹⁴¹ <<https://sev-online.ch/de/aktuell/kontakt.sev/2020/skandaloeses-urteil-des-europaeischen-gerichtshofs-zur-entsendung-von-arbeitnehmern-in-der-rechtssache-c-16-18/>>.

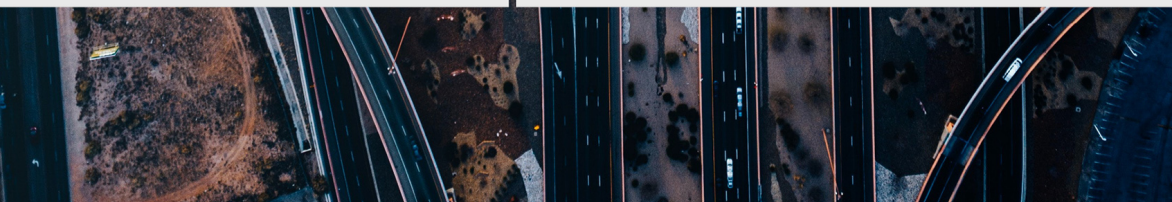


EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
05 | 2022

LEITARTIKEL:

**Sebastian Heselhaus
Aktuelle Spielräume für ein
Institutionelles Rahmen-
abkommen**



Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen

Sebastian Heselhaus*

Inhalt

A.	Entwicklung der bilateralen Zusammenarbeit: le „InstA“ est mort	F 2
I.	Ausgangslage	F 2
II.	Vorzüge der Bilateralen Abkommen gegenüber dem EWR-Abkommen für die Schweiz	F 5
1.	Inhalte	F 5
2.	Dynamik	F 7
3.	Streitbeilegung	F 8
4.	Finanzen	F 11
III.	Unzufriedenheit der EU mit den Bilateralen Abkommen	F 12
IV.	Politische Spielräume	F 14
B.	Alternative Lösungsvorschläge	F 15
C.	Das Freizügigkeitsabkommen als Blaupause für bilaterale Marktzugangsabkommen	F 16
D.	Die wichtigsten Regelungen des InstA	F 18
I.	Anwendungsbereich und materiell-rechtliche Regelungen	F 18
1.	Marktzugangsabkommen	F 18
2.	Beihilferegulungen	F 18
3.	Weitere Regelungen im InstA mit materiellen Folgen	F 21
II.	Dynamische Rechtsentwicklung	F 22
1.	Einheitliche Auslegung	F 22
2.	Pflicht zur Übernahme neuer Rechtsakte	F 24
3.	Ausgleichsmassnahmen und Guillotine-Klausel	F 24
III.	Streitbeilegung	F 25
E.	Ein möglicher Ausweg aus dem Dilemma: Vive le „InstRA“!	F 28

* Prof. Dr. iur. Sebastian Heselhaus ist Ordinarius für Völkerrecht, Europarecht, Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Universität Luzern. Er ist Direktor der Lucerne Academy für Human Rights Implementation und Ko-Direktor des Center for Law and Sustainability.

A. Entwicklung der bilateralen Zusammenarbeit: le „InstA“ est mort

I. Ausgangslage

Die Verhandlungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über ein Institutionelles Abkommen (InstA¹) haben mit Unterbrechungen neun Jahre gedauert.² Am 26. Mai 2021 hat der Bundesrat beschlossen, das InstA nicht zu unterzeichnen, und hat diesen Entscheid der EU mitgeteilt.³ Damit scheinen sich die Befürchtungen in der EU, die Schweiz habe nur auf Zeit spielen wollen und kein wirkliches Interesse am Abschluss eines institutionellen Abkommens,⁴ bestätigt zu haben. Die EU hatte ihr Missfallen bereits im Januar 2019 ausgedrückt, als sie laufende Gespräche in anderen Bereichen mit der Schweiz aussetzte oder verzögerte, bis ein Ergebnis für das institutionelle Abkommen vorliege. Im Juli 2019 wurde die befristet gewährte Anerkennung der Gleichwertigkeit der Schweizer Börsenregulierung nicht verlängert. Insbesondere der Nachgang zu den Verhandlungen scheint die negative Einschätzung in manchen EU-Kreisen zu bestätigen.

Ende 2013 hatte der Bundesrat das Verhandlungsmandat für die institutionellen Fragen verabschiedet.⁵ Die Verhandlungsphase dauerte mit Unterbrechungen ca. viereinhalb Jahre von Mitte 2014 bis Ende 2018. Für die Unterbrechungen waren schweizerinterne Gründe verantwortlich, insbesondere die Abstimmung über die letztlich erfolgreiche Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“.⁶ Ende 2017 hatte die EU das Angebot unterbreitet, in einem

¹ Im Folgenden wird verkürzt vom InstA als Abkommen gesprochen, obgleich der Text nur als Entwurf vorliegt.

² Eine Chronologie des Verhandlungsprozesses, abrufbar unter <<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2021/5/26/83705.html>>.

³ Brief des Bundesrates an die Präsidentin der Europäischen Kommission, abrufbar unter <<https://www.eda.admin.ch/europa/de/home/europapolitik/ueberblick/institutionelles-abkommen.html>>.

⁴ Brächer Michael, Frist abgelaufen. Rahmenabkommen mit der EU – Warum die Schweiz auf Zeit spielt, Handelsblatt online vom 7. Dezember 2018, einsehbar unter <<https://www.handelsblatt.com/politik/international/frist-abgelaufen-rahmenabkommen-mit-der-eu-warum-die-schweiz-auf-zeit-spielt/23734656.html>>.

⁵ Bundesrat, Medienmitteilung vom 18. Dezember 2013, einsehbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-51490.html>>.

⁶ Unterbrechung der Verhandlungen von November 2014 bis November 2015 wegen der Umsetzung der Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“, s. die Chronologie (Fn. 2).

Streitbeilegungsmechanismus ein Schiedsgericht vorzusehen.⁷ Seit Anfang 2018 wurde vom Bundesrat die genaue Prüfung wichtiger Punkte, wie die Streitbeilegung, die Absicherung der bestehenden flankierenden Massnahmen und mögliche Zugeständnisse der Schweiz im Zusammenhang mit der Unionsbürgerrichtlinie an die zuständigen Ämter delegiert. Ende 2018 ging die EU vom Abschluss der Verhandlungen aus.⁸ Der Bundesrat eröffnete in der Schweiz eine Konsultation über den Abkommensentwurf.⁹ Die dabei zentral diskutierten drei Fragen, die Unionsbürgerrichtlinie, der Lohn- und Arbeitnehmerschutz sowie die staatlichen Beihilfen, waren schon seit Ende 2017 bei den Vertragsseiten bekannt gewesen. Anfang 2021 wurden die Gespräche wieder aufgenommen, aber von der EU nicht mit dem Ziel, einen neuen Text zu verhandeln, sondern eher um verbleibende Unklarheiten auszuräumen. Dann kam der Abbruch durch den Bundesrat. Ein vom EDA in Auftrag gegebenes Gutachten zu „Alternativen im Verhandlungsprozess“ untersucht ein sog. Interimsabkommen. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Verhandlungen „für eine angemessene Dauer“ ruhen gelassen werden: konkret werden sieben Jahre genannt.¹⁰ Das wäre länger als die Kernverhandlungsphase für das InstA und würde über eine Amtszeit der Europäischen Kommission hinausreichen. Das könnte aus EU-Sicht als Wunsch nach Neuverhandlungen statt nach einer Wiederaufnahme der Verhandlungen interpretiert werden. Insofern könnte man – vereinfachend gesagt – annehmen, dass das InstA in seiner derzeitigen Fassung politisch gestorben ist: „le InstA est mort“.

In der innenpolitischen Diskussion in der Schweiz war zu beobachten, dass sich im Grunde nie eine politische Mehrheit von Parteien zusammengefunden hat, die den Abkommensentwurf umfänglich gebilligt hätte.¹¹ Auch sind die Parteien bei einzelnen Streitfragen relativ moderat miteinander umgegangen. Ein Beispiel sind die sog. flankierenden Massnahmen. Für die Erbringung von Dienstleistungen in der Schweiz müssen sich Unternehmen aus der EU acht Tage zuvor anmelden und eine Kautions stellen.¹² In der EU verstossen solche Voranmeldepflichten gegen die Grundfreiheiten, insbesondere die Dienstleis-

⁷ Baudenbacher Carl, Rechtsgutachten zur Streitentscheidungsregelung des InstA zu Handen der Kommission des Nationalrates für Wirtschaft und Abgaben WAK, 11.

⁸ Ministertreffen zwischen Bundesrat Cassis und Kommissar Hahn in Zürich am 23. November 2018, s. Chronologie (Fn. 2).

⁹ Entscheid des Bundesrates vom 7. Dezember 2018, s. Chronologie (Fn. 2).

¹⁰ Ambühl Michael/Scherer Daniela S., Alternativen im Verhandlungsprozess, Gutachten 2021, ii.

¹¹ Vgl. die Analyse von Tobler Christa, Wie weiter mit dem Institutionellen Abkommen?, Jusletter, 20. Januar 2020, 6 f.

¹² Näher zur Problematik Tobler Christa, (Fn. 11), 17.

tungsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind zeitliche Verzögerungen soweit wie möglich zu vermeiden. Vereinfacht gilt, dass alle Überprüfungen auch im Nachhinein durchgeführt werden können.¹³ Es ist möglich, dass dabei Interessen des Lohnschutzes in der EU tendenziell hinter Interessen des freien Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt zurücktreten. Ob auch das in Bezug auf die Schweiz einschlägige Freizügigkeitsabkommen¹⁴ (FZA) eine solche Zurückdrängung des Lohnschutzes verlangt, ist umstritten. Aus Sicht der EU ist diese der Schweiz im Entwurf des InstA soweit entgegengekommen, dass sie eine Anmeldefrist von vier Tage akzeptieren würde.¹⁵ Damit liegt in der Schweiz die Frage an die Befürworter der langen Anmeldefrist nahe, was sie in den Tagen 5 bis 8 an zusätzlichem Schutz erreichen können, den sie nicht schon in den Tagen 1 bis 4 realisieren könnten.

Angesichts des Abbruchs der Verhandlungen seitens des Bundesrates drängt sich die Frage auf, warum man sich noch Gedanken über Optionen für ein institutionelles Abkommen machen sollte. Trotz aller Skepsis in der Schweiz gegenüber der EU unterstützt eine politische Mehrheit die Bilateralen Abkommen, wie sie bisher gehandhabt werden. Das ist verständlich, bietet doch der Ansatz der Bilateralen Abkommen der Schweiz viele Vorteile. Diese werden nachfolgend im Vergleich mit dem Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum¹⁶ vorgestellt (siehe unten, [II.](#)). Im Anschluss wird aufgezeigt, ob die EU den derzeitigen status quo in einem Interimsabkommen akzeptieren würde und ob die Schweiz nicht gut beraten wäre, zusätzlich eine Verhandlungsoption für ein modifiziertes institutionelles Abkommen¹⁷ zu entwickeln (siehe unten, [III.](#)).

¹³ Grundsätzlich zum Verbot jeder Behinderung EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Rz 37 – Gebhard. Nach Art. 9 Abs. 1 lit. a) Richtlinie (EU) 2014/67 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014, ABl L 159 vom 28. Mai 2014, 11 (sog. Durchsetzungs-Richtlinie zur Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmer) ist als Frist für die Abgabe einer einfachen Bestätigung „spätestens der Beginn der Dienstleistung“ vorgesehen.

¹⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681).

¹⁵ Ziff. 2 Protokoll 1 zum InstA.

¹⁶ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl L 1 vom 3. Januar 1994, 3 ff.

¹⁷ Vgl. den Vorschlag für ein neues institutionelles Abkommen von Levrat Nicolas, *Profiter d'un contexte favorable pour renégocier un nouvel accord-cadre avec l'UE*, 2021.

II. Vorzüge der Bilateralen Abkommen gegenüber dem EWR-Abkommen für die Schweiz

Nachfolgend werden in vier Bereichen – Inhalt, Dynamik, Streitbeilegung und Finanzen – die Ansätze der Bilateralen Abkommen und des EWR-Abkommens miteinander verglichen und die Vorzüge für die Schweiz in allen vier Bereichen aufgezeigt.

1. Inhalte

Das EWR-Abkommen dient vor allem dazu, zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und den EWR-/EFTA-Staaten andererseits einen gemeinsamen Binnenmarkt zu etablieren. In diesem sind die Hindernisse an den Grenzen für den wirtschaftlichen Austausch weitgehend beseitigt. Daher müssen sich alle betroffenen Staaten und Unternehmen einem starken wirtschaftlichen Wettbewerb stellen. Ziel ist es, im gesamten EWR vergleichbare wettbewerbsrechtliche Voraussetzungen dafür zu schaffen und die Regelungen möglichst synchron weiterzuentwickeln. Grob vereinfacht kann man im EWR-Abkommen drei Teile strukturell unterscheiden: Erstens unmittelbar anwendbare Regelungen im Abkommen selbst, zweitens die Weiterentwicklung wirtschaftspolitischer Ansätze durch Aufnahme von EU-Sekundärrecht in die Anhänge des Abkommens und drittens eine Zusammenarbeit in weiteren Bereichen. In der Praxis gelten die Regelungen in allen drei Bereichen bereits in der EU – über die Verträge oder darauf basierendem Sekundärrecht – und es geht darum, dass die Inhalte auch in den EWR-/EFTA-Staaten verpflichtend vorgesehen werden.

Mit dem Abschluss des EWR-Abkommens übernehmen die EWR-/EFTA-Staaten in einem Block alle Grundfreiheiten des AEU-Vertrages, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹⁸ Eine einseitige Steuerung der Zuwanderung ist unter diesen Vorgaben gegenüber den anderen Vertragsstaaten nicht mehr möglich. Dafür geniessen die eigenen Staatsangehörigen auch die entsprechenden Freizügigkeitsrechte und zwar

¹⁸ Art. 28 ff. EWR-Abkommen (Fn. 16).

auch ohne einen wirtschaftlichen Hintergrund.¹⁹ Hintergrund dieses Konzeptes ist der wirtschaftsliberale Ansatz einer freien Allokation aller Marktkräfte, insbesondere von Arbeit und Kapital, im gesamten EWR. Das soll Kosten und damit Preise reduzieren, ist folglich zum Wohle der Konsumenten und stärkt die Unternehmen im EWR im Wettbewerb mit Unternehmen aus Drittstaaten. Ebenso übernehmen die EWR-/EFTA-Staaten die wettbewerbsrechtlichen Verbote, wie die des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen und von Beihilfen, sofern diese nicht genehmigt worden sind.²⁰

Unter den Bilateralen Abkommen konnte die Schweiz hingegen mit der EU für jeden Bereich von Grundfreiheiten, wie Warenverkehr, Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Regeln im Wesentlichen separat in verschiedenen Abkommen aushandeln, sozusagen massgeschneidert. Wettbewerbsregeln finden sich nur in wenigen Abkommen und dann auch oft nur ansatzweise.²¹ Und es werden auch nicht alle Grundfreiheiten erfasst.²² Die allgemeine Freizügigkeit, d.h. ohne wirtschaftliche Motivation, ist nur rudimentär im Freizügigkeitsabkommen (FZA) angesprochen. Der bilaterale Ansatz hat der Schweiz einen grösseren Spielraum bei den Verhandlungen eröffnet, so dass sie im Gegensatz zu den EWR-/EFTA-Staaten die Grundfreiheiten modifiziert – sozusagen massgeschneidert – hat übernehmen können.

Die grundlegenden Verbote in den Grundfreiheiten werden in der EU durch Sekundärrecht um harmonisierte Regeln ergänzt, die ebenfalls die Anwendbarkeit entgegenstehenden nationalen Rechts ausschliessen. Diese Ergänzungsmöglichkeit ist auch im EWR vorgesehen und zwar durch Aufnahme der betreffenden Rechtsakte in die Anhänge des EWR-Abkommens.²³ Einen vergleichbaren Mechanismus kennen auch die marktbezogenen Bilateralen Ab-

¹⁹ S. das Diskriminierungsverbot nach Art. 4 EWR-Abkommen i.V. mit Art. 4 ff. der im EWR geltenden Unionsbürger-Richtlinie 2004/38, ABl L 158 vom 30. April 2004, 77. Zur Anwendbarkeit der Unionsbürger-Richtlinie in den EWR-/EFTA-Staaten s. EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 13. Mai 2020 in der Rechtssache E-4/19 – Campbell. Zur Ableitung des Freizügigkeitsrechts unmittelbar aus dem EWR-Abkommen Publikationen zu diesem Thema Neier Christina, The right to come home – within or outside the scope of the EEA Agreement? Blog. ehta-studies.org 2020, abrufbar unter <<https://www.liechtenstein-institut.li/news/neue-urteilsbesprechung-auf-ehta-studiesorg>>.

²⁰ Art. 54 und 61 EWR-Abkommen (Fn. 16).

²¹ Art. 23 Abs. 1 iii Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (FHA, SR 0.632.401). Das FHA ist formal vor den Bilateralen Abkommen abgeschlossen worden, Die Vorschrift regelt ein Beihilfenverbot nur rudimentär, so dass sie wohl nicht unmittelbar anwendbar ist.

²² Etwa nicht die Kapitalverkehrsfreiheit.

²³ Art. 102 Abs. 1 EWR-Abkommen (Fn. 16).

kommen. Aber der Umfang ist in der Gesamtsicht deutlich geringer als unter dem EWR-Abkommen. Schliesslich wird die Zusammenarbeit in weiteren Bereichen im EWR-Abkommen vorgespurt,²⁴ im bilateralen Ansatz hängt die Fortentwicklung von den gemeinsamen Interessen von Schweiz und EU ab.

2. Dynamik

Ziel eines gemeinsamen Binnenmarktes wie der EU oder des EWR ist es, dass die gemeinsamen Regeln überall zu jederzeit möglichst gleich sind. Das verhindert Diskriminierungen, schafft Rechtssicherheit für die Unternehmen und sorgt für gleiche Wettbewerbsbedingungen („gleiche Spiesse“). Da die EU ihr internes Recht ständig fortentwickelt, ist auch der EWR auf Abbildung dieser dynamischen Entwicklung angelegt. Es wird von einer Pflicht zur Weiterentwicklung des Abkommens ausgegangen.²⁵ Wenden wir uns zunächst der Dynamik bei der Rechtsetzung zu.

Grob vereinfacht, informiert die EU die EWR-/EFTA-Staaten im Gemeinsamen EWR-Ausschuss über neues Sekundärrecht. Dieses wird nur einstimmig in das EWR-Abkommen aufgenommen. Dabei haben die EWR-/EFTA-Staaten zusammen eine Stimme und die EU und ihre Mitgliedstaaten auch eine Stimme. Jeder einzelne EWR-/EFTA-Staat könnte also die Annahme rechtlich gesehen verweigern, weil sich die EWR-/EFTA-Staaten über die Abgabe ihrer einen Stimme im Konsens einigen müssen. Praktisch steht jeder EWR-/EFTA-Staat aber unter dem politischen Druck seiner eigenen Wirtschaftskreise, der EU und zusätzlich regelmässig auch der anderen beiden EWR-/EFTA-Staaten. Damit wird eine Ablehnung in der Praxis wenig wahrscheinlich. Zudem wird der Druck dadurch erhöht, dass bei Ablehnung der Übernahme die Zusammenarbeit in den betroffenen Teilen des Abkommens sistiert werden kann.²⁶ Das entspricht dem Ansatz der gleichen Spiesse: Gelten nicht mehr die gleichen Regeln, fehlt es am Fundament für eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit möglichst ohne jedes Hindernis. Juristisch handelt es sich nicht um eine Sanktion, weil die Folgen auch die EU in dem betreffenden Bereich negativ treffen würden. In der Gesamtsicht kann man rechtlich von einer stufenweisen Dynamik ohne Automatismus, aber mit Aktualisierungspflicht sprechen.

Unter den Bilateralen Abkommen ist ebenfalls die Weiterentwicklung der Marktzugangsabkommen in Anhängen vorgesehen.²⁷ Auch hier braucht es die Zustimmung der Vertragsparteien, d.h. eine stufenweise Dynamik ohne Auto-

²⁴ Art. 78 ff. EWR-Abkommen (Fn. 16).

²⁵ Art. 102 Abs. 1 EWR-Abkommen (Fn. 16).

²⁶ Art. 102 Abs. 5 EWR-Abkommen (Fn. 16).

²⁷ Z. B. in Art. 18 FZA (Fn. 14).

matismus. Auch hier kann nur einstimmig, d.h. nicht gegen die Stimme der Schweiz entschieden werden.²⁸ Doch es gibt Besonderheiten: Es gilt keine Rechtspflicht zur Fortentwicklung der Abkommen. Die Schweiz sieht sich bei ihrer Entscheidung zwar dem Druck der Unternehmen, die von der Zusammenarbeit profitieren, und der EU ausgesetzt, nicht aber von anderen EWR-/EFTA-Staaten. Allerdings hat die EU für die sog. Bilateralen Abkommen I eine sog. Guillotine-Klausel mit in die Abkommen eingebracht.²⁹ Danach kann jede Seite ohne besondere Voraussetzungen, d.h. nicht nur bei Verweigerung der Fortentwicklung oder bei einem Verstoß gegen ein Abkommen, das Abkommen kündigen. Dann werden automatisch alle anderen sechs Abkommen der Bilateralen I beendet. Die Klausel ist dem Mechanismus der Sistierung der Zusammenarbeit im EWR-Abkommen vergleichbar, geht aber darüber hinaus, weil alle Bereiche der Bilateralen Abkommen I erfasst werden. Rechtlich gesehen ist es keine Sanktion im eigentlichen Sinn, weil die EU dann ebenfalls nicht mehr von dem erweiterten Wirtschaftsraum profitieren würde. Zudem ist die Wirkung der Guillotine-Klausel ambivalent. Da alle Bilateralen I fortfallen würden, wäre der Schaden für beide Vertragsseiten grösser als bei der auf Bereiche begrenzten Sistierung im EWR-Abkommen. Damit erhöht sich aber auch in der EU der politische Widerstand, eines der Bilateralen I Abkommen zu kündigen. Dennoch setzt die EU die Guillotine-Klausel als ein Druckmittel gegenüber der Schweiz ein. Doch zeigt die Geschichte der EU, dass sie langfristig auf eine gemeinsame Zusammenarbeit mit Vorteilen für alle Beteiligten baut. Politisch sind Kündigungen für sie die zweite Wahl. Erste Wahl ist es zu warten, bis die andere Vertragspartei grösseres Interesse an einer engeren Zusammenarbeit hat. Dann stellt die EU ihre weitergehenden Forderungen. Genau das ist beim InstA geschehen: Statt Kündigung wartet die EU ab und bietet, wenn die Zeit gekommen ist, eine engere Zusammenarbeit an. Trotz Guillotine-Klausel hat die Schweiz unter dem bilateralen Ansatz im Vergleich mit dem EWR-Abkommen mehr Spielraum zur Sicherung ihrer Interessen.

3. Streitbeilegung

Auch in der Rechtsanwendung muss Dynamik im EWR gesichert werden, um das Ziel eines homogenen Wirtschaftsraumes zu gewährleisten. Der Europäische Gerichtshof legt in der EU das EU-Recht aus und entwickelt es oftmals fort. Eine solche Rechtsfortbildung zur Förderung der Integration ist ihm im Primärrecht aufgegeben.³⁰ Wenn also im EWR-Abkommen Unionsrecht über-

²⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 1 FZA (Fn. 14).

²⁹ S. Art. 25 Abs. 3 und 4 FZA (Fn. 14).

³⁰ Art. 19 Abs. 1 EUV und insbesondere die Auslegung nach dem *effet utile*.

nommen wird, gilt es mit dem vom EuGH bis dahin festgestellten Inhalt, den die EWR-/EFTA-Staaten kennen und akzeptieren. Was ist aber mit der Fortbildung nach der Aufnahme in das EWR-Abkommen? Hier greift im EWR-Abkommen das sog. Zwei-Säulen-System: In der EU-Säule entscheidet der EuGH über die Auslegung, in der EWR-/EFTA-Säule hingegen der EFTA-Gerichtshof. Damit stellt sich aber für den gemeinsamen Wirtschaftsraum eine Kardinalfrage: Wie kann mit zwei verschiedenen Höchst-Gerichten eine möglichst einheitliche Auslegung im EWR gesichert werden? Rechtlich hat man vorgesehen, dass der EFTA-Gerichtshof auf eine homogene Auslegung mit dem EU-Recht zielt.³¹ Homogen heisst nicht identisch, aber sehr ähnlich. Es ist das grosse Verdienst des EFTA-Gerichtshofes, dass er diese Aufgabe in der Vergangenheit beeindruckend gemeistert hat, insbesondere auch in Fällen, in denen die Rechtsfragen zuvor noch nicht in der EU vom EuGH behandelt worden waren.³²

Da der EFTA-Gerichtshof mit drei Richtern besetzt ist, die die drei EWR-/EFTA-Staaten benennen, kann jeder EWR-/EFTA-Staat bei einem Verstoß gegen das Abkommen im EFTA-Gerichtshof überstimmt werden. Die EWR-/EFTA-Staaten unterwerfen sich gemeinsamen Richtern und können daher nicht in eigener Sache entscheiden.

Kommt es zu divergierenden Entscheiden von EuGH und EFTA-Gerichtshof, dann sieht der Streitbeilegungsmechanismus des EWR-Abkommens vor, dass sich die Vertragsparteien einvernehmlich im Gemeinsamen EWR-Ausschuss einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, kann die Zusammenarbeit in dem betreffenden Bereich, wie gezeigt, sistiert werden.

Unter den Bilateralen Abkommen werden die gemeinsamen Regeln, die EU-Recht übernehmen, mit der Auslegung des EuGH zum Zeitpunkt der Unterzeichnung übernommen.³³ Zu diesem Zeitpunkt ist der entsprechende Inhalt der Schweiz bekannt. Danach gilt wie im EWR-Abkommen das Zwei-Säulen-Prinzip. Der EuGH entscheidet für Streitigkeiten über die Bilateralen in der EU, in der Schweiz entscheidet das Bundesgericht. Wie wird aber eine möglichst gleiche Auslegung nach Unterzeichnung gesichert? Das Bundesgericht hat dazu entschieden, dass es später ergangene Entscheide des EuGH berück-

³¹ Vgl. Art. 105 EWR-Abkommen (Fn. 16).

³² Es gibt allerdings auch Abweichungen, wie im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Unionsbürger-Richtlinie in den EWR-/EFTA-Staaten, Zur Anwendbarkeit der Unionsbürger-Richtlinie in den EWR-/EFTA-Staaten in: EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 13. Mai 2020 in der Rechtssache. E-4/19 – Campbell.

³³ Vgl. Art. 16 Abs. 2 FZW (Fn. 14).

sichtigen wird und „nicht ohne Not“ davon abweichen wird.³⁴ Nun könnte man aus Sicht der Europäischen Kommission vermuten, dass sie eine möglichst gleiche Auslegung der Bilateralen Abkommen durch den EuGH befürworten würde. Doch hat der EuGH festgestellt, dass die Bilateralen gerade keine Integrationsabkommen seien und daher vom EuGH nicht genauso wie die vergleichbaren Vorschriften im EU-Recht ausgelegt werden müssten.³⁵

Für die Säule der Schweiz entscheidet das Bundesgericht. Aus Sicht der EU ist die Schweiz damit sozusagen mit ihren Rechtsprechungsbehörden in eigener Sache zuständig. Das ist rechtlich ein bedeutsamer Unterschied zum EFTA-Gerichtshof. Aus Schweizer Sicht ist dem entgegenzuhalten, dass auch die EU mit dem EuGH in eigener Sache entscheidet, der in der EU einen klaren Auftrag zur Rechtsfortbildung hat.

Aus Sicht der EU-Mitgliedstaaten ist zu beachten, dass der EuGH insbesondere Verstösse durch die EU-Mitgliedstaaten überprüft. Diese benennen zwar jeweils einen Richter am EuGH, doch haben sie erstens keinen Anspruch, dass dieser in Streitigkeiten, die sie betreffen, mitentscheidet. Und selbst wenn er mit in der zuständigen Kammer sässe, könnte er zweitens von den anderen überstimmt werden. Aus Sicht der EU-Mitgliedstaaten entscheidet der EuGH also nicht in eigener Sache. Das ist insofern wichtig, als eine Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten einem Abkommen mit der Schweiz zustimmen muss.

Kommt es zu divergierenden Auslegungen der Bilateralen Abkommen, so kann – insofern vergleichbar mit dem EWR-Abkommen – eine Einigung im Gemischten Ausschuss angestrebt werden. Dazu ist aber Einstimmigkeit erforderlich. Mithin ist keine Lösung ohne Zustimmung der Schweiz möglich. Ohne eine Einigung könnte eine Vertragspartei das betreffende Abkommen kündigen, allerdings mit der Folge der Guillotine-Klausel, dass dann alle Abkommen der Bilateralen I beendet würden. In der Gesamtsicht gewährt der Streitbeilegungsmechanismus der Schweiz einen grösseren Spielraum als unter dem EWR-Abkommen. Deshalb konnte sich die Schweiz bisher bei divergierenden Rechtsauffassungen, wie etwa zu den flankierenden Massnahmen, gegenüber der EU behaupten.

³⁴ BGE 136 II 5; bestätigt in BGE 136 II 65, das Bundesgericht wird „nicht ohne Not“ von späterem Fallrecht des EuGH abweichen.

³⁵ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2010 in der Rechtssache C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 – Hengartner, Rz 41 ff.

4. Finanzen

In der EU besteht ein gemeinsames Budget. Dies war zwingend erforderlich, als man einen gemeinsamen Aussenzoll einführte. Denn die entsprechenden Zolleinnahmen können nicht den Mitgliedstaaten allein zugewiesen werden, die über die attraktivsten Häfen und Flughäfen oder Landverbindungen verfügen. Aus diesen gemeinsamen Einnahmen werden insbesondere auch Mitgliedstaaten bei Projekten unterstützt, die wirtschaftlich nicht in besonderer Weise vom gemeinsamen Binnenmarkt profitieren. So kann die EU auch in Bereichen Win-Win-Situationen kreieren, in denen die Wirtschaft eines Mitgliedstaates nicht ausreichend vom wettbewerblichen Konzept der möglichst freien Allokation der Produktivkräfte unter den Grundfreiheiten profitieren kann. Gemeinsame Zahlungen sind Teil des Fundamentes für den wettbewerblich intern extrem offenen Binnenmarkt der EU. Dieses Konzept ist im EWR-Abkommen übernommen worden. Die EWR-/EFTA-Staaten partizipieren am Binnenmarkt der EU und zahlen (dafür) einen Beitrag an einen gemeinsamen Finanzierungsmechanismus.³⁶

Die Schweiz partizipiert über die bilateralen Marktzugangsabkommen am Binnenmarkt der EU und dem gesamten EWR. Jedoch sind in den Bilateralen Abkommen anders als im EWR-Abkommen keine kontinuierlichen Zahlungen an einen gemeinsamen Finanzierungsmechanismus vorgesehen. Wenn die EU nun von der Schweiz in zeitlichen Abständen die sog. Kohäsionsmilliarde fordert, entspricht dies der inneren Logik ihres Binnenmarktes und des EWR-Abkommens. Sie hat diese Forderungen aber nicht in den Bilateralen Abkommen festgeschrieben. Völkerrechtlich ist die Schweiz also nicht zu ständigen Zahlungen verpflichtet. Das eröffnet der Schweiz jedes Mal die Möglichkeit, die Zahlungen mit politischen Forderungen zu verknüpfen. Darin liegt wiederum ein politischer Vorteil für die Schweiz gegenüber dem EWR-Abkommen. Aus Sicht der Schweiz ist es konsequent, wenn zur Besänftigung der EU nach der Ablehnung des InstA angeboten wird, die Kohäsionszahlungen ohne weitere politische Forderungen zu leisten.³⁷ Aus Sicht der EU ist das aber kein grosses Entgegenkommen, weil die EU davon ausgeht, dass diese Zahlungen politisch der Preis für die laufende Teilnahme am EWR bzw. EU-Binnenmarkt ist. Dies ist ein interessantes Beispiel dafür, dass das gegenseitige Verständnis der beiden Vertragsparteien noch ausbaufähig ist.

In der Gesamtsicht hat das Konzept der Bilateralen Abkommen für die Schweiz eine Reihe von Vorteilen, die sie bei einem Beitritt zum EWR-Abkommen nicht

³⁶ Art. 115 ff. EWR-Abkommen (Fn. 16).

³⁷ Ambühl Michael/Scherer Daniela S., Gutachten 2021 (Fn. 10), ii.

hätte. Das erklärt, warum eine – wenn auch wenig homogene – politische Mehrheit in der Schweiz wenig Interesse hat, das Konzept der Bilateralen Abkommen, inklusive des wenig effizienten Streitbeilegungsmechanismus, zu ändern.

III. Unzufriedenheit der EU mit den Bilateralen Abkommen

Vereinfacht kann man sagen, dass die EU heute spiegelbildlich zur Schweiz mit den Vorteilen der Bilateralen Abkommen I für die Schweiz im Vergleich zum EWR-Abkommen gerade nicht zufrieden ist. Wie hat es aber dazu kommen können? Ursächlich ist eine gravierende Fehleinschätzung der EU nach dem gescheiterten Beitritt zum EWR. Man ging damals in Brüssel davon aus, dass die Abstimmungsniederlage ein „Betriebsunfall“ gewesen sei. Aus EU-Sicht war das insofern verständlich, als die EU auf alle anderen europäischen Staaten eine grosse politische Sogwirkung ausgeübt hat.³⁸ Insofern war man bereit, der Schweiz nach dem negativen Referendum zum EWR-Beitritt von 1992 eine relativ grosszügige Übergangsregelung anzubieten. Diese führte aber dazu, dass die Schweizer Wirtschaft nach einer kurzen wirtschaftlichen „Delle“ am Wirtschaftswachstum in Europa partizipieren konnte. Zudem wurde weltweit die wirtschaftliche Zusammenarbeit intensiviert, Handelsbeschränkungen wurden reduziert. Zwar konnte die EU über eine erfolgreiche Wirtschaft ihre Output-Legitimation aufrechterhalten, doch wurde der Beitritt für wohlhabende Staaten nicht mehr so interessant, weil sie von der weltweiten wirtschaftlichen Kooperation profitieren konnten, ohne den Preis geringerer Souveränität für einen Beitritt zur EU zahlen zu müssen. So hatte Island einen EU-Beitritt erwogen, als es zur Bankenkrise kam, diesen Gedanken aber wieder aufgegeben, sobald es sich von der Krise erholt hatte.³⁹ Dann kam mit der Finanz- und Wirtschaftskrise nicht nur ein Einbruch bei der wirtschaftlichen Output-Legitimation der EU, sondern zudem wurde deutlich, dass EU-Mitgliedstaaten kaum mehr zu unilateralen Schutzmassnahmen greifen konnten.

Vorläufiger Höhepunkt dieser Entwicklung ist der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU, der sog. Brexit. Ein britisches Ziel dabei war eine Rückgewinnung an Souveränität für unilaterale Massnahmen bei gleichzeitiger Partizipation an der weltweiten wirtschaftlichen Kooperation. Jedoch ist der Brexit für das Vereinigte Königreich eine besondere Herausforderung geworden. Zum einen ist der Bevölkerung erst nach erfolgtem Austritt klarer ge-

³⁸ Das zeigte sich insbesondere in den Erweiterungsrounds und neuen Assoziierungsabkommen seit 1992.

³⁹ Island hatte seinen EU-Beitrittsantrag am 17. Juli 2009 eingereicht, die Verhandlungen dann aber 2013 ausgesetzt.

worden, wie viele Vorteile die Mitgliedschaft in der EU gebracht hatte. Zum anderen hatte man nicht ausreichend die Veränderungen im weltweiten Massstab realisiert. So haben die USA bereits unter der Trump-Administration die multilaterale wirtschaftliche Zusammenarbeit auf den Prüfstein gestellt und eher eine bilaterale Kooperation präferiert, in der die USA ihre wirtschaftliche Überlegenheit stärker ausspielen kann. Es ist eine Ironie des Schicksals, dass ausgerechnet die konfrontative Haltung der Trump-Administration den EU-Mitgliedstaaten die Vorteile ihrer Mitgliedschaft vor Augen geführt hat.

Für die EU ist der Brexit ein nicht zu überschätzender Wendepunkt gewesen. Der Glaube an die eigene (wirtschaftliche) Attraktivität ist tief erschüttert worden. Damit ist aber der EU klar geworden, dass die Mitgliedschaft in der EU deutlich messbare Vorteile bringen muss, welche Drittstaaten, auch wenn sie sich mit der EU assoziieren, nicht gewährt werden. Daher muss die EU im Grunde aus zwei Fehleinschätzungen lernen, dass sie Drittstaaten nicht zu weit entgegenkommen kann. Das fördert nicht gerade die derzeitige Verhandlungsposition der Schweiz.

Hinzutritt jüngst die durch den russischen Angriff auf die Ukraine ausgelöste Krise. Sie lässt zum einen den Ruf nach stärkerer militärischer Kooperation in Europa lauter werden. Zum anderen fördert sie den Zusammenhalt der EU-Mitgliedstaaten und fordert sie heraus, die Abhängigkeit von russischen Gas- und Erdöllieferungen zu beenden. Welche Lösung auch immer die EU finden wird, sie wird Auswirkungen auf die Gasversorgung der Schweiz haben. Damit wird der Abschluss eines bilateralen Energieabkommens für die Schweiz (noch) interessanter. Je grösser aber ein politisches Interesse der Schweiz in einem Politikbereich wird, desto stärker wird die Verhandlungsposition der EU bei Forderungen nach einem institutionellen Abkommen als politische Voraussetzung.

Vor diesem Hintergrund ist die EU bestrebt, im institutionellen Abkommen eine Lösung für die Streitbeilegung zu finden und zugleich einen Rahmen für zukünftige Marktzugangsabkommen aufzustellen. Gleichzeitig verfolgt sie aber auch materielle Ziele, wie die Einführung eines grundsätzlichen Beihilfenverbotes und einer Beihilfenkontrolle wie in der EU, insbesondere weil die Energieversorgungsunternehmen in der EU bei einer Markttöffnung „gleiche Spiesse“ wie für jene Unternehmen in der Schweiz fordern. Ferner steht seit Jahren die Forderung der Europäischen Kommission nach Annahme der Unionsbürgerrichtlinie⁴⁰ durch die Schweiz im Raum. Diese enthält Rechte von Unionsbürgerinnen und -bürgern im EU-Ausland gerade auch jenseits einer wirtschaftlichen Betätigung. Damit ist sie nicht unmittelbar Teil der Regelun-

⁴⁰ S. dazu Bundesrat, Erläuterungen zum institutionellen Abkommen Schweiz-EU, 2019, 13 f.

gen von Marktzugangsabkommen. Das kann die Schweiz für eine Ablehnung der Übernahme anführen. Doch betreffen andere Vorschriften der Richtlinie Vorteile bei Verlust der Erwerbstätigkeit und stärken auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Attraktivität des Aufenthalts im EU-Ausland für Unionsbürgerinnen und -bürger. Auf diesen Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Freizügigkeit beruft sich die Europäische Kommission zur Begründung ihrer Forderung.

IV. Politische Spielräume

Die aktuellen sicherheitspolitischen und energiepolitischen Herausforderungen in Europa sind in Bezug auf die zukünftige Verhandlungsposition mit der EU ambivalent zu beurteilen. Zum einen zeigen sie der Schweiz wie anderen Staaten Vorteile einer stärkeren Zusammenarbeit auf. Das gilt aber auch für die EU in ihrem Verhältnis zur Schweiz. Zudem kann der Gesamtdruck dazu führen, dass Verhandlungspositionen nicht einseitig ausgereizt werden, sondern dass das gemeinsame Ziel Zugeständnisse auf beiden Seiten ermöglicht. So kann die derzeitige Situation auch positiv für eine Verhandlungslösung gesehen werden. Allerdings gibt es wenig Anzeichen dafür, dass der politische Druck auf die EU ausreicht, der Schweiz auch ohne einen institutionellen Rahmen entgegenzukommen.

Lässt man die Geschichte der Bilateralen Abkommen Revue passieren, so fallen Umstände auf, die Anhaltspunkte für ein erfolgreiches Vorgehen bieten können. Die Referenden über die Kohäsionsmilliarde von 2006 und über die Abkommen zur Ausweitung des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens sind an der Urne nicht erfolgreich gewesen. Ebenfalls hatte die Umsetzung der EU-Waffenrichtlinie im Schweizer Waffenrecht in der Abstimmung vor dem Stimmvolk 2019 Bestand.

Demgegenüber ist der EWR-Beitritt vom Stimmvolk 1992 abgelehnt worden. Auch die Ausschaffungs-Initiative hatte 2010 Erfolg, obwohl sie der EMRK und dem Freizügigkeitsabkommen widerspricht, wenn sie auch wegen geringfügiger Delikte eine Ausschaffung vorsieht, die zur Trennung von Familien führen kann. Die Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“, die nicht den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens entspricht, hatte 2014 ebenfalls Erfolg. Demgegenüber wurde die sog. Fremdbestimmungsinitiative 2018 vom Stimmvolk abgelehnt. Sie hatte inhaltlich keinen direkten materiellen Bezug zu konkreten Sektoren.

Ein Erklärungsgrund für das Stimmverhalten in diesen Fällen ist sicher situationsgebunden: Wie gross war die Zuwanderung und wie spürbar wurden ihre Folgen wahrgenommen, wie waren die politischen Gesamtsituationen in Be-

zug auf die Erforderlichkeit einer Zusammenarbeit in Europa? Insofern wäre es förderlich, nicht eine bestimmte Zahl von Jahren zu warten, sondern auf einen Moment zu warten, in dem die Vorteile einer engeren Zusammenarbeit für mehr Teile der Bevölkerung sichtbar werden. Hinzu tritt eine Erkenntnis aus dem Schicksal kantonaler Energiegesetze sowie der Initiativen in der Schweiz für mehr Umweltschutz in den letzten Jahren. Immer wenn der Vorlagentext Bestimmungen enthält, deren Weite vom Stimmvolk nicht absehbar ist und die durchaus zu gravierenden, kostenträchtigen Eingriffen führen könnten, steigt die Wahrscheinlichkeit einer Ablehnung. Sind die Nachteile aber überschaubar und begrenzt, dann können sie von den Vorteilen auch an der Urne überwogen werden. Der Bundesrat und die Europäische Kommission können noch so erfolgreich miteinander verhandeln, am Ende kann das Ergebnis einem politischen Test durch ein fakultatives Referendum unterzogen werden.⁴¹ Daher lohnt es sich zu untersuchen, wie voraussehbar die möglichen Konsequenzen des InstA gewesen sind. Für einen alternativen Vorschlag zur Neuausrichtung folgt daraus, das InstA möglichst von unübersichtlichen Folgen zu bereinigen, es auf ein Rahmenabkommen zu begrenzen, dass es ermöglicht, politisch umstrittene Fragen in materielle Abkommen, die Marktzugangsabkommen, zu verlagern. Das würde es dem Stimmvolk erleichtern, in den möglichen Referenden die wahrgenommenen Nachteile mit den materiellen Vorteilen der konkreten materiellen Abkommen abzuwägen.

B. Alternative Lösungsvorschläge

In der politischen Diskussion sind verschiedene Alternativen zur Sprache gekommen. Ganz Verwegene bringen einen Beitritt zur EU ins Spiel.⁴² Andere sehen die Schweiz besser im EWR aufgehoben und plädieren für einen Beitritt.⁴³ Die Chancen dieser Alternativen, ein Referendum zu überstehen, dürften gering sein. Denn im gegnerischen Lager würden sich die Gegner jeder stärkeren internationalen Zusammenarbeit mit jenen vereinen, deren Interessen unter den bestehenden Bilateralen Abkommen mit ihren „massgeschneiderten“ Inhalten besser vertreten worden sind.

⁴¹ Art. 141 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

⁴² SP Schweiz, Medienmitteilung vom 26. Mai 2021, Für eine Europapolitik mit Perspektive, abrufbar unter <<https://www.sp-ps.ch/de/publikationen/medienmitteilungen/fuer-eine-europapolitik-mit-perspektive>>.

⁴³ „Nach Ende des Rahmenabkommens: Bundesrat muss EWR-Beitritt prüfen“, Tagblatt online vom 8. März 2022.

Begrenzt auf die Streitbeilegung wurde auch eine Teilnahme der Schweiz am EFTA-Gerichtshof und an der EFTA-Überwachungsbehörde vorgeschlagen.⁴⁴ Die Vorteile dieses Vorschlags liegen darin, dass die Schweiz so politisch die Zuständigkeit des integrationsfreundlichen EuGHs abwehren könnte. Allerdings ist der EFTA-Gerichtshof mit seinem Ziel einer homogenen Auslegung des EWR-Rechts nicht gerade integrationsskeptisch aufgetreten.⁴⁵ Zudem stellt sich die Frage, warum die Schweiz die Zuständigkeit von Richtern für ein Abkommen mit der EU anerkennen sollte, die weder von der Schweiz noch von der EU nominiert worden sind. Das wären dann in der Tat „fremde“ Richter. Demgegenüber ist der Regelfall im Völkerrecht, dass man Richter aus anderen Staaten nur auf Basis der Gegenseitigkeit anerkennt, d.h. dass die anderen Staaten auch den vom eigenen Staat ernannten Richtern Entscheidungsbefugnisse mit Auswirkungen auf ihr Hoheitsgebiet einräumen. Grösseren Sinn macht dieser Ansatz nur, wenn dieses Spannungsverhältnis in einem späteren Beitritt zum EWR aufgelöst würde.

Angesichts politisch wenig überzeugender Alternativen soll der Entwurf des InstA nachfolgend kritisch untersucht werden, um einen weiteren Lösungsvorschlag zu erarbeiten. Als Massstab für Auswirkungen dient dabei das Freizügigkeitsabkommen mit der EU.

C. Das Freizügigkeitsabkommen als Blaupause für bilaterale Marktzugangsabkommen

Das Freizügigkeitsabkommen von 1999 enthält insbesondere Rechte für Arbeitnehmer, Selbständige im Hinblick auf Dienstleistungen und Niederlassung, sowie auch für Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Das Abkommen soll in seinen strukturellen Unterschieden kurz erläutert werden, damit an ihm anschliessend die Bedeutung des InstA dargelegt werden kann. Strukturell gliedert sich das Abkommen in den eigentlichen Abkommenstext, der Grundbestimmungen sowie allgemeine Bestimmungen und Schlussbestimmungen enthält. Hinzutreten die Anhänge I-III. Hintergrund dieser Differenzierung ist der Umstand, dass die Anhänge II und III vereinfacht geändert werden können.⁴⁶

Die Grundbestimmungen listen alle im Abkommen und den Anhängen gewährten Rechte auf. Dabei besteht die Besonderheit, dass diese jeweils nur

⁴⁴ Baudenbacher Carl, Zur Europapolitik der Schweiz: Die EFTA könnte ein Ausweg sein, Tagblatt online vom 29.März 2021.

⁴⁵ S. etwa EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 13. Mai 2020 in der Rechtssache E-4/19 – Campbell.

⁴⁶ Vgl. Art. 18 FZA (Fn. 14).

in dem Rahmen gewährt werden, wie es in den Anhängen I-III vorgesehen ist.⁴⁷ Folglich enthält das eigentliche Abkommen keine unmittelbar anwendbaren Rechte des Einzelnen. Der zweite Teil des eigentlichen Abkommens enthält insbesondere Regelungen für Übergangszeiten, wie die sog. Ventilklausel, und die Vorschriften für eine Änderung des Abkommens und die Streitbeilegung. Für die Streitbeilegung gelten die oben beschriebenen (siehe oben, [A.II.3.](#)) Grundzüge in den Bilateralen Abkommen.

Materiell sind die Anhänge I-III von besonderem Interesse. Die Anhänge II und III enthalten zu verschiedenen Themenbereichen diejenigen EU-Sekundärrechtsakte, die die Schweiz übernimmt, d.h. deren Inhalt sie durch parallele Rechtsetzung in der Schweiz mit dem Ziel einer Gleichheit im Ergebnis nachvollzieht. Demgegenüber sind in Anhang I die konkreten Freizügigkeitsrechte der Einzelnen aufgeführt. Diese Vorschriften sind genau, unbedingt und daher unmittelbar anwendbar.⁴⁸ Dabei werden aber die EU-Vorschriften nicht eins zu eins übernommen. Teilweise unterscheiden sich der Wortlaut, der Umfang oder die möglichen Ausnahmen. Im InstA wird in der Präambel ausdrücklich festgestellt, dass die Rechte und Pflichten nach den Bilateralen Abkommen nur in „mancher Hinsicht jenen innerhalb der Europäischen Union entsprechen“.⁴⁹

Der Überblick über das FZA zeigt, dass sich sogar innerhalb eines bilateralen Marktzugangsabkommens die Bandbreite der Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der EU widerspiegeln kann. Selbst in einem sektoriell begrenzten Themengebiet gibt es zum einen Bereiche, in denen dieselben Vorschriften – im Ergebnis – für anwendbar erklärt werden, und zum anderen solche, in denen nur eine Gleichheit angestrebt wird, die sich in Bezug auf den Abweichungsgrad vom EU-Recht inhaltlich von der im EWR-Abkommen angestrebten Homogenität unterscheiden kann.⁵⁰

⁴⁷ Vgl. Art. 3 ff. FZA (Fn. 14).

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2010 in der Rechtssache C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 – Hengartner, Rz 30 ff.

⁴⁹ 2. Begründungserwägung InstA.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2010 in der Rechtssache C-70/09, ECLI:EU:C:2010:430 – Hengartner, Rz 41 ff.

D. Die wichtigsten Regelungen des InstA

I. Anwendungsbereich und materiell-rechtliche Regelungen

1. Marktzugangsabkommen

Der Anwendungsbereich des InstA ist auf Marktzugangsabkommen beschränkt. Es geht also um solche Abkommen, die die Partizipation der Schweiz am Binnenmarkt in der EU und des EWR betreffen. Art. 2 Abs. 1 InstA differenziert zwischen den bestehenden und den künftigen Marktzugangsabkommen. Die Bestehenden werden dann in Art. 2 Abs. 2 InstA aufgeführt. Hier ist zweierlei bedeutsam. Erstens zählt auch das FZA ausdrücklich zu den Marktzugangsabkommen, obwohl es auch (wenige) Vorschriften für die Freizügigkeit von Nichterwerbstätigen enthält, d.h. ohne einen unmittelbaren Bezug zum Binnenmarkt. Zweitens fragt sich, warum das FZA nicht aufgeführt worden ist. Thematisch betrifft es den freien Warenverkehr und damit den Marktzugang. Ferner zeigt der Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 29 FZA im Rahmen des InstA zur Anwendung der Beihilfenvorschriften, dass das FZA verfahrensrechtlich miteinbezogen wird. Auch ist eine Modernisierung des FZA im InstA in Bezug auf den Marktzugang thematisiert worden.⁵¹ Die Lösung ist demnach, dass das FZA derzeit noch kein Marktzugangsabkommen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 InstA-E ist, es aber nach einer Modernisierung als „künftiges“ Marktzugangsabkommen in den Anwendungsbereich fallen könnte. Das hätte Folgen für die Anwendung der Beihilferegelungen.

2. Beihilferegelungen

Im Kapitel 2 übernimmt das InstA im Wesentlichen die primärrechtlichen Beihilferegelungen der EU. Art. 8A Abs. 2 lit a) InstA enthält das grundsätzliche Verbot von Beihilfen, während in Art. 8A Abs. 2 lit. b) und c) InstA Beihilfen aufgeführt werden, die mit dem Funktionieren des Binnenmarktes vereinbar sind, bzw. für vereinbar erklärt werden können. Der Umfang entspricht demjenigen

⁵¹ Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen im InstA.

unter Art. 107 AEUV. In der Schweizer Literatur wird den Beihilferegelnungen des InstA nur wenig Sprengkraft attestiert,⁵² obgleich das EU-Beihilfenrecht insgesamt gesehen deutlich strenger ist als jenes der Schweiz.⁵³

Es ist darauf hinzuweisen, dass das grundsätzliche Beihilfenverbot in der EU einen sehr weiten Anwendungsbereich hat, der den Mitgliedstaaten keineswegs von Anfang an klar gewesen ist. Zum Beispiel hat sich Deutschland letztlich erfolglos jahrelang dagegen gewehrt, dass die Gewährträgerhaftung der Kommunen für „ihre“ Sparkassen den Tatbestand der Beihilfe erfüllt.⁵⁴ Ferner werden staatliche Eigenkapitalbeteiligungen an privaten Unternehmen erfasst⁵⁵ sowie auch Kapitalzuführungen an öffentliche Unternehmen oder das Verhalten des Staates im Insolvenzverfahren. Es liegt nahe, dass bei Übernahme der Vorschriften auch der Schweiz ein entsprechender Erkenntnisprozess wie in den EU-Mitgliedstaaten bevorstehen wird.

Nun wird in den Erläuterungen zum InstA zu Recht darauf hingewiesen, dass die materiellen Beihilferegelnungen in der EU nach der Rechtsprechung des EuGHs wegen der Ausnahmemöglichkeiten nicht unmittelbar anwendbar sind.⁵⁶ Damit wird aber mitnichten die Problematik für die Bilateralen Abkommen reduziert. Erstens sollte beim Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens, auf das das InstA zielt, zentral sein, ob man die vereinbarten Regeln einhalten kann und will. Ob man bei einer Nichteinhaltung vor Gericht verklagt werden kann, ist zwar bedeutsam für die Frage, wie effektiv Rechtsschutz gewährt werden kann, nicht aber für die grundsätzliche Einhaltung des Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Zweitens stellt das InstA einen Streitbeilegungsmechanismus zur Verfügung. Danach können beide Vertragsparteien bei Streitigkeiten über die Anwendung des Abkommens jede für sich das Schiedsgericht anrufen.⁵⁷ Es ist nicht ersichtlich, dass Streitigkeiten über die Reichweite des Beihilfeverbotes davon ausgenommen wären.

⁵² Tobler Christa (Fn. 11), 12.

⁵³ Seitz, Claudia/Berné, André S., Das Beihilferecht und die Schweiz. Neuere Entwicklungen unter Berücksichtigung des Entwurfs des institutionellen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU, in: Schweizer Jahrbuch für Europarecht, 2018/2019, 413 (453) weisen darauf hin, dass die Europäische Kommission das Beihilferecht als „Integrationswerkzeug“ nutzen wird.

⁵⁴ Schreiben der Europäischen Kommission vom 8. Mai 2001 an die Bundesrepublik Deutschland, Staatliche Beihilfe Nr. E 10/2000 – Deutschland, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung.

⁵⁵ Kühling, Jürgen, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 107 Rz 33.

⁵⁶ Bundesrat, Erläuterungen (Fn. 40), 10.

⁵⁷ Art. 10 Abs. 3 InstA.

Drittens ist es von erheblicher Bedeutung, dass das InstA auch die verfahrensrechtlichen Vorschriften des AEU-Vertrages zur Kontrolle von Beihilfen übernimmt.⁵⁸ Danach dürfen neue Beihilfen nur ausgezahlt werden, wenn sie vorher einer zuständigen unabhängigen Behörde – in der EU die Europäische Kommission, in der Schweiz ist die Behörde noch zu bestimmen – notifiziert und von dieser genehmigt worden sind. Diese Verfahrensregelung hat gravierende Folgen, die einer materiellen Regelung gleichkommen. Die nicht notifizierten Beihilfen sind zurückzufordern und zwar inklusive Zinsen.⁵⁹ Das hat in der EU für manchen Mitgliedstaat zu ungeahnten Überraschungen geführt, wenn er nach dem EU-Beitritt weiterhin Zuschüsse gewährt hatte, deren Beihilfenqualität ihm nicht bewusst gewesen war. Dann standen Rück- und mitunter hohe Zinsforderungen an. Im InstA gilt das Beihilfeverbot für alle Beihilfen, die Notifizierungspflicht hingegen für „geplante Beihilfen“ und „einzelne Beihilfenvorhaben“.⁶⁰ Das dürfte im Wesentlichen den „neuen“ Beihilfen im AEU-Vertrag entsprechen. Und diesbezüglich hat der EuGH entschieden, dass die Notifizierungspflicht und ihre Rechtsfolgen unmittelbar anwendbar sind, also vor Gericht eingeklagt werden können.⁶¹ Zusätzlich hat der EuGH festgestellt, dass das betroffene Unternehmen keinen Vertrauensschutz gegenüber späten Rückforderungen geltend machen kann, wenn es sich nicht selbst vergewissert hat, dass der betreffende Mitgliedstaat die Beihilfe notifiziert hat.⁶² Diese Einführung in die Beihilfeproblematik zeigt zum einen, dass die damit eingegangenen Verpflichtungen nicht auf die leichte Schulter genommen werden sollten. Ferner ist die Schweiz der EU in diesem Bereich im InstA beträchtlich entgegengekommen. Damit wäre dieser Bereich in weiteren Verhandlungen ein Argument, das die EU zu Nachverhandlungen bewegen könnte.

Ansichts dieser möglichen zukünftigen Rechtslage ist der sektorielle Anwendungsbereich der Beihilferegulungen im InstA von besonderem Interesse. Im InstA ist die Anwendung des Kapitels über die Beihilferegulungen als Default-Einstellung vorgesehen. Denn nach Art. 8A Abs. 2 lit. a) InstA greift das dort enthaltene Verbot der Beihilfen, „soweit in den Abkommen nach Absatz 1

⁵⁸ Art. 8B InstA.

⁵⁹ Art. 16 Abs. 2 Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl L 248 vom 24. September 2015, 9.

⁶⁰ Art. 8B Abs. 3 InstA.

⁶¹ EuGH, Rs. 120/73, Slg. 1973, 1471, Rn. 8 – Lorenz.

⁶² EuGH, Urteil vom 20. März 1997 in der Rechtssache C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163 – Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH, Rz 25 ff.

nicht etwas anderes bestimmt ist“. Werden also in künftigen Marktzugangsbestimmungen die Beihilferegelungen nicht ausdrücklich thematisiert, würden sie über das InstA dennoch gelten.

Nun werden in jenem Absatz 1 neben dem Luftverkehrsabkommen, das bereits eine eigenständige Regelung über Beihilfen in diesem Sektor aufweist, nur die „künftigen“ Marktzugangsabkommen nach Art. 2 Abs. 1 InstA erwähnt,⁶³ denen die Beihilfenvorschriften als „Rahmen“ dienen sollen.⁶⁴ Damit stellt sich die Frage, ob die bestehenden Marktzugangsabkommen nach Art. 2 Abs. 2 InstA auch zu künftigen Marktzugangsabkommen werden können. Dass die Beihilferegelungen ausdrücklich in Art. 8A Abs. 1 InstA auf das Luftverkehrsabkommen bezogen werden, könnte dafür sprechen, dass bestehende Marktzugangsabkommen nicht völlig von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen sein sollen. Ferner legt der Vergleich mit dem FZA nahe, dass ein bestehendes bilaterales Abkommen nach erfolgter Modernisierung zu einem „künftigen“ Marktzugangsabkommen werden kann. Dann würde auch für andere bestehende Marktzugangsabkommen nach einer erfolgten Modernisierung das Beihilfenregime des InstA selbst ohne ausdrücklichen Verweis gelten. Das kann zwar in etwaigen Modernisierungsverhandlungen berücksichtigt werden, doch wäre verhandlungstechnisch die Ausklammerung der Beihilfefragen bereits ein Anliegen, das die Schweiz dann einbringen müsste.

3. Weitere Regelungen im InstA mit materiellen Folgen

Das InstA enthält mit der Akzeptanz einer viertägigen Voranmeldefrist bei Dienstleistungen in der Schweiz eine Regelung, die sektoriell das FZA betrifft. Es handelt sich formal um eine verfahrensrechtliche Bestimmung, die aber wirtschaftlich von erheblicher Bedeutung ist. Denn die Erbringung einer Dienstleistung eines EU-Unternehmens in der Schweiz geht immer mit dieser Einschränkung einher, gegebenenfalls auch bei laufenden Serviceleistungen. Die Einigung auf eine Vier-Tages-Frist wird als Zugeständnis der EU in Bezug auf die sog. flankierenden Massnahmen in der Schweiz angesehen. Aus Schweizer Sicht wird damit zwar nicht der Schutz vor Lohndumping im gleichen zeitlichen Umfang wie bisher gewährleistet, doch dürfte in dieser Frist ein im Wesentlichen vergleichbarer Schutzstandard realisierbar erscheinen.

Eine umstrittene materielle Frage war die mögliche Einbeziehung der sog. Unionsbürger-Richtlinie (UBRL) über das InstA. Seit Jahren verlangt die Europäische Kommission von der Schweiz, die UBRL in das FZA einzubeziehen.

⁶³ Art. 8A 1. Spiegelstrich InstA-E.

⁶⁴ Art. 8A 2. Spiegelstrich InstA-E.

Materiell ist in Fachkreisen unbestritten, dass die UBRL Vorschriften sowohl mit Bezug zur Freizügigkeit aus wirtschaftlichen Gründen als auch ohne solche enthält. Daher ist ihre Einbeziehung rechtlich umstritten zwischen den Vertragsparteien.⁶⁵ Politisch ist ihre Einbeziehung heikel, weil der historische Überblick gezeigt hat, dass sich in Fragen der Zuwanderung eher Mehrheiten in Referenden gegen eine verstärkte Zusammenarbeit mit der EU bilden als in anderen Bereichen. Das Fortbestehen solcher Vorbehalte im Schweizer Stimmvolk scheint der Europäischen Kommission in seinen Konsequenzen nicht immer klar zu sein. Da die UBRL im InstA nicht ausdrücklich angesprochen wird, ist entscheidend, ob das InstA implizit eine Pflicht zur Übernahme enthält. Diese Frage wird nachfolgend im Rahmen der Modifizierung der dynamischen Weiterentwicklung durch das InstA thematisiert.

Im Hinblick auf wiederkehrende Finanzbeiträge der Schweiz enthält das InstA eine Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zur Kohäsion, in der die Schweiz die Finanzierung von Projekten und Programmen zusagt. Damit würde die Schweiz einen den EWR-/EFTA-Staaten vergleichbaren Beitrag für die Partizipation am gemeinsamen Binnenmarkt mit dem EWR verbindlich leisten.

II. Dynamische Rechtsentwicklung

1. Einheitliche Auslegung

Bei der dynamischen Rechtsentwicklung ist wiederum zu differenzieren zwischen der Aktualisierung durch Auslegung oder durch rechtsetzende Ergänzungen der Abkommen. Die Auslegung im Rahmen der Rechtsanwendung erfolgt grundsätzlich weiterhin nach dem Zwei-Säulen-Prinzip in der Schweiz durch Schweizer Behörden, insbesondere durch das Bundesgericht. Gemäss Art. 1 Abs. 1 InstA ist ein Hauptziel des Abkommens die Gewährleistung grösserer Rechtssicherheit. Zu diesem Zweck sollen nach Art. 1 Abs. 3 InstA insbesondere das InstA selbst, die betroffenen Marktzugangsabkommen sowie die Rechtsakte der EU, die darin erwähnt werden, einheitlich ausgelegt werden. Art. 5 Abs. 1 InstA stellt dementsprechend die Gewährleistung von Rechtssicherheit und Homogenität besonders heraus. Letzterer Begriff der Homogenität knüpft an den Massstab des EWR-Abkommens für den Grad der Einheitlichkeit der Auslegung an.⁶⁶ Damit enthält das InstA im Hinblick auf die Auslegung – und damit auch auf die materiellen Inhalte der betroffenen

⁶⁵ S. dazu den Überblick bei Tobler Christa (Fn. 11), 19 ff.

⁶⁶ Art. 105 EWR-Abkommen (Fn. 16).

Marktzugangsabkommen – eine Weiterentwicklung in Richtung stärkere Vereinheitlichung des Rechts im Binnenmarkt der Bilateralen Abkommen, des Unionsrechts und des EWR-Rechts.

Zu diesem Zweck wird auch die bisherige zeitliche Begrenzung der Auslegungsregel in den bilateralen Marktzugangsabkommen geändert. Bisher gilt eine Bindung bei der Verwendung von Begriffen des Unionsrechts in den Abkommen an die bis zur Unterzeichnung der Abkommen vorliegende Rechtsprechung des EuGH.⁶⁷ Nunmehr soll die Rechtsprechung des EuGH auch nach der Unterzeichnung der betroffenen Abkommen massgeblich sein.⁶⁸ Zu den „betroffenen“ Abkommen zählt Art. 2 Abs. 2 InstA auch die bereits bestehenden Marktzugangsabkommen. Grundsätzlich ist diese Regelung vor dem Hintergrund des Zieles einer stärkeren Zusammenarbeit in einem gemeinsamen Binnenmarkt sinnvoll. Sie erscheint sinnvoll, wenn man in den betroffenen Abkommen Rechtsakte der Union als im Ergebnis zu erreichendes massgebliches Ziel für beide Vertragsparteien vorgibt. Denn das würde durch eine einheitliche Auslegung stark gefördert werden. Es ist festzuhalten, dass die Schweiz mit dieser Regelung der EU deutlich entgegengekommen ist. Denn selbst im EWR-Abkommen besteht keine Bindung an die Auslegung des EuGH nach Unterzeichnung des Abkommens bzw. Übernahme einzelner Rechtsakte der Union. Vielmehr hat dort der EFTA-Gerichtshof – und formal auch der EuGH – die Aufgabe, die Homogenität des gemeinsamen EWR-Binnenmarktes durch eine Rechtsprechung zu gewährleisten, die nicht in jedem Fall identische Rechtsauslegungen verlangt, aber doch eine möglichst gleiche. Zwar weist der Bundesrat in den Erläuterungen zutreffend darauf hin, dass nach dem EuGH bei der Auslegung des FZA und des Luftverkehrsabkommens bei der Auslegung „ein besonderer Zweck des fraglichen Abkommens“ zu berücksichtigen ist. Allerdings galt das zur bisherigen Rechtslage, die gerade noch keine Bindung an die Auslegung des EuGH nach der Unterzeichnung und auch nicht die Vorgabe eines homogenen Wirtschaftsraumes vorsieht.

Darüber hinaus wird aber der Grundsatz der Auslegung gemäss der Rechtsprechung des EuGH nicht nur auf Begriffe des Unionsrechts angewendet, sondern auch auf Situationen, in denen die Anwendung der Rechtsregeln unionsrechtliche Begriffe „impliziert“.⁶⁹ Die Bedeutung dieses Begriffes wird nicht näher erläutert. In den Erläuterungen des Bundesrates zum InstA wird von „tangiert“ gesprochen. Dieser Begriff ist in den Bilateralen Abkommen und im Unionsrecht bislang nicht verwendet worden. In der EMRK bedeutet er bei

⁶⁷ Art. 16 Abs. 2 FZA (Fn. 14).

⁶⁸ Art. 4 Abs. 2 InstA.

⁶⁹ Art. 4 Abs. 2 InstA.

Art. 14 EMRK, dass für die Anwendung des Gleichheitssatzes der Schutzbereich eines Freiheitsrechts der EMRK nicht betroffen sein muss, sondern nur „berührt“. Danach wäre eine sehr grosse inhaltliche Nähe ausreichend. Auch hier ist die Schweiz der EU entgegengekommen. Das erscheint umso gravierender, als dies auch Vorschriften umfasst, bei denen die Vertragsparteien gerade keinen gleichen Wortlaut verwendet haben und wohl (bislang) keine gleiche Auslegung in der Sache wollten.

2. Pflicht zur Übernahme neuer Rechtsakte

Wie gezeigt kennt das EWR-Abkommen eine Pflicht zur Übernahme neuer Rechtsakte, deren Nichtbefolgung dazu führen kann, dass die Zusammenarbeit in dem betroffenen Bereich sistiert wird. Solche Pflichten kennen die Bilateralen Abkommen bislang nicht. Wegen ihres Fehlens konnte die Europäische Kommission die Weigerung der Schweiz, die UBRL im Rahmen des FZA zu übernehmen, nicht als Verstoß gegen das Abkommen werten. Das würde sich aber nach Art. 5 Abs. 1 InstA in Zukunft ändern. Denn danach sollen die Rechtsakte der EU, die im Bereich eines betroffenen Abkommens erlassen werden, „so rasch wie möglich“ in dieses Abkommen integriert, d.h. aufgenommen werden. Der Wortlaut entspricht jenem im EWR-Abkommen. Auch die Erläuterungen des Bundesrates erkennen an, dass mit dieser Vorschrift eine grundsätzliche Pflicht zur Rechtsübernahme eingeführt würde.⁷⁰ Zwar hängt die endgültige Übernahme immer noch davon ab, dass die innerstaatlichen Zustimmungserfordernisse eingehalten werden. Doch könnte nun die Weigerung der Schweiz, die UBRL zu übernehmen, als ein Verstoß gegen das Abkommen gewertet werden, der den Streitbeilegungsmechanismus des InstA auslösen und die EU zu Ausgleichsmassnahmen ermächtigen könnte. Aus diesem Grund ist die Abklärung der Einordnung der UBRL aus Schweizer Sicht wichtig.

3. Ausgleichsmassnahmen und Guillotine-Klausel

Die bisher geltende Guillotine-Klausel zwischen den Bilateralen Abkommen I wird durch das InstA nicht abgeschafft, aber nicht unbedeutend ergänzt. Neu werden sog. Ausgleichsmassnahmen vorgesehen, „bis hin zur teilweisen oder vollständigen Suspendierung des betroffenen Abkommens“.⁷¹ In der Sache wird damit der flexible Mechanismus des ERW-Abkommens übernommen, der bei

⁷⁰ Bundesrat, Erläuterungen (Fn. 40), 6.

⁷¹ Art. 10 Abs. 6 InstA.

Ausbleiben einer Aktualisierung eine Sistierung der Zusammenarbeit in dem betroffenen Bereich des Abkommens vorsieht. Damit ändert sich das System der Reaktionsmassnahmen in den Bilateralen Abkommen I gravierend.

So sind unter dem InstA alle Streitigkeiten vor den jeweiligen sektoriellen Ausschuss zu bringen und jede Vertragspartei kann bei fehlender Lösung des Konflikts durch den Ausschuss das Schiedsgericht anrufen. Nach dem Schiedsspruch kann die obsiegende Vertragspartei zwar bei fehlender Umsetzung Ausgleichsmassnahmen bis zur Suspendierung ergreifen. Doch wird hier bewusst nicht der Begriff der Kündigung verwendet, sodass formal die Guillotine-Klausel nicht ausgelöst würde. Aber auch materiell geht es um die Suspendierung „des betroffenen Abkommens“ und nicht weiterer Abkommen. Dies entspricht der Regelung im Rahmen des EWR. Fraglich ist, ob damit die Guillotine-Klausel in den Bilateralen Abkommen I damit hinfällig würde. Dafür könnte sprechen, dass im InstA ein weit ausdifferenzierteres Verfahren zur Streitbeilegung bereitgestellt wird, als zuvor. Jedoch setzt die bisherige Guillotine-Klausel für eine Kündigung kein Fehlverhalten der anderen Vertragsseite voraus. Sie behält also jenseits eines konkreten Streitbeilegungsverfahrens eine Bedeutung. Dafür spricht, dass das InstA selbst in Art. 22 eine neue Guillotine-Klausel enthält: Wird das InstA gekündigt, fallen nach sechs Monaten auch alle Abkommen, auf die sich das InstA bezieht, weg.

Im Ansatz verwirklichen solche Guillotine-Klauseln ein Anliegen der EU, nämlich eine zwingende Verbindung zwischen den Abkommen, die Grundfreiheiten des EU-Vertrages betreffen, herzustellen, die im Primärrecht der EU und des EWR ohne Auswahlmöglichkeit vorgegeben wird. Ob die Klausel in der politischen Praxis aber der EU zu einem bedeutenden Vorteil gereicht, ist indes fraglich. Zwar wird in der schweizerischen Literatur ein Verzicht auf die Guillotine-Klausel als Vorteil gewertet.⁷² Doch ist die Guillotine-Klausel quasi die „nukleare Option“, deren Konsequenzen von beiden Seiten zu fürchten sind. Denn es darf nicht übersehen werden, dass sie auch der EU schaden würde und sie daher EU-intern Argumente gerade gegen die Kündigung eines Abkommens der Bilateralen I im Konfliktfall stärken würde.

III. Streitbeilegung

Ist in einem Streitfall das Schiedsgericht angerufen worden, so entscheidet dieses in der Sache durch einen Schiedsspruch.⁷³ Kommt es aber für die Ent-

⁷² Ambühl Michael/Scherer Daniela S., Zum Entwurf des institutionellen Abkommens. Auf der Suche nach einem Interessenausgleich, Jusletter, 4. Februar 2019, 12 f.

⁷³ Art. 10 Abs. 2 InstA.

scheidung auf die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung nach Art. 4 Abs. 2 InstA an, so muss das Schiedsgericht den EuGH anrufen.⁷⁴ Dessen Urteil ist für das Schiedsgericht verbindlich. Dieses Verfahren ähnelt dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV im EU-Recht. Der EuGH entscheidet über die Auslegung der betreffenden Norm, formal bleibt das Schiedsgericht für die Klärung des Streitfalles durch Schiedsspruch zuständig. In den Stellungnahmen zum InstA ist umstritten, ob dem Schiedsgericht ein Ermessen in Bezug auf eine Vorlage zum EuGH zukäme. Baudenbacher weist zutreffend darauf hin, dass im EU-Recht den nationalen Gerichten nahezu kein Ermessen gewährt wird.⁷⁵ Zu gross ist das Interesse der EU und ihrer Mitgliedstaaten, dass in jedem Mitgliedstaat das EU-Recht mit Anwendungsvorrang gewährleistet wird. Jedoch besteht ein Unterschied zum InstA: Im EU-Recht ist Ausgangspunkt eines Vorabentscheidungsverfahrens ein Streit zwischen Einzelnen bzw. Einzelnen und den Mitgliedstaaten. Dagegen geht es in Art. 10 InstA um einen Antrag einer der Vertragsparteien. Dieses Vorgehen enthält deutliche Ansätze eines Vertragsverletzungsverfahrens. Insbesondere fällt das Schiedsgericht keine Entscheidung in Bezug auf einen möglichen Ausgangsfall. Damit enthält das Schiedsgerichtsverfahren im InstA auch Elemente eines Vertragsverletzungsverfahrens. Im EU-Recht hat die Europäische Kommission aber bei entsprechenden Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV gegen Mitgliedstaaten ein Ermessen in Bezug auf die Einleitung des Verfahrens.⁷⁶ Über diesen Vergleich liesse sich ein vergleichbares Ermessen des Schiedsgerichts begründen.

Hinsichtlich der Zuständigkeit des EuGH nach dem InstA eröffnet, wie gezeigt, der noch wenig bestimmte Begriff „impliziert“ in Art. 4 Abs. 2 InstA einen weiten Kompetenzbereich, der in Konkurrenz zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur autoritativen Auslegung steht. Dies sei an zwei Beispielen verdeutlicht. In Bezug auf das FZA wäre die Zuständigkeit des EuGH zur Bestimmung der Auslegung von EU-Rechtsvorschriften, die in den Anhängen II und III genannt werden, zu bejahen, weil diese direkt EU-Vorschriften enthalten. Darüberhinaus wäre der EuGH aber auch für die Auslegung weiterer Teile des Anhangs I FZA zuständig. Denn selbst wenn dort Ausnahmen oder Beschränkungen von Begriffen des EU-Rechts vorgesehen werden, könnte deren Auslegung die Anwendung der Unionsvorschriften „implizieren“. Eine umfassende eigenständige Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Streitentscheidung ist damit nur in wenigen Fällen anzunehmen.⁷⁷

⁷⁴ Art. 10 Abs. 3 InstA.

⁷⁵ Baudenbacher Carl, Rechtsgutachten (Fn. 7), 31 ff.

⁷⁶ EuGH, Rs. 416/85, Slg. 1988, 3127 Rz. 9 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

⁷⁷ Noch enger Baudenbacher Carl, Rechtsgutachten (Fn. 7) 33 f.

Bei der Bewertung ist zu beachten, dass eine Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung grundsätzlich mit der Zielsetzung des InstA und der Vertragsparteien für einen zukünftigen Rahmen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit vereinbar ist, wenn dieser rechtlich homogen sein soll. Werden inhaltlich gleiche Regelungen angestrebt, ist es wenig effektiv, wenn die Auslegung zu divergierenden Inhalten führen könnte. Im EWR-Abkommen ist man jedoch dieses Risiko eingegangen. Es ist insbesondere ein Verdienst des EFTA-Gerichtshofes, dass Abweichungen in der Praxis nahezu ausgeschlossen worden sind. Offenbar wollte die EU unter dem InstA ein solches Risiko mit dem Schiedsgericht nicht eingehen. Das überzeugt jedoch nicht, wenn die Zuständigkeit des EuGH auch für Vorschriften greift, die die Vertragsparteien inhaltlich gerade abweichend vom Inhalt der entsprechenden Vorschriften des EU-Rechts formuliert haben.

Mit dem weiten Ansatz des InstA wird damit die Frage der „fremden Richter“ berührt, die in der politischen Abstimmungspraxis in der Schweiz sehr relevant ist. Aus Sicht der EU-Mitgliedstaaten erscheint eine Unterwerfung der Schweiz unter die Auslegungsentscheidung des EuGH im Sinne „gleicher Spiesse“ geboten. Der EuGH ist ihnen gegenüber eine neutrale Instanz und nicht wie unter den bisherigen Bilateralen Abkommen das Bundesgericht in Fällen, die die Schweiz betreffen, quasi ein „Richter in eigener Sache“. Aus Sicht der Schweiz ist der EuGH aber formal ein Gericht der EU. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Schweiz vor dem EuGH nach Art. 10 Abs. 4 InstA dieselben Rechte in den Verfahren wie die EU-Mitgliedstaaten genießt. Inhaltlich ist der EuGH zudem – in der EU – dem Integrationsauftrag nach Art. 19 EUV verpflichtet. Allerdings ist im InstA gerade vorgesehen, dass die Regelungen in den betroffenen Abkommen möglichst homogen mit dem EU-Recht ausgelegt werden sollen. Unter diesem Ziel erscheint es sinnvoll, wenn die Schweiz die Zuständigkeit des EuGH jedenfalls dann akzeptiert, wenn es um die Ermittlung der Bedeutung der betroffenen Normen des Unionsrechts geht.

Schliesslich fragt sich, ob der EuGH nach Art. 10 InstA auch berufen wäre, über die Aktualisierungspflicht zu entscheiden: ob etwa die UBRL in das FZA aufzunehmen ist. Art. 4 Abs. 2 InstA stellt darauf ab, ob die Anwendung der fraglichen Bestimmungen unionsrechtliche Begriffe „impliziert“. In der Sache geht es um die Pflicht zur Aktualisierung der betroffenen Abkommen gemäss Art. 5 Abs. 1 InstA. Das Ziel der Vorschrift ist die Gewährleistung von Rechtssicherheit und Homogenität. Während ersterer Begriff grosse Bedeutung im Unionsrecht hat, ist der Begriff der Homogenität nicht unionsrechtlichen Ursprungs, sondern stammt aus dem EWR-Abkommen. Das spräche gegen eine Einbeziehung des EuGH bei der Frage der Aktualisierung der Rechtsvorschriften. So ganz eindeutig ist der Befund aber nicht. Denn nach Art. 5 Abs. 1 InstA

geht es darum, die „Gleichwertigkeit“ der jeweiligen Rechtsetzung zu bestätigen, um das angestrebte Ergebnis der „Rechtsakte der Europäischen Union“ sicherzustellen. Es erscheint juristisch nicht ausgeschlossen, in einer weiten Auslegung anzunehmen, dass die Frage der Aktualisierung die Anwendung jener EU-Rechtsakte „implizieren“ würde.

In den Bestimmungen über die Streitbeilegung ist die Schweiz also der EU entgegengekommen. Das entspricht durchaus der Logik des InstA auf der Basis der von beiden Seiten vereinbarten Ziele. Es ist Teil dieser Verhandlungslogik, dass der Schweiz auf dieser Basis seitens der EU dafür noch grösserer Marktzugang in künftigen Marktzugangsabkommen gewährt würde. Ob diese Regelung aber in einem allfälligen Referendum vor dem Votum des Schweizer Stimmvolkes Bestand haben würde, ist indes fraglich. Denn bei einer solchen Abstimmung würden die Vorteile für die Schweiz in künftigen Marktzugangsabstimmungen noch nicht greifbar sein. Zugleich berühren die Neuerungen des InstA bezüglich der Auslegung auch das FZA, welches den innenpolitisch neuralgischen Bereich der Zuwanderung regelt. Damit liegen gleich zwei Elemente vor, die in der Vergangenheit als Gründe für ein Scheitern eines Abkommens an der Urne angesehen werden müssen.

E. Ein möglicher Ausweg aus dem Dilemma: Vive le „InstRA“!

Eine Sistierung weiterer Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen hat – wenig überraschend – bisher keine positive Reaktion der EU hervorgerufen. Es bleibt abzuwarten, mit welchen Stellschrauben die EU den politischen Druck erhöhen wird. Eingangs wurde dargelegt, dass die EU diesbezüglich wenig Spielraum für Zugeständnisse besitzt, da sie sich um die Attraktivität einer EU-Mitgliedschaft im Vergleich zu alternativen Kooperationsformen sorgen muss.

Zudem lässt die derzeitige politische Spannung in Europa angesichts des Angriffskrieges Russlands auf die Ukraine für die nächste Zeit erwarten, dass eine Kooperation unter den anderen Staaten mit der EU – neben der NATO – an Attraktivität gewinnen wird. Denn neben der sicherheitspolitischen Lage wird es in Kürze um die Sicherung der Versorgung mit Energieträgern, insbesondere Gas, in einem Umfeld gehen, indem man auf Importe aus Russland weitgehend verzichten wird. Aus Sicht der EU spricht aktuell einiges dafür gemäss der bisherigen Strategie abzuwarten, bis die Schweiz ein konkretes sehr wichtiges Anliegen zur Zusammenarbeit hat. Dann wird ihr dafür wahrscheinlich die

Quittung in Form von Forderungen nach einer noch stärkeren Zusammenarbeit präsentiert werden. Aus dieser Sicht erscheint es sinnvoll, in der Schweiz auch über Alternativen zu einer Sistierung der Verhandlungen nachzudenken.

Für beide Vertragsparteien hat die gemeinsame Vergangenheit gezeigt, dass Verhandlungen über Abkommen nur sinnvoll sind, wenn das Ergebnis vor dem Schweizer Stimmvolk Bestand haben kann. Zugleich ist es eine gemeinsame Erfahrung, dass dieser Erfolg im Grunde durch den bilateralen Ansatz, d.h. durch einen sektoriellen Ansatz gewährleistet werden kann. Eine Neuverhandlung sollte demnach den sektoriellen Ansatz dort nicht aufgeben, wo ein übergreifender „Homogenitäts“-Ansatz nahezu mit Sicherheit zum politischen Scheitern führen würde. Damit drängt sich folgende Lösungsmöglichkeit auf: Die Idee des institutionellen Abkommens sollte im Sinne der EU nicht aufgegeben werden, aber im Sinne beider Vertragsparteien an einer Annahme in einem Referendum in der Schweiz auf ein institutionelles Rahmenabkommen (InstRA) zurückgeführt werden, das gemäss den Erfahrungen im Prozess der Bilateralen Abkommen erfolgreich in sektoriellen Marktzugangsabkommen konkretisiert werden könnte. Damit könnte dieses InstRA von Regelungen mit politisch wenig übersehbaren Wirkungen bereinigt werden. Es sollte zugleich einen Rahmen mit Optionen vorsehen, der es erlaubt, in einem künftigen Marktzugangsabkommen auch politisch heiklere Optionen für massgeblich zu erklären. Denn in einem solchen sektoriellen Abkommen können die dafür errungenen Vorteile der engeren Zusammenarbeit mit der EU dem Stimmvolk leichter vor Augen geführt werden. Vereinfacht ausgedrückt sollte der institutionelle Rahmen im InstRA vorgegeben, aber in politisch neuralgischen Fragen erst in betreffenden sektoriellen Abkommen konkretisiert werden.

Ausgangspunkt ist das Ziel der Homogenität, das im InstRA – wie im EWR-Abkommen – festzulegen wäre. Während sich aber im EWR-Abkommen Homogenität als Massstab für alle Vorschriften anbietet, setzt sich im InstRA Homogenität aus zwei Elementen zusammen: ein Element sind mit dem EU-Recht identische Regeln – insofern noch strenger als im EWR-Abkommen – und das andere Element sind zu einem gewissen Grad divergierende Regelungen, wie sie den bilateralen Ansatz geprägt haben – insofern lockerer als im EWR-Abkommen. Erstere fänden sich etwa im FZA in den Anhängen II und III; letztere im FZA im Anhang I. Für die Auslegung Ersterer wäre der EuGH im Wege der Vorlagefrage zuständig, für die Auslegung der Letzteren das Schiedsgericht. Das würde nicht die vom EuGH sorgsam gehütete Einheit des EU-Rechts durch die Zuständigkeit eines zweiten Gerichts in Frage stellen. Denn das Schiedsgericht wäre nur dort zuständig, wo die Vertragsparteien gerade keine Begriffe des Unionsrechts verwenden.

Ferner wäre nach dieser Logik eines InstRA im erstgenannten Bereich die Aktualisierungspflicht in der Rechtsetzung sowie die automatische Aktualisierung anhand späterer Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung sinnvoll. Die konkrete Abgrenzung müsste im sektoriellen Abkommen sorgfältig nach Systematik und Wortlaut der Vorschriften erfolgen. Die Abgrenzung zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts müsste im Einzelfall klar erkennbar sein. Das könnte soweit gehen, dass im Fall einer Norm, die einen Unionsbegriff enthält und eine neue Ausnahme davon enthält, der EuGH für die Auslegung des Unionsbegriffes, das Schiedsgericht aber für die Auslegung des Umfangs der Ausnahme zuständig wäre. Nicht hilfreich wäre eine zu vage Abgrenzung der Zuständigkeiten über den Begriff „impliziert“, wie derzeit in Art. 4 Abs. 2 InstA. Dagegen ist für die Bereiche, in denen unionsrechtliche Vorgaben modifiziert werden, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Auslegung vorzusehen. Selbst dann wäre noch das Grundanliegen der EU nach einem effektiven Streitbeilegungsmechanismus erfüllt. Beide Vertragsparteien erhielten so die Möglichkeit, die konkreten Zuständigkeiten der beiden Gerichte – Schiedsgericht oder EuGH – in den künftigen Marktzugangsabkommen zu steuern, nämlich durch die bewusste Verwendung oder Vermeidung unionsrechtlicher Begriffe. Wenn solche sektoriellen Abkommen sich einem Referendum in der Schweiz stellen müssten, könnte dem Souverän jeweils aufgezeigt werden, welche Vorteile die Schweiz im konkreten Abkommen dafür erhält, dass sie die Auslegungszuständigkeit des EuGH in weitem Umfang anerkannt hat.

Für die verbleibenden materiellen Streitfragen kann Folgendes festgehalten werden. Die Regelung zu Finanzbeiträgen der Schweiz im derzeitigen InstA stösst auf keine gravierenden Bedenken. Hinsichtlich der Beihilfen erscheint die Regelung im InstA, dass ohne ausdrückliche Vorgabe die Art. 8A– 8C InstA anwendbar sein sollen, akzeptabel. Immerhin unterwerfen sich alle Staaten im EWR diesen wettbewerbsrechtlichen Vorgaben. Es bliebe Verhandlungssache der Schweiz, dies in einem sektoriellen Abkommen zu modifizieren. Besonderes Augenmerk sollte hier auf Übergangsvorschriften gelegt werden.

Damit bliebe die „ewige“ Frage der UBRL. Will man das InstRA nicht gefährden, sollten die Vertragsparteien klarstellen, dass die Einbeziehung der UBRL als eine politische Frage betrachtet wird, die entweder in einem bestehenden Abkommen im sektoriellen Ausschuss oder in einem künftigen Abkommen geregelt wird und nicht durch einen (schieds-)gerichtlichen Entscheid.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:

06|2022

LEITARTIKEL 1:

**Corinne Zellweger-Gutknecht /
Rolf H. Weber**
**Digital Money – Taxonomy and
Regulatory Approaches**

LEITARTIKEL 2:

Matthias Horst
**From Farm to Fork –
Schwerpunkte der EU-Lebens-
mittelrechtspolitik bis 2024**

Digital Money – Taxonomy and Regulatory Approaches

Corinne Zellweger-Gutknecht/Rolf H. Weber*

Table of Contents

A.	Introduction	G 2
B.	A taxonomy of money and other monetary assets	G 4
I.	Existing taxonomies and our approach	G 4
II.	State monies	G 5
1.	Wholesale money	G 6
a)	Reserves	G 6
b)	Wholesale central bank digital currency (wCBDC)	G 7
2.	Retail money	G 8
a)	Coins and banknotes: cash and currency	G 8
b)	Retail central bank digital currency (rCBDC)	G 8
III.	Private monies	G 9
1.	State-sponsored money: denominated in official currency units	G 9
2.	Virtual currency: denominated in an individual currency unit	G 10
IV.	Distinguishing money from other monetary assets	G 11
1.	Money	G 11
a)	Essential functions and properties	G 11
b)	The necessity of fiat money: monetary debt	G 12
c)	Monetary theories	G 12
2.	Other monetary assets	G 13
a)	Means of payment	G 13
b)	Payment instruments	G 14
c)	Near-money assets	G 15
V.	Final technical reflections: representation of monetary value	G 15
1.	Components of representation	G 15
2.	Techniques of representation	G 15
VI.	Tabular overview as an interim result	G 16

* Corinne Zellweger-Gutknecht, Professor of Private Law and Economic Law, University of Basel; Rolf H. Weber, Professor of Business Law, University of Zurich, and practicing Attorney-at-Law in Zurich. The authors would like to thank Dipl.-Kfm. univ., MLaw Rainer Baisch, University of Zurich, stud. iur. Simon Bader, and MLaw Fabia Stöcklin, both University of Basel, for their valuable assistance in the literature research and formal preparation of the paper.

C. Regulatory environment of cryptocurrencies	G 18
I. Notion and types of cryptocurrencies	G 18
1. Notion of cryptocurrencies	G 18
2. Types of cryptocurrencies and terminology	G 19
II. Approaches for the regulation of cryptocurrencies	G 20
1. Overview	G 20
2. Possible regulatory approaches	G 21
3. Stablecoins in particular	G 23
4. Issuance and trading of cryptocurrencies	G 25
5. Custody and safekeeping	G 26
III. Specific legal topics	G 27
1. Cryptocurrencies and the status as legal tender	G 27
2. Operational and compliance issues	G 28
3. Consumer protection	G 29
4. KYC / AML	G 30
5. Further topics	G 32
D. Outlook	G 32

A. Introduction

Digital money is not a new phenomenon. It has existed at least since the commercial banks—in which public deposits are held—migrated their accounting to an electronic format. The same may be said to the reserves issued by the central banks, which are used as transmission media for monetary policy impulses and settlement instruments at the wholesale level. Over the last decade, however, technological developments have opened up new possibilities for the representation of digital assets.

Previously, a digital record's trustworthiness solely depended on the institution that created the record. Accordingly, a dense network of prudential regulations has emerged to strengthen this institutional trustworthiness. By contrast, the so-called distributed ledger technology now makes it possible to represent assets without such an institution in a form that is resistant to double-spending and other manipulation and thus provides its owner with a position that legally comes ever closer to that of proprietary or other absolute rights (i.e., rights with effect *erga omnes*) such as, in particular, ownership.¹

¹ See, with further references, Zellweger-Gutknecht Corinne, Developing the right regulatory regime for cryptocurrencies and other value data, in: Fox David/Green Sarah (eds.), *Private and Public Law Implications of Cryptocurrencies*, Oxford 2019, 57 et seq., 85 et seq. (cit. Zellweger-Gutknecht, value data).

Some assets represented by these new technologies belong to the monetary assets category. This article aims to clarify and amend the existing taxonomy and shed light on the main regulatory challenges associated with digital money. Thereby, the general and structural elements of digital money are emphasized, while specific questions are not explored in detail.

In the first part, we will address the current and potential future types of state money on the one hand (B.II) and private money on the other (B.III). This will be followed by a classification of monetary assets at large (B.IV). To this end, we outline the essential functions and properties of money and contrast money with other monetary assets – in particular, means of payments, payment instruments, and near-money assets. We will then make a technical digression (B.V) to briefly assess what components are needed to represent monetary value before examining the methods used to represent monetary value. In particular, we will distinguish between traditional digital forms and more recent crypto-based forms. This section will close with an interim conclusion (B.VI).

The second section will discuss the regulatory aspects of privately issued digital money. We analyse the notion of cryptocurrencies and their manifold types as well as the terminology used in the various jurisdictions (C.I). We then address the approaches used to regulate cryptocurrencies, with a particular focus on the potential regulatory categories chosen by different countries (C.II), and stablecoins as a special form of cryptocurrency. Additional issues of practical relevance include the issuance and trading of cryptocurrencies as well as the custody and safekeeping. Legal tender status also requires thorough consideration in the context of cryptocurrencies (C.III.1). Specific legal challenges arise with respect to operational and compliance issues (C.III.2), consumer protection (C.III.3), and, above all, the KYC/AML risks to which cryptocurrencies are significantly exposed (C.III.4).

The article concludes with forward-looking final considerations which identify possible developments that might influence the monetary order in years to come (D).

B. A taxonomy of money and other monetary assets

I. Existing taxonomies and our approach

The taxonomy of money presented here in some respects follows that developed by Bech and Garratt and later slightly refined by the Bank for International Settlements (BIS).² Both publications distinguish between different types of money depending on four criteria: issuer, access, form, and (ultimately) trackability.

We slightly differ with regard to the first criterion, the issuer, as we do not draw the line between central bank-issued and other money but rather distinguish between state and private money, with the term “state” including money issued by any state agency. State monies today frequently have one aspect in common: they are insolvency risk-free, liquidity risk-free, and, ideally, price risk-free. The risk-free status is attributable to the fact that state money (whether traditional cash and reserves or new forms of central bank digital currency discussed below³) today is pure fiat money and is thus *never* a debt claim, because redeemability against the issuer’s assets other than (again) state money has long since been suspended or wholly abandoned.⁴ Liquidity risk is largely absent because the state’s monetary sovereignty includes the competence to act as a lender of last resort or to establish one. It likewise includes the competence to implement monetary policy, thus contributing to maintaining price stability (purchasing power and exchange rates). This largely exempts state money issuers from being subject to prudential financial market regulation.⁵

The second criterion relates to the range of access. Herein, however, we use it solely with respect to state money, with the retail part accessible to the general public and the wholesale part available to selected actors—predominantly financial institutions—only. This delineation is legally relevant to state money, since the principle of equal treatment requires justification for restriction of access, whereas it appears to be less important for private money. Moreover, it is difficult to draw any convincing line for

² Bech Morten Linnemann/Garratt Rodney, Central bank cryptocurrencies, BIS Quarterly Review September (2017), 55 et seq., 60; Committee on Payments and Market Infrastructures and Markets Committee, Central Bank Digital Currencies, 2018, 3 et seq. (cit. BIS 2018).

³ See below [B.II.1.b\)](#) and [B.II.2.b\)](#).

⁴ Zellweger-Gutknecht, value data, paras. 4.11 et seq. and 4.25 et seq.

⁵ To the latter see below, [C](#).

private money; for instance, the alleged universal accessibility of commercial bank money appears to be highly questionable in light of the millions of people who remain unbanked.

Furthermore, we fully endorse the third criterion, distinguishing between digital and tangible forms. However, given our paper's topic, we will only deal with tangible money when digital equivalents are expected to be or already are issued.

The fourth and last distinctive criterion for Bech and Garratt is the peer-to-peer design, which facilitates anonymity of holdings and transfers vis-à-vis any third party, while an intermediated design would not.⁶ Deviating from this somewhat, the BIS paper distinguishes two verification technologies used to exchange money, either by verifying the validity of the money itself (token-based) or by verifying the identity of the money holder (account-based).⁷ The latter two terms, however, have different connotations in information science.⁸ We will refrain from making a comparable distinction here. Rather, we will contrast traditional techniques with those more recently developed for representing monetary value.

II. State monies

The vast majority of the money used in everyday transactions is denominated in official *state currency units*.⁹ However, only a limited portion of it is *issued by a state agency*. Money that fulfils both criteria, and which thus qualifies as state money, exists today in two distinct forms: retail monies accessible to the public (so far only in the form of tangible coins and banknotes) and wholesale monies issued to a restricted circle of counterparties that regularly interact directly with the central bank. The latter predominantly comprise central bank reserves, recorded in traditional digital form. However, several

⁶ Bech/Garratt, 67.

⁷ BIS 2018, 4.

⁸ Zellweger-Gutknecht Corinne, The right and duty of central banks to issue retail digital currency, in: Niepelt Dirk (ed.), Central Bank Digital Currency: Considerations, Projects, Outlook, London 2021, <<https://voxeu.org/print/72590>>, 31, 33 et seq. (cit. Zellweger-Gutknecht, currency).

⁹ So-called monetary aggregate M1, consisting of banknotes, coins, and sight deposits held with commercial banks: Zellweger-Gutknecht Corinne/Geva Benjamin/Grünewald Seraina Neva, Digital Euro, Monetary Objects, and Price Stability: A Legal Analysis, in: Journal of Financial Regulation 7 (2021), 284 ff., 286 with further references.

central banks are currently exploring the possibility of complementing these using cryptography-based forms: the so-called wholesale central bank digital currency (wCBDC).¹⁰

1. Wholesale money

a) Reserves

The term “reserves” denotes the account balances that selected financial market participants—primarily banks—hold in the central bank for their own benefit.¹¹ These reserves have three functions: policy transmission, liquidity, and stabilization.

First, they serve as the primary and most important transmission medium for central banks’ monetary policy.¹² The central bank feeds its monetary policy impulses into the private economy through the conditions under which the central bank supplies¹³ its counterparties (as money market participants) with reserves.

Second, reserves provide liquidity among financial market participants, allowing payments to be settled among them. This enables the public to make swift cashless payments, *inter alia*.¹⁴

Third, reserves contribute to the financial system’s stability. As a means of payment that is insolvency risk-free, they secure payment transactions that would otherwise comprise credit and liquidity risks of involved settlement intermediaries such as correspondent banks. Likewise, the central bank can prevent money market participants’ temporary liquidity shortages from spreading to other participants by providing additional reserves on the basis of an (interest-free and elastic) intraday liquidity facility.¹⁵ Finally, during times

¹⁰ See Boar Codruta/Wehrli Andreas, Ready, steady, go? – Results of the third BIS survey on central bank digital currency, BIS Papers 114/2021, 6 et seq.; <<https://cbdctracker.org>>.

¹¹ Kumhof Michael/Noone Clare, Central bank digital currencies – Design principles for financial stability, Economic Analysis and Policy 71/2021, S. 553 et seq., 554.

¹² Zellweger-Gutknecht/Geva/Grünewald, 308.

¹³ However, since reserves have expanded to an unprecedented extent as a result of quantitative easing, the monetary policy impulse is rather set via the conditions under which the central bank’s counterparties may *hold* reserves with it.

¹⁴ See, e.g., Art. 5 para. 2 lit. a and lit. c Federal Act on the Swiss National Bank of 3. October 2003 (NBA, SR 951.11).

¹⁵ See, e.g., SNB, Annual Report 2019, Accountability Report, 63.

of crisis, when the ‘inside’ liquidity of commercial banks literally vanishes, the reserves issued by the central bank in its capacity as lender of last resort contribute to the financial system’s stability.¹⁶

b) Wholesale central bank digital currency (wCBDC)

Reserves have long been stored digitally – yet, not in decentralised ledgers, but managed centrally. In contrast, non-monetary assets, such as bonds and shares, are increasingly recorded on distributed ledgers using cryptography. It is thus in the economy’s interest to depict not only the asset leg but also the cash leg using this new technology.

However, if the cash leg were to be increasingly settled by means of privately issued monetary assets in the future, the reserves’ stabilizing effect would decline. Moreover, the demand for reserves might generally weaken, which could further complicate or undermine the implementation of monetary policy. For these reasons, central banks are now also examining how they could likewise issue their reserves in this new form, as a so-called “wholesale central bank digital currency” or wCBDC.¹⁷

It should be noted, though, that wCBDC is actually a misnomer, since (as mentioned) the reserves were already ‘digital’. Yet, ‘central bank cryptocurrency’ (CBCC) would not be a good fit either as cryptocurrencies by definition require a decentralized structure.¹⁸ In contrast, even if central banks were to use crypto technology in the future, it is unlikely that they will adopt any truly decentralized protocol. Rather, they will choose a technology – or at least a governance setup – that imbues them with the power of determination over the money they issue. However, trust in such a currency and all its other properties would not be based on technology alone (as would be mandatory for cryptocurrencies in the strict sense), but rather, as with conventional digital central bank currency, on the trustworthiness of the issuer.

¹⁶ See, e.g., Art. 5 para. 2 lit. e in conjunction with Art. 9 para. 1 lit. e NBA.

¹⁷ For the projects in Canada, Sweden, the Eurosystem, US, Switzerland, and the BIS, see the corresponding contributions in: Niepelt Dirk (ed.), Central Bank Digital Currency: Considerations, Projects, Outlook, London 2021, <<https://voxeu.org/print/72590>>, 31-38 and 83-162.

¹⁸ See below, [B.III.2](#) and [B.V.](#)

2. Retail money

a) *Coins and banknotes: cash and currency*

As far as money for the general public is concerned, central banks are primarily responsible for issuing banknotes. By contrast, coins in many cases are still issued by the treasury/Ministry of Finance for historical and fiscal reasons. Banknotes and coins together are also referred to as *cash*. Tangible cash is currently the only form of state money with which the public can both carry out transactions and save.

In English, “cash” is often used interchangeably with the term *currency*. This is unsurprising, since a series of privileges granted by law enabled the particularly free circulation of official cash early on. These provisions find their antecedents in commercial practice, which allowed the acquisition of selected assets in good faith. Consequently, with their possession, their ownership and thus the monetary value they represented passed to the bona fide acquirer. Such monetary objects thus appeared to be current in the sense of negotiability, which gave rise to the term “currency”.¹⁹

In addition to tangible forms, digital forms of state money were and are available to the public—for example, where a state postal service or state-owned commercial banks (e.g. in China)²⁰ maintain deposit accounts for the public. However, such deposits assume a hybrid form between state and private money and lack a state guarantee (as has been the case in Switzerland since 2017 with PostFinance deposits).²¹

b) *Retail central bank digital currency (rCBDC)*

An increasing number of central banks have recently deliberated as to whether they should also provide the public with digital central bank money—the so-called retail central bank digital currency (rCBDC).²² Key questions in this context range from whether the rCBDC can and should become an instrument of monetary policy;²³ what balance should be struck between privacy and

¹⁹ Gleeson Simon, *The legal concept of money*, Oxford 2018, para. 7.29 et seq. and 7.36 et seq.

²⁰ Among them, the Industrial and Commercial Bank of China, the China Construction Bank, and the Agricultural Bank of China: Wang Heng, *China's Approach to Central Bank Digital Currency*, SSRN 16 February 2022, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4036466>>, 5.

²¹ See, e.g., Art. 15 para. 3 Federal Act on the Organisation of Swiss Post of 17 December 2010 (POA, SR 783.1).

²² See, e.g., Boar/Wehrli, 7 et seq. See also <<https://cbdctracker.org>>.

²³ Against such use, see Zellweger-Gutknecht/Geva/Grünewald, 312 et seq.

financial integrity; whether the rCBDC will lead to the disintermediation of banks; and whether the rCBDC should be reduced to a mere means of payment—that is, deprived of its store-of-value function. Such tendencies are evident, for example, in the digital euro project, whereby holding large amounts is to be rendered unattractive by negative interest rates or prevented by relatively low caps.²⁴ However, such a design would leave it to the private sector alone to provide assets with a saving function, without the disciplining ‘competition’ of state money, such as today’s banknotes.

III. Private monies

1. State-sponsored money: denominated in official currency units

State-sponsored private money—above all, deposits held with commercial banks—is regularly denominated in the official currency. This, in turn, is only permissible if such money is structured as a claim to state money.²⁵ As such, it comprises the holder’s right to convert private money to state money on demand. This increases confidence in this private money but conversely results in increased prudential requirements.²⁶ It can only be issued by actors licenced as financial intermediaries and who have satisfied the corresponding onerous prudential requirements.²⁷

²⁴ Brunnermeier Markus/Landau Jean-Pierre, The digital euro: policy implications and perspectives, Publication for the committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, January 2022, 30 et seq. and 40 et seq., <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703337/IPOL_STU\(2022\)703337_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703337/IPOL_STU(2022)703337_EN.pdf)>.

²⁵ Gleeson, 2018, para. 1.28.

²⁶ Sáinz de Vicuña Antonio, An institutional theory of money, in: Giovanoli Mario/Devos Diego (eds.), International monetary and financial law - the global crisis, New York 2010, 517 et seq., para. 25.26.

²⁷ Admittedly, like bank deposits, e-money is subject to prudential regulation (in Switzerland, for instance, it limits the issuance to small sums per person or subjects it to the banking license; in the EU, Directive (EU) 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16. September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, OJ L 267 of 10. October 2009, 7 et seq., specifically regulates the issuing institutions). However, despite its name, e-money is ultimately not money but is merely a means of payment, which is why it is only dealt with in greater detail under said category in [B.IV.2.a](#)).

Because debt involves a credit risk on the part of the issuing debtor, states have enacted detailed financial market regulations with respect to authorization, supervision, capital, and other prudential requirements since the 1930s at the latest to bring private money circulating in the official currency in line with state money in terms of quality.²⁸ Sponsorship should thus be understood primarily in qualitative terms. However, in the case of the lender of last resort (LOLR) function and any bail-ins, sponsorship also has a financial dimension.

2. Virtual currency: denominated in an individual currency unit

Privately issued assets are called virtual currencies if they represent value in a digital format that can be traded digitally. Moreover, they are neither state-issued or state-guaranteed nor otherwise sponsored by any state or state agency. In particular, they are denominated in a currency unit of their own. An old example is the Swiss WIR money (CHW), first issued in 1934.²⁹ Finally, they function as money solely by virtue of private agreements or customary practice (e.g., in the case of ICOs).³⁰

Ultimately, however, the term ‘virtual currency’ is a misnomer: it is no currency, since this expression is reserved for monetary assets that fulfill all three money functions and thus circulate particularly freely.³¹ This is not (yet) the case, as private digital monies are often illiquid and accepted only by a small group of enthusiasts at best. Moreover, it shall suffice (at least, according to the Financial Action Task Force, FATF) if virtual currency fulfils only *one* monetary function (e.g., ‘functions as a medium of exchange and/or a unit of account and/or a store of value’).³² Consequently, most virtual currencies might turn out to be mere means of payment or simply near-money assets (as

²⁸ Zellweger-Gutknecht/Geva/Grünewald, 300 with further references.

²⁹ However, the issuing WIR cooperative received a banking licence in 1936, which implies some state support as discussed in [B.III.1](#) since then.

³⁰ See (with some variations) e.g. Art. 5 para. 18 Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorism financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, OJ L 156/43 of 19. June 2018, 43 et seq.

³¹ See above, [B.II.2.a](#)).

³² Financial Action Task Force (FATF), Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 2014, 4.

defined below).³³ Therefore, only virtual currencies that fulfil all three money functions within a considerable community belong to the category of private monies – which for now probably applies at most to BTC and ETH.

IV. Distinguishing money from other monetary assets

In addition to the above categorization of money as such, money can be further distinguished from other monetary assets. In the following taxonomy of monetary assets at large, we highlight the essential functions and characteristics of money and thus distinguish it from means of payments, payment instruments, and near-money assets in particular.

1. Money

a) Essential functions and properties

From a purely functional perspective, an asset may qualify as money if it serves cumulatively as a medium of exchange, store of value, and unit of account.³⁴ However, this definition is often and rightly criticized because it fails to account for *why* a given asset is suitable to fulfil these functions.

In essence, this suitability to function as money depends on three properties: durability, scarcity, and necessity. That is, an asset must, first, be durable (i.e., it should be capable of representing monetary value independently of time); in the digital age, this includes, for example, cyber security. Second, it must be relatively scarce (to maintain its monetary value in relation to non-monetary goods and services); in the case of state money, scarcity must be maintained by a monetary authority. Third, and most importantly, it must be necessary for as broad a sector of the economic actors as possible. Only then may a consistently sufficient number of these actors be willing to accept it in exchange for the widest possible range of goods and services.

³³ See below, [B.V.2](#).

³⁴ Green Sarah, It's virtually money, in: Fox David/Green Sarah (eds.), Private and Public Law Implications of Cryptocurrencies, Oxford 2019, 13 et seq., para. 2.15–2.25.

b) The necessity of fiat money: monetary debt

The need for money stems largely from a single fact: money is regularly created on credit. Today, this is particularly applicable to what is by far the most important source of money supply—commercial bank money created in the course of lending.³⁵ It extends the bank's balance sheet by increasing both its assets (its clients' monetary debts) and its liabilities (the client's deposits or bank money). Therefore, the decisive driver for money demand (i.e., monetary debt) is an inherent feature of money creation by lending. The debtor of an asset will, in cases of doubt, accept this asset in exchange for other goods to be able to repay his or her debt. Again, the larger the group of debtors, the greater the chance that they will include among them an individual who offers precisely the consideration that a money holder demands.

c) Monetary theories

The question of which assets should be considered money is also addressed by two classical and one more recent monetary theories: While the social theory of money recognizes money's quality, provided an asset is ultimately used as such,³⁶ the state theory of money, which is often traced back to Knapp,³⁷ requires that the issuance, currency unit, and payment modalities at least be established under the authority of the law in force within the state of issue.³⁸ The institutional theory of money, developed by Sáinz de Vicuña bridges the gap between the abovementioned two theories: it acknowledges the institutional and normative framework as the 'conceptual centre of gravity' but also recognizes privately issued assets as money if they are state-sponsored by lender of last resort mechanisms and prudential regulations concerning their issuers.³⁹

³⁵ See McLeay Michael/Radia Amar/Ryland Thomas, Money creation in the modern economy, Bank of England Quarterly Bulletin 2014, 2014, S. 14 et seq.

³⁶ Nussbaum Arthur, Basic Monetary Conceptions in Law, in: Michigan Law Review 35/1937, 865 et seq., 888; Walker Francis Amasa, Money in its relations to trade and industry, London 1880, 4; the latter being cited with approval by Darling J in Moss v Hancock [1899] 2 QB 111 at 116: "that which passes freely from hand to hand throughout the community in final discharge of debts ...".

³⁷ Knapp Georg Friedrich, The state theory of money, 2. A., London 1924, 154.

³⁸ Proctor Charles/Mann F A, Mann on the legal aspect of money, 7. A., Oxford, United Kingdom 2012, para. 1.17.

³⁹ Sáinz de Vicuña, para. 25.26 and 25.47.

2. Other monetary assets

Money differs in particular from three other monetary assets: means of payment, payment instruments, and near-money assets. These terms are not always clearly distinguished from one another, and sometimes the transitions are actually extremely fluid, because, in practice, an asset may be used in one way and again in another. What they have in common is that *none* of them possesses *all* the properties of money. Hence, they cannot fulfil all the functions of money simultaneously and, accordingly, do not qualify as money as such.

a) Means of payment

First, means of payment, including vouchers, some virtual currencies, and local currencies, transfer the monetary value they represent in a manner that is comparable to money. According to this definition, e-money falls likewise within this category. Admittedly, the FATF deems that it functions as a ‘digital transfer mechanism for fiat currency’ because ‘it electronically transfers *value* that has legal tender status’⁴⁰ However, that does not make it a payment instrument (defined shortly), as e-money does not trigger a transfer of legal tender *as such* (i.e., cash). Rather, the e-money itself—the monetary asset *itself* (consisting of a claim against the issuing entity and in the form of a record on a technical device)—is transferred and is thus a means of payment.

As their name suggests, plain means of payment are not suitable for storing value, particularly owing to their eventual expiration dates or high volatility.⁴¹ Consequently, they serve predominantly as means of exchange. However, if demand broadly increases despite these shortcomings for reasons of circumvention or speculation, regulators tend to restrict even the payment function more and more, whether in terms of the amount available or the circle of acceptance points. In this regard, it is simultaneously interesting and alarming to witness economists’ intentions to design possible future rCBDC

⁴⁰ FATF, 4 (emphasis added).

⁴¹ With regard to cryptocurrency, e.g., Diehl Martin, Kapitel 2 Formen programmierbaren Geldes und Rolle der Zentralbank, in: Omlor Sebastian/Link Mathias (eds.), Kryptowährungen und Token, Frankfurt am Main 2021, 43 et seq., para. 17 and 28.

as mere means of payment from the outset. As cash is phased out, the public would then lose the opportunity to hold state money at all⁴² along with all the associated disadvantages.⁴³

b) *Payment instruments*

Payment instruments include such traditional media as bills of exchange and cheques as well as debit and credit cards.⁴⁴ More recent but similar in nature are payment apps and—in relation to cryptocurrency—private keys. At least in their original form, they are themselves neither money nor a means of payment. They can be defined as a personalised device or set of procedures or may be agreed upon between user and provider and used to *initiate* a payment.⁴⁵ Thus, they do not transfer monetary assets themselves but are a means of payment initiation that causes the disposal of monies or means of payment.

In monetary history, however, several payment instruments have developed into money or means of payment. This is the case when such a payment instrument is itself transferred and, moreover, is not redeemed into money or a means of payment after acceptance. Consider banknotes, which were initially merely negotiable promissory notes denominated in the actual currency and payable in “real” money: the precious metal coins.

The same may occur in the future with stablecoins—in particular, when they can no longer be redeemed for money with a state currency unit or are in fact no longer redeemed because the ecosystem in which they are used becomes so vast and attractive that conversion into (state) money is unnecessary.

⁴² Brunnermeister/Landau, 40 et seq. on “specialising the digital euro as a medium of exchange”.

⁴³ On this, see Zellweger-Gutknecht/Geva/Grünewald, 304 et seq. (loss of public good and anchor function) and 312 et seq.

⁴⁴ Gleeson Simon, *The legal concept of money*, Oxford 2018, N 10.49.

⁴⁵ See, e.g., Article 4 para. 14 of Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, OJ L 337 of 23 December 2015, 35 et seq.

c) Near-money assets

Finally, near-money assets are those that can easily be exchanged for money with a high level of confidence⁴⁶ but for which the purpose of saving, hoarding, or investing clearly predominates until they are exchanged. Examples include savings accounts, certificates of deposit (CDs), foreign currencies, money market accounts or fund shares, marketable securities, treasury bills (T-bills), and, more recently, potentially some cryptocurrencies.

V. Final technical reflections: representation of monetary value

1. Components of representation

An asset that (owing to its properties) functions as money or a means of payment essentially consists of three components: a unit of account, a quantity thereof, and a combination of the two. The *unit of account* (i.e., the monetary unit) gives a money its name. The amount provides information about the *quantum* of a monetary unit in a given instance. However, only when the *combination* of these two elements is *represented in a form* that is perceptible to the human senses, reproducible, secure, and thus legally valid can this function and qualify as money.⁴⁷

2. Techniques of representation

Throughout history, mankind has developed various techniques to facilitate exchange, collecting and attributing value to shells, minting metal coins, recording account balances in bank ledgers, and printing banknotes. Since 2009, cryptography has been used to register units of monetary value and their quantities in distributed ledgers—either in token form (e.g., Bitcoin and Corda) or in the form of account balances (Ethereum, Quorum, Ripple, and others).⁴⁸

The *crypto* technology just mentioned makes it possible to design rival and exclusive assets. Rivalry means that the same asset cannot be used by more than one person simultaneously (which would otherwise amount to double-spending). An asset's exclusivity is assured if its holder can exclude others

⁴⁶ Gleeson, para. 4.59.

⁴⁷ Zellweger-Gutknecht/Geva/Grünewald, 292.

⁴⁸ Zellweger-Gutknecht, central banks, 33.

from using it.⁴⁹ Therefore, *cryptoassets* are assets for which the power of disposal is exclusively mediated and protected via a crypto-based access procedure, while *cryptocurrency* forms a subgroup for which the monetary function predominates (see in more detail [C.1](#)).

With a *traditional bank account*, for example, a bank will theoretically be in a position to multiply money (deposits) at will by simply ‘pressing a key’. This risk is mitigated as far as possible by the fact that only prudentially regulated and supervised—and thus particularly trustworthy—institutions are permitted to maintain bank accounts.

With *cryptoassets* (including *cryptocurrency*), however, rivalry and exclusivity are no longer based on the trustworthiness of the institution that issues or safeguards them. Rather, *cryptoassets* are rivalrous and exclusive owing to the trustworthiness of the technology—that is, the protocol—with which they are recorded.⁵⁰ At least in their classic form, such protocols are implemented in a decentralised manner and are based on computationally intensive proof-of-work procedures that render manipulation largely impossible.

VI. Tabular overview as an interim result

The following figure summarizes the taxonomy discussed above and expresses the different manifestations of money:⁵¹

⁴⁹ Samuelson Paul A., *The Pure Theory of Public Expenditure*, in: *Review of Economics and Statistics* 4/1954, 387: rival goods (called *collective consumption goods* by Samuelson) “all enjoy in common in the sense that each individual’s consumption of such a good leads to no subtraction from any other individual’s consumption of that good ... simultaneously”; Buchanan James M., *An Economic Theory of Clubs*, *Economia* 125/1965, 1 et seq., 1.

⁵⁰ Zellweger-Gutknecht, *value data*, para. 4.80.

⁵¹ For a somewhat different approach, see Committee on Payments and Market Infrastructures, *Digital currencies*, Basel 2015, 6; Kuhn Hans, *Taxonomie*, in: Weber Rolf H./Kuhn Hans (eds.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Basel 2021, 35 et seq., 50.

Money	State issued	Wholesale	Reserves	wCBDC	
		Retail	Cash	rCBDC	
	Privately issued	State-sponsored (prudential regulation etc.)	Sight deposits at commercial banks; WIR		
				Virtual currencies with complete money function within a considerable community such as (probably) ETH and BTC	
		Other monetary assets		Means of Payment	e-money
Payment instruments				Debit/ credit cards; Apple Pay	Private Key
Near-money asset	Savings accounts at commercial banks			Virtual currencies with prevailing investment function	

C. Regulatory environment of cryptocurrencies

I. Notion and types of cryptocurrencies

1. Notion of cryptocurrencies

As far as privately issued digital money is concerned,⁵² due to the technological particularities of the cryptocurrencies the existing regulatory frameworks cannot easily be applied, i.e. an adaptive normative environment must be created. For the time being, many regulators around the globe are in the process of shaping the legal landscape for cryptocurrencies.

But the legislation in most countries does not yet contain a definition of the term “cryptocurrency” or “virtual currency”. Usually, a cryptocurrency is defined as a *digital non-governmental asset* based on a combination of cryptographic algorithms; its existence is confirmed and recorded on a ledger being distributed on a network of independent computers.⁵³ In 2012 already, the European Central Bank defined cryptocurrencies as a type of unregulated currency which is issued and often controlled by its developers, and used/accepted among the members of a specific virtual community.⁵⁴

In general, digital money issued by a Central Bank is not qualified as cryptocurrency. The decentralized architecture of the validator network in case of private cryptocurrencies is supposed to create the necessary trust in lieu of a centralized authority (such as a Central Bank). This architecture based on the operation of multiple independent entities eliminating a single point of failure or control is designed to reduce the risk of double-spending while preserving transactional pseudonymity.

“State-backed” cryptocurrencies are not yet available in most countries. However, a large number of Central Banks is involved in different projects that envisage to create a central bank digital currency (CBDC); in the medium term it is to be expected that many countries will introduce rather wholesale

⁵² The privately issued virtual money in the form of account-based money will not be further discussed; a Swiss example is the mentioned WIR cooperative (B.III.2).

⁵³ World Economic Forum (WEF), Navigating Cryptocurrency Regulation: An Industry Perspective on the Insights and Tools Needed to Shape Balanced Crypto Regulation, 2021, <https://www3.weforum.org/docs/WEF_Navigating_Cryptocurrency_Regulation_2021.pdf>, 5.

⁵⁴ European Central Bank, Virtual Currency Schemes, Frankfurt am Main 2012.

CBCD than retail CBCD.⁵⁵ For example, the Swiss National Bank has started a project together with the Bank for International Settlement (BIS Innovation Hub Centre) for the development of a digital Swiss Franc.⁵⁶

2. Types of cryptocurrencies and terminology

Mostly, two types of cryptocurrencies are distinguished:⁵⁷

- Traditional (native) cryptocurrencies being created by a standalone blockchain; thousands of currency projects exist in the meantime, the most important are Bitcoin (BTC) and Ether (ETH).
- Cryptocurrencies constituting digital representations of other assets (fiat currencies, securities, commodities, etc.), sometimes called stablecoins (for example USDC issued by Circle).⁵⁸

Even though cryptocurrencies are generally expressed in their individual unit of account, the value of the second type usually reflects a fiat currency since the assets represented or used as collateral are priced in a fiat currency.

Often, in the regulatory environment, the term “*payment token*” is used. For example, FINMA refers to “*payment tokens*” synonymously with native cryptocurrencies.⁵⁹ In the European Union, the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets (MiCA)⁶⁰ intends to introduce the term “*electronic money token*” being narrowly defined as a “*type of crypto-asset the main purpose of which is to be used as a means of exchange and that purports to maintain a stable value of a fiat currency that is legal tender*” (Art. 3 para. 4 MiCA).

Payment tokens (as native cryptocurrencies) do not give rise to any claims towards an issuer or a third party, these tokens are “*purely factual intangible assets*” to be used as means of payment or as means of money/value transfer.

⁵⁵ See also above, [B.II.1.b](#)) and [B.II.2.b](#)).

⁵⁶ See e.g. the report on the cross-border wholesale CBDC experiment “Jura” concluded by the Swiss National Bank, the Banque de France and the Bank for International Settlements, <https://www.snb.ch/en/mmr/reference/project_jura_report/source/project_jura_report.en.pdf>.

⁵⁷ WEF, 5.

⁵⁸ See also [C.II.3](#).

⁵⁹ FINMA, ICO Guidelines of February 16, 2018, <<https://www.finma.ch/de/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung>>.

⁶⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) final of 24 September 2020; the respective rules are contained in Art. 43 et seqq. MiCA.

In a Supplement to the ICO Guidelines of September 11, 2019, FINMA has specifically regulated the so-called stablecoins.⁶¹ The electronic money tokens as of the MiCA proposal are described in a similar manner.

Cryptocurrencies fall into the category of *crypto-based assets*, i.e. are one form of them. In Switzerland the Federal Ordinance on Banks and Savings Institutions (FBO)⁶² having been revised as of August 1, 2021 as consequence of the enactment of the DLT-Law⁶³ defines the term “crypto-based assets” as assets that, pursuant to the originator’s or issuer’s intention, are issued with the primary objective to substantially serve as (i) a payment instrument for the acquisition of goods or services, or (ii) an instrument for money or value transfers.

II. Approaches for the regulation of cryptocurrencies

1. Overview

By their very nature, cryptocurrencies are global means of payment or of money/value transfer. Therefore, due to the lack of international rules a fragmentation can occur caused by national regulations. On the one hand, in view of the cross-border effects of cryptocurrency networks a multi-jurisdictional risk exists if different legal frameworks apply; on the other hand, the question arises which governmental agency should oversee the markets for cryptocurrencies (for example with regard to the relatively high volatility) and the financial market infrastructures that interact with crypto-assets in payment.⁶⁴

An *internationally coordinated regulatory approach* appears to be necessary in view of the cross-border nature of cryptocurrencies’ networks since cryptocurrencies are not only used as payment means for physical goods but also for crypto-assets having an impact on the financial market infrastructures. It is also generally recognized that cryptocurrencies can become critical for sovereign monetary regimes and – as a consequence – for the financial stability of a country. A lender of last resort function is missing.

⁶¹ FINMA, Supplement to the guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs) of 11. September 2019, <<https://www.finma.ch/de/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins>> (cit. FINMA, ICOs 2019), see [C.II.3.](#)

⁶² Art. 5a der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 (BankV/FBO, SR 952,02).

⁶³ Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register vom 25. September 2020, BBl 2020 7801.

⁶⁴ WEF, 7.

Therefore, international regulatory bodies of financial markets have become active during the last few years. These bodies have identified a number of issues which need further attention:⁶⁵

- The *Financial Action Task Force* (FATF) examined and extended the existing Recommendations in order to regulate cryptocurrencies aimed at preventing money laundering and terrorism financing. In particular the so-called travel rule is now encompassing the obligation of cryptocurrencies' providers to identify the beneficiaries and originators of cryptocurrency transfers.⁶⁶
- The *Financial Stability Board* (FSB) analysed cryptocurrencies from the lenses of financial stability (Report of 2019) and outlined recommendations for the treatment of stablecoins (Report of 2020).
- The *Basle Committee on Banking Supervision* (BCBS) works on the development of policy frameworks related to capital adequacy in order to tackle the risks due to the increased exposure of banking systems.
- The *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) has published detailed reports on the issue of taxation of cryptocurrencies and on the tokenisation of crypto-assets.
- The *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO) analyses investor protection with the objective of ensuring that markets are transparent and efficient by reducing systemic risks.

2. Possible regulatory approaches

Cryptocurrencies are a new technological and thereafter an economic phenomenon; as a consequence, regulators are called to set a normative framework. Most countries do not know tailor-made regulations for cryptocurrencies. In pursuing the objective of implementing a normative framework, the risks of over-regulation and of under-regulation must be avoided since both scenarios may imply undesirable regulatory arbitrage.⁶⁷

⁶⁵ See also the overview given in the Report of the WEF, 24.

⁶⁶ Below, [C.III.4.](#)

⁶⁷ WEF, 23 and 25.

Recently, the World Economic Forum has outlined four regulatory approaches which potentially may be combined and/or vary over time:⁶⁸

(i) *“Wait and see” approach*: This model avoids issuing detailed specific regulations on a nascent industry with the objective of not jeopardizing its development. Apart from monitoring the business activities it is assumed that existing laws can be applied in case of potential upcoming risks. Such regulatory concept is innovation-friendly but can cause stability and system challenges.

Examples: This approach is usually not intentionally chosen by countries but rather the consequence of a certain reluctance towards an early activity. This is not necessarily a bad approach since experience can be gained and the implementation of adequate rules becomes possible. But the regulator should be alert to intervene at a not too late stage.

(ii) *Public-private ownership approach*: This model entails a collaborative engagement between regulators, policy-makers and the private sector trying to introduce a balanced/risk-proportionate approach. Businesses tend to adapt to the new technological environment but nevertheless can adjust to regulators’ concerns to protect the value of the ecosystem and the reputational integrity.

Insofar, a possible model is the so-called sandbox regulation. Such an approach can be seen as an experimental exercise in order to let market forces drive the process.⁶⁹ Afterwards, regulation can be implemented subject to an identified need in the financial markets.

Examples: The United Kingdom and Switzerland each have their own sandbox regulation for FinTech businesses. Singapore follows the described approach

⁶⁸ WEF, 18 with further references. On the Internet, descriptions of the manifold regulations of cryptocurrencies around the globe can be found; see for example the lists under: <<https://www.investopedia.com/cryptocurrency-regulations-around-the-world-5202122>>; <<https://law.asia/comparison-cryptocurrency-regulation>>; <<https://www.perkinscoie.com/en/news-insights/digital-currencies-international-actions-and-regulations.html>>. For specific country reports see: <<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations>>.

⁶⁹ For a general overview see Zetzsche Dirk A./ Woxholth Jannik, The DLT sandbox under the Pilot-Regulation, Capital Markets Law Journal 2022, <<https://academic.oup.com/cmlj/advance-article/doi/10.1093/cmlj/kmac003/6564116>>.

and Brazil appears to go a similar way. As long as the regulations proposed by the European Commission in September 2020 are not in force (in particular MiCA),⁷⁰ the EU also follows a collaborative approach.

(iii) *Comprehensive regulatory approach*: This model intends to design and implement a specific regulatory framework governing the (or even all) activities of the regulated and supervised entities. Nevertheless, the intensity of the regulations can be quite different.

Examples: Most countries having a developed economy are falling into this group, amongst others the State of New York, Japan, the United Kingdom, the United Arab Emirates, Liechtenstein, Switzerland and (after the implementation of the mentioned MiCA-proposal) the European Union.

(iv) *Restrictive approach*: This model implies imposing more and broadly restrictive measures that affect the market generally.

Examples: The most prominent country having implemented restrictive measures or a general prohibition related to private cryptocurrencies is China (thereby supporting the own CBDC); other countries falling into this group are India, Turkey and Nigeria.

Assessment of the different regulatory approaches: From a theoretical perspective, it would be desirable to analyse the need for regulatory certainty and to develop a coordinated approach. A complete banning of cryptocurrencies does not appear to be necessarily efficient, however, the promotion of an environment of legal certainty is valuable, particularly while allowing for innovation.

3. Stablecoins in particular

Stablecoins are defined as crypto assets that aim to maintain a *stable value* relative to a specified asset or a pool of assets. Through this stability “backing” stablecoins should be able to become an alternative payment mechanism. Their value fluctuates depending on the market value of the underlying assets, for example linked to fiat currencies, commodities, securities, real estate.⁷¹

During the last few years (not at least in the light of the Libra/Diem project of Facebook), policymakers identified emerging concerns about several challenges, for example fragilities in the governance, deficiencies in operational

⁷⁰ To follow the steps of procedure, see <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52020PC0593>>.

⁷¹ See for example the groups that have been built in FINMA Stablecoins, ICOs 2019.

resilience and cyber defences, integrity and stability of the underlying infrastructure and mechanisms, abuse for money laundering and terrorist financing or other forms of illicit finance (market integrity) as well as data protection and consumer protection issues. The potential vulnerabilities could particularly accrue if the stablecoins were to be adopted on a global scale.⁷²

Depending on how such stablecoins' issuance is structured and organized, they may suddenly resemble a money market fund or form part of an actual payment system, be comparable to bank money or e-money, so that the relevant regulatory rules and licensing requirements then become applicable to them.

Therefore, several regulators envisage to set a *normative framework* for stablecoins complying with topics such as the financial stability, the fairness and integrity of markets, the prevention from money laundering, the protection of monetary stability, etc. A foundational study has been published by the Financial Stability Board (FSB) addressing the various regulatory issues and proposing a potential normative framework for stablecoins.⁷³

Such a normative framework should be functional and risk-based; the regulations could encompass the following aspects:⁷⁴

- Licensing requirements specifying what types of entities are allowed to participate in the issuance and distribution of stablecoins and under which terms;

⁷² Adachi Mitsutoshi et al., The expanding functions and uses of stablecoins, in: Financial Stability Review November 2021, 54 et seq.; Ferreira Agata, The Curious Case of Stablecoins – Balancing Risks and Rewards?, in: Journal of International Economic Law 4/2021, 755 et seq.; Haun Katie/Tillemann Tomicah/Rathmell James, Stablecoins, Stability, and Financial Inclusion, 2021, <<https://future.a16z.com/stablecoins-stability-and-financial-inclusion>>.

⁷³ Financial Stability Board, Regulation, Supervision and Oversight of “Global Stablecoin” Arrangements, Final Report and High-Level Recommendations, 2020, <<https://www.fsb.org/2020/10/regulation-supervision-and-oversight-of-global-stablecoin-arrangements>>. For the United States see President’s Working Group on Financial Markets, the Federal Deposit Insurance Corporation, and the Office of the Comptroller of the Currency, Report on Stablecoins, November 2021.

⁷⁴ Hüpkes Eva, Towards an international framework for the regulation and supervision of “stablecoins”, in: Blair William/Zilioli Chiara/Gortsos Christos V. (eds.), International Monetary and Banking Law in the Post COVID-19 World, ch. 4.3.3 (forthcoming).

- Prudential rules in respect of risk management measures such as capital requirements, counterparty risks, minimization of market and credit risks, segregation of assets (with multiple custodians), matching with reserve assets, liquidity provision, etc.
- Management of operational and cyber risks and business continuity planning in order to minimize risks in case of disruption;
- Transferability of stablecoins and finality of stablecoin transactions;
- Implementation of an appropriate AML/CFT framework being suitable to combat any forms of illicit finance;
- Establishment of further precautionary measures, for example transparency/disclosure requirements, consumer and investor protection, data privacy protection, promotion of fair competition (incl. interoperability and connectivity of stablecoin arrangements).

In addition, cross-border cooperation and coordination must be improved through recommendations of international bodies and arrangements between supervisory authorities.⁷⁵

4. Issuance and trading of cryptocurrencies

Most countries⁷⁶ do not know tailor-made regulations governing the mining of cryptocurrencies; hence the mining of cryptocurrencies is permitted. In addition, the mere use of cryptocurrencies is not considered to constitute a financial intermediation.

The *public offering* of cryptocurrencies is in most countries not subject to a license requirement if the respective payment tokens do not contain elements of asset tokens. For example, in Switzerland, the mentioned FINMA ICO Guidelines of February 2018 make it clear that the issuance of cryptocurrencies is not restricted to the providers of financial services supervised by the regulatory authorities. In practise, the most difficult issue concerns the aspect of the design of the respective tokens; as soon as the cryptocurrencies in question exhibit functions of securities or assets to which they are linked, a license might be necessary. In parallel to the possibility of issuing cryptocurrencies without a license, the respective issuers are also not supervised by the regulatory authorities in the further handling of the payment token business.

⁷⁵ Hüpkens, ch. 5.

⁷⁶ See above [C.II.2.](#)

As mentioned, a different treatment often applies in respect of stablecoins since this type of cryptocurrency might have an impact on the monetary stability or on the financial market infrastructure.⁷⁷

A “Crypto Market Index Fund” primarily investing in crypto-based assets usually qualifies as an *investment fund* (belonging to the category of other funds for alternative investments) under the applicable Collective Investment Fund legislation.

A special issue concerns the question of whether cryptocurrencies can be traded on a *DLT-trading platform*, similarly to crypto-assets. Some countries, amongst others Switzerland, have implemented new regulations governing DLT-trading platforms. Obviously, the sale and purchase of crypto-assets on DLT-trading platforms can be executed by using cryptocurrencies as payment means. However, cryptocurrencies can also be tokenised in the way that an exchange in the form of crypto-assets becomes possible.

5. Custody and safekeeping

Cryptocurrencies are suitable to be held in *self-custody*; such wallets are less convenient and usually require the execution of additional protection measures. Since the holders of cryptocurrencies deposited in self-custody have the unilateral ability to access, manage and transfer their holdings without relying on any financial institution to act on their behalf it becomes necessary to implement means that avoid AML and CFT risks.⁷⁸ The Financial Crimes Enforcement Network made self-hosted wallets the focal point of its Notice of Proposed Rulemaking. This Notice intends to require service providers to collect KYC information when performing transactions involving self-hosted wallets.⁷⁹

As an alternative, a custodian can offer *wallets* together with proper key management practices safeguarding the customer’s ability to directly dispose of the cryptocurrencies. In practice, most users of cryptocurrencies opt for custody providers as intermediaries/fiduciaries.

⁷⁷ See above [C.II.3.](#)

⁷⁸ See below [C.II.4.](#)

⁷⁹ Financial Crimes Enforcement Network, Requirements for Certain Transactions Involving Convertible Virtual Currency or Digital Assets, 23 December 2020, <<https://public-inspection.federalregister.gov/2020-28437.pdf>>.

Another distinction can be made between *hot wallets* that are connected to the Internet, and *cold wallets* that are kept in an offline environment. Cryptocurrencies held in a hot wallet can be traded more easily and speedily but the risk of cyberattacks (theft of crypto assets) is higher.

In addition, technical and jurisdictional interoperability of the cryptocurrency environments is important. *Interoperability* improves competition, drives up levels of participation, and increases inclusion and market liquidity. Industry standards and protocols can help ensure smooth interactions between market actors and their service providers.

Another crucial point is the *surrender of cryptocurrencies* from the bankruptcy estate of the provider of custody wallets. Switzerland recently introduced a respective right of surrender. A surrender claim is justified if the debtor has undertaken to hold the crypto-based assets (incl. cryptocurrencies) in readiness at all times for the third party, and provided that these are (i) allocated individually to the third party, or (ii) allocated to a community ownership and it is clear which proportion of the community asset is due to the third party.⁸⁰

III. Specific legal topics

1. Cryptocurrencies and the status as legal tender

Legal tender is a status that could in principle be conferred on any form of money.

To date, no generally accepted definition of legal tender exists. In its essence, however, it is a legally privileged form of money. The content of the relevant provisions in the various monetary laws can be broken down into three common denominators:

- First, the *legal* provisions exert a more or less strong *pressure* on the creditors of a monetary debt to *accept* a certain type of asset with a debt-discharging effect.⁸¹

⁸⁰ Art. 242a des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Debt Enforcement and Bankruptcy Law, SchKG, SR 281.1).

⁸¹ See on the different approaches to create legal pressure (repressive, exclusive, liberal and privileging approach): Bank for International Settlement (BIS), Summary of the webinar on legal aspects of digital currencies, 2021, <https://www.bis.org/events/210126_digital_currencies.htm> (cit. BIS 2021).

- Second, the monetary debt is *discharged* by the acceptance of such an asset.
- Third, settlement takes place in the legal *unit* of account (usually the national currency) and at the *nominal* value of the offered and accepted asset (i.e., the amount paid), without taking inflation or other value risks into account.⁸²

The range of assets constituting a legal tender can even include foreign government money (as in the case of dollarization) as well as private money (as recently in the case of Bitcoin in El Salvador, see shortly). Assets that are not suitable to fully perform the three monetary functions are not likely to be accepted as money, despite their status, but at most as a performance in lieu of payment.

According to the prevailing view in most countries, cryptocurrencies are not considered “money” in the legal sense (for Switzerland, see Art. 84 Code of Obligations⁸³), as they generally do not sufficiently fulfil the typical money functions and would therefore be all the less suitable as legal tender.⁸⁴ However, partly it is argued that widely used cryptocurrencies accepted by the public can adopt the typical functions of money and, therefore, qualify as “money” in a broader sense.

Even governmental agencies (for example the Canton of Zug in Switzerland) are partly prepared to accept cryptocurrencies for tax payments. In addition, a state may, on the basis of its sovereignty, assign the status of legal tender to a cryptocurrency where (own and foreign) state monies do not or insufficiently fulfil a monetary function, as the example of El Salvador shows: It has granted Bitcoin (limited) legal tender status in the hope of improving domestic transfer payments.

2. Operational and compliance issues

The use of cryptocurrencies presents new risks of an operational nature, for example due to the irreversibility of the transactions being an inherent part of the design of most cryptocurrencies. The “double-spending” problem

⁸² BIS 2021.

⁸³ Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30. March 1911 (OR, SR 220).

⁸⁴ See also Haeberli Daniel/Oesterhelt Stefan/Wherlock Alexander, Switzerland, in: Dewey Josias N. (ed.), *Global Legal Insights, Blockchain & Cryptocurrency Regulation*, 3. ed. London 2021, 348 et seq., no. 1.

requires operational safeguards in order to avoid risks of systemic stability.⁸⁵ Another aspect concerns the *settlement finality* and the legal constitution of finality for the manifold cryptocurrency systems; it might be necessary (i) to define what would legally constitute finality for the variety of cryptocurrencies systems, i.e. how that state is determined in a decentralised environment⁸⁶ as well as (ii) to validate processes and identify the roles and functions of the network participants. The development of respective standards would be desirable (for example in respect of the “double-spending” problem). In addition, cryptocurrencies are vulnerable to *security breaches*, i.e. the transactional safety is a general objective that is increasingly exposed to threats caused by malware attacks etc.

Furthermore, compliance risks must be considered. Compliance plays a role in various respects (corporate governance, corporate social responsibility, data protection and data security, competitive behaviour, etc.)⁸⁷. But in financial markets in particular, the pseudonymous and borderless nature of cryptocurrency systems raises the below discussed financial integrity risks and KYD/AML challenges.⁸⁸

In light of the decentralized infrastructure used for cryptocurrency transactions, governmental regulatory measures and eventually sanctions can hardly be enforced against participants interacting in the crypto markets (issuance and transfer of tokens). Rather, the interface between cryptocurrencies and the broader economy will often be established by an exchange or another virtual asset service provider. In this context, *compliance measures* and other preventive activities (such as customer due diligence) must be implemented. Finally, record-keeping and accounting requirements as well as the tax regulations vary across countries.

3. Consumer protection

In general, consumer protection has become an important regulatory topic. Safeguarding consumer interests and ensuring transparent and fair service levels are key for the acceptability of cryptocurrencies in the public. This aspect needs to be considered for cryptocurrencies and retail CBDC.

⁸⁵ WEF, 8.

⁸⁶ For the problem of the settlement finality see also European Central Bank, the Use of DLT in Post-Trade Processes: Advisory Groups on Market Infrastructures for Securities and Collateral and for Payments, April 2021.

⁸⁷ WEF, 9.

⁸⁸ See [C.III.4.](#)

The general consumer protection laws also apply in respect of the new payment and value means but apart from the described *multi-jurisdictional risks* new challenges are given,⁸⁹ for example (i) the price volatility of cryptocurrencies, (ii) the absence of specific depositor protection, (iii) the lack of payment protection due to the irreversibility of transactions, (iv) the problem of establishing accountability towards the users, (v) the privacy risks stemming from the pseudonymous nature of cryptocurrencies, as well as (vi) the risks of market manipulation (in particular by so-called whales, i.e. individuals or entities that hold large amounts of a cryptocurrency), which have so far not been adequately covered by regulatory safeguards.

The new emanations of decentralized finance (DeFi) require fresh approaches in the consumer protection context. Thereby, adequate *information and transparency* play an important role.⁹⁰ In case of self-hosted wallets (without any custody function of an intermediary) individual users must understand the interface, security mechanisms, private key management and storage particularities in order to empower them to appropriately act if for example a wallet is lost. Eventually, the applicable information requirements in financial market law need to be amended.

Due to the fact that private forms of money “only” constitute liabilities of private issuers, certain imminent risks are existing. The *financial soundness* of the issuer or DLT administrator is essential; instead of made promises fraud, mismanagement of liquidity or solvency issues are risks that could materialize.⁹¹ The expectation of *convertibility* into a fiat currency and any exchange for goods or services depends on the willingness of someone to do such transaction based on certain value assumptions.⁹²

4. KYC / AML

Cryptocurrencies bear the risk that the monetary means are used in a way not being compliant with *anti-money laundering* (AML) and *counter-financing*

⁸⁹ WEF 9.

⁹⁰ For an overview of the DeFi challenges see World Economic Forum, Decentralized Finance (DeFi) Policy-Maker Toolkit, June 2021.

⁹¹ See Zetzsche Dirk A. et al., The ICO Gold Rush: It's a scam, It's a Bubble, It's a Super Challenge for Regulators, in: Harvard International Law Journal 2/2019, 267 et seq.

⁹² Panetta Fabio, Designing a digital euro for the retail payments landscape of tomorrow, Speech, Brussels, 18. November 2021, <<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2021/html/ecb.sp211118-b36013b7c5.en.html>>.

of terrorism (CFT) regulations. In the meantime, the design of the AML/CFT normative framework has become an intensively discussed topic in international bodies.

AML risks occur due to the *anonymity* (or *pseudonymity*) and the decentralization of the network structures as well as the abuse of unregulated borderless networks. The identity of the involved persons is often unknown and is not linked to a certain wallet or transaction. Some privacy coins go even further (for example Dash, Monero) being designed in a completely anonymous way.⁹³

In order to establish “clean” financial markets, providers of cryptocurrencies’ services must be subject to *know your customer* (KYC) due diligence obligations and AML observance requirements. Even if uniform rules have not yet emerged, the guidelines of international organizations and of regional organizations do have an important impact.

The *Financial Action Task Force* (FATF) is constantly amending and improving its guidelines in order to minimize the AML risks. The “Guidance for a Risk-Based Approach: Virtual Currencies” of June 2015 has been amended several times. An update of the FATF recommendations stems from October 2018; in June 2019 the FATF adopted an Interpretative Note to Recommendation 15 setting requirements for effective regulation and supervision. The applicable rules provide for a dense regulatory framework. According to the so-called “*travel rule*”, the involved providers should obtain and hold required and accurate originator and beneficiary information in relation to cryptocurrency transfers.⁹⁴

In the European Union, the fifth Anti-Money Laundering Directive (AMLD) of 2018 aims at tackling the providers engaged in exchange services (virtual against fiat currencies) and the custodian wallet providers, i.e. the scope of application is very wide.⁹⁵ In July 2021, the European Commission presented a proposal for the sixth AMLD that not only envisages to implement stricter regulations (for example by broadening the scope of the “*travel rule*”) but also intends to establish a new EU-authority coordinating the activities of the different national AML supervisors.⁹⁶ In Switzerland, the Anti-Money

⁹³ Poskriakov Fedor/Chiriaeva Maria/Cavin Christoph, Cryptocurrency compliance and risks: A European KYC/AML perspective, in: Dewey Josias N. (ed.), *Global Legal Insights, Blockchain & Cryptocurrency Regulation*, 3. ed., London 2021, 111 et seq., 114 et seq.

⁹⁴ Poskriakov/Chiriaeva/Cavin, 119 et seqq.

⁹⁵ Poskriakov/Chiriaeva/Cavin, 116.

⁹⁶ The proposals are contained in COM/2021/420 final and COM/2021/421 final.

Laundering (AML) Act and the AML Ordinance equally encompass the whole digital money business. In addition, some provisions of the new Act relating to Blockchain and Digital Ledger Technology (DLT-Act) can become relevant. Therefore, the implementation of compliance measures becomes a far-reaching fit and proper requirement in financial markets businesses and new technological solutions must be implemented.

5. Further topics

Many other topics also play an important role in the digital money context, but can only be shortly addressed in this article. Digital identity is essential in order to secure financial integrity and AML/CFT compliance. For example, the KYC principle requires a clear allocation of assets to the (designed) beneficial owner. Therefore, some countries have implemented digital identity rules (for example the EU with the eIDAS Regulation 910/2014) in connection with an electronic KYC regime.⁹⁷

A further topic concerns reporting requirements and tax regulations. The proper valuation of cryptocurrencies is relevant for the corporate accounting and the tax assessments. So far, most countries base the applicable provisions on a cost-based rule-making as long as the digital assets are held in custody. But an actual realization of such values in form of an exchange into goods or fiat money can lead to a taxable gain.

D. Outlook

The value allocation in cryptocurrencies and other digital assets and the use of such means not only for value storage but also as an instrument for payments facilitation is rapidly growing. However, the efforts of international regulators to establish a *reliable and enforceable legal framework* have not yet led to resilient approaches. For example, even without such a framework the market capitalization of stablecoins has substantially increased from USD 5 billion to USD 120 billion since early 2020.⁹⁸

When the Libra project was announced in 2019, *stablecoins* entered the agenda of Central Banks, capital market authorities and international regulators due

⁹⁷ For an overview see Weber Rolf H., Open Finance and Decentralized Finance – Entwicklungen in einem disruptiven Finanzmarktumfeld, SZW 1/2022, 3, 9-10.

⁹⁸ Adachi et al., 54 et seq.

to concerns that global network platforms could reach billions of potential users.⁹⁹ However, the pathway to find solutions has remained difficult in the light of potential risks related to financial stability and market integrity.¹⁰⁰

While DLT entrepreneurs and proponents of decentralized finance (DeFi) promise low transactions costs, the potential of cryptocurrencies to inherit the traditional functions of money as a means of exchange or a unit of account is partly undermined by volatilities and attempts to primarily store the respective values.¹⁰¹

The need to maintain a permanent 24/7 record of all executed transactions requires computer power and a sufficient number of tokens to validate the processes. “*Staking awards*” are granted by the concerned blockchain community to remunerate the individual contribution to the validation processes in the growing sector of proof-of-stake blockchains. Even individuals owning only small amounts of a certain coin can participate in such interest-like rewards by pooling coins with others; after deducting the services fees, the prospect of high yields compared to the zero interests rate level in the real economy is tempting.¹⁰²

In the past, mainly investors used traditional investment vehicles such as funds (ETFs) to diversify their portfolios with crypto assets. For such investments, a certain level of trust into the financial intermediaries involved is essential. Such trust can be built if regulators and supervisory authorities foster the *confidence* of the investors. An internationally accepted understanding of the legal framework is necessary since the new products and services go beyond the boundaries of traditional financial market regulations.

In principle, it appears to be necessary to distinguish between cryptocurrencies in general and stablecoins and CBDCs in particular. Stablecoin reg-

⁹⁹ Ferreira, 755 et seq.

¹⁰⁰ Haun/Tillemann/Rathmell, *passim*.

¹⁰¹ For a recent analysis of the DeFi challenges see IOSCO, Decentralized Finance Report, OR01/2022, March 2022.

¹⁰² See Schärli Kilian/Meisser Luzius/Luthiger Reto, Finanzmarktrechtliche Einordnung der Stakings von Kryptowährungen, Jusletter IT 30, September 2021.

ulations must address conflicting national laws, the cross-border use and uncertainties about international enforceability.¹⁰³ In the EU, MiCA attempts to introduce specific regulations.¹⁰⁴

Regarding CBDC new aspects such as the competition with commercial bank deposits and the (non-)reliance on a distributed ledger system or the (non-)use of retail CBDC as a monetary policy tool¹⁰⁵ are relevant regulatory issues that have an impact on *financial stability* and monetary policy concerns. Based on the idea that a CBDC replicates physical cash, such an electronic coin must preserve transaction privacy while meeting regulatory requirements.¹⁰⁶

The heterogeneous approach to property rights depending on different legal traditions influences the possibility of constituting *ownership rights* regarding cryptocurrencies under existing laws. Some jurisdictions amend general provisions, others create a special regime.¹⁰⁷ Particularly if it comes to insolvency proceedings it is important to have regimes in place that help creditors to separate their deposited coins and to have them surrendered from the bankruptcy estate. A further unsolved issue relates to the question of whether at all or eventually which coins deposits could be covered by an applicable depository insurance regime.

¹⁰³ Schwarcz Steven L., Regulating Global Stablecoins: A Model-Law Strategy, in: Duke Global Working Paper Series, Forthcoming, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3966569>.

¹⁰⁴ See Zetzsche Dirk A. et al., The Markets in Crypto-Assets regulation (MiCa) and the digital finance strategy, in: Capital Markets Law Journal 2/201, 203 et seq.

¹⁰⁵ See Zellweger-Gutknecht/Geva/Grünewald, 314 et seq.

¹⁰⁶ Chaum David/Grothoff Christian/Moser Thomas, How to issue a central bank digital currency, SNB Working Papers 3/2021, <https://www.snb.ch/n/mmr/reference/working_paper_2021_03/source/working_paper_2021_03.n.pdf>.

¹⁰⁷ See Allen Jason G. et al., Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets, Cambridge 2020, <<https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/10/2020-ccaf-legal-regulatory-considerations-report.pdf>>.

„From Farm to Fork“ – Schwerpunkte der EU-Lebensmittelrechtspolitik bis 2024

Matthias Horst*

Inhalt

A.	Der Europäische Grüne Deal	H 2
B.	„Vom Hof auf den Tisch“ – Ziele und Vorgehensweise	H 3
I.	Zielbereiche	H 3
II.	Forschung, Innovation, Wissenschaftliche Untermauerung, Beratung	H 4
III.	Einbindung in den globalen Wandel	H 4
IV.	Kollektiver Ansatz	H 5
C.	Verhaltenskodex für verantwortungsvolle Unternehmens- und Marketingpraktiken	H 5
D.	Zum Inhalt der Strategie „Vom Hof auf den Tisch“	H 6
I.	Zielrichtung und Definition	H 6
II.	Gewährleistung der Ernährungssicherheit	H 7
III.	Sicherstellung einer nachhaltigen Lebensmittelerzeugung	H 7
IV.	Förderung der Nachhaltigkeit in der Lebensmittelverarbeitung, im Handel (Gross- und Einzelhandel) sowie im Bereich der Grossverbraucher (Gastgewerbe und Verpflegungseinrichtungen)	H 8
V.	Förderung eines nachhaltigen Lebensmittelverzehrs, Erleichterung der Umstellung auf eine gesunde und nachhaltige Ernährung	H 10
1.	Obligatorische Nährwertkennzeichnung auf der Verpackungsvorderseite	H 10
2.	Erstellung von Nährwertprofilen	H 12
3.	Neuformulierung von Lebensmitteln	H 12
4.	Ausweitung der obligatorischen Ursprungs- oder Herkunftsangabe	H 14
5.	„Öko-Claims“	H 16
6.	Rahmenregelung zur „nachhaltigen Lebensmittelkennzeichnung“	H 16
7.	Verringerung von Lebensmittelverlusten und -verschwendung	H 16
VI.	Bekämpfung von Lebensmittelbetrug	H 17
VII.	Rechtsrahmen für nachhaltige Lebensmittelsysteme – eine neue EU-Basis-Regelung?	H 17
E.	Resümee	H 20

* Matthias Horst ist langjähriger Hauptgeschäftsführer ernährungswirtschaftlicher Spitzenverbände, Honorarprofessor an der Universität Bonn, Mitglied des Verwaltungsrates der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA), heute ZENK Rechtsanwälte, Berlin.

A. Der Europäische Grüne Deal

Mit dem im Dezember 2019 vorgestellten „Grünen Deal“¹ hat die Europäische Kommission eine neue Wachstumsstrategie vorgeschlagen, „mit der die EU zu einer fairen und wohlhabenden Gesellschaft mit einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft werden soll, in der im Jahr 2050 keine Netto-Treibhausgas-Emissionen mehr freigesetzt werden und das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung abgekoppelt ist“.

Kernstück des „Grünen Deals“ ist die Strategie „Vom Hof auf den Tisch“². Mit ihr soll eine Umstellung auf ein *nachhaltiges Lebensmittelsystem* erreicht werden, das „ökologischen, gesundheitlichen und gesellschaftlichen Gewinn mit sich bringen, wirtschaftliche Chancen eröffnen und sicherstellen“ kann, in der Hoffnung, „dass uns der Weg aus der Krise heraus in Richtung Nachhaltigkeit führt.“

Zugleich sieht die Kommission die Strategie als einen zentralen Bestandteil ihrer Agenda zur Verwirklichung der Ziele der Vereinten Nationen für nachhaltige Entwicklung (SDG = Sustainable Development Goals)³.

Mit Veröffentlichung der Strategie hat auf politischer Ebene, in Verbraucherverbänden und anderen NGO's sowie in allen Bereichen der Lebensmittelwirtschaft – Landwirtschaft, Industrie, Handwerk, Handel und Grossverbraucher – eine intensive Diskussion eingesetzt, die zu einer Vielzahl von Bewertungen und zusätzlichen Vorschlägen geführt hat. Bei allen unterschiedlichen Auffassungen in Einzelfragen ist jedoch verbreitet eine konstruktive Bereitschaft festzustellen, sich für mehr Nachhaltigkeit des Lebensmittelsystems einzusetzen.

So hat bereits im Oktober 2020 der Rat der Europäischen Union zur Strategie „Vom Hof auf den Tisch“ Stellung genommen⁴ und sie ganz überwiegend hinsichtlich ihrer Ziele und Massnahmen unterstützt sowie einige ergänzende Vorschläge unterbreitet bzw. Forderungen erhoben. Im Ergebnis ebenso positiv hat sich das Europäische Parlament in seiner Entschliessung vom 20. Ok-

¹ Mitteilung der Kommission, Der europäische Grüne Deal, COM (2019) 640 final vom 11. Dezember 2019.

² Mitteilung der Kommission, „Vom Hof auf den Tisch“ – eine Strategie für ein faires, gesundes und umweltfreundliches Lebensmittelsystem, COM (2020) 381 final vom 20. Mai 2020.

³ Abrufbar unter <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>>.

⁴ Schlussfolgerungen des Rates zur Strategie „Vom Hof auf den Tisch“, 12099/20, vom 19. Oktober 2020, abrufbar unter <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12099-2020-INIT/de/pdf>>.

tober 2021⁵ geäussert und in insgesamt 144 Punkten eine Vielzahl zusätzlicher Erwägungen angestellt und z. T. sehr detaillierte Nachbesserungen/Verschärfungen angemahnt.

B. „Vom Hof auf den Tisch“ – Ziele und Vorgehensweise

I. Zielbereiche

Insgesamt siebenundzwanzig Einzelmassnahmen sieht die Strategie vor, um ein nachhaltigeres Lebensmittelsystem zu erreichen. Sie betreffen die Lebensmittelerzeugung (zehn Massnahmen), die Lebensmittelverarbeitung, den Handel (Gross- und Einzelhandel) und den Grossverbraucherbereich (Gastgewerbe und Verpflegungsdienste) mit sieben Massnahmen. Sie zielen auf einen „nachhaltigen Lebensmittelverbrauch“ und auf die „Erleichterung der Umstellung auf eine gesunde und nachhaltige Ernährung“ mit sechs Massnahmen ab, und schliesslich sollen sich zwei Aktivitäten dem Thema „Lebensmittelverluste und Lebensmittelverschwendung“ widmen.

Als „allgemeine Massnahmen“ avisiert die Mitteilung

- die Schaffung eines Rechtsrahmens für nachhaltige Lebensmittelsysteme und
- die Ausarbeitung eines Notfallplans zur Gewährleistung der Lebensmittelversorgung und der Ernährungssicherheit.

Im Anhang der Mitteilung listet ein detaillierter Zeitplan für die Jahre 2021 bis 2024 die legislativen Vorschläge und die sonstigen Massnahmen zur Verwirklichung der siebenundzwanzig Punkte auf. Angesichts des – auch durch das bisher festzustellende „Tempo“ – erkennbaren Willens der Kommission, die Strategie umzusetzen, wird sie bemüht sein, den Zeitplan einzuhalten. Es ist aber davon auszugehen, dass das legislative Programm den europäischen Gesetzgeber bis gegen Ende der 20er Jahre „beschäftigen“ wird.

⁵ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2021 zu einer Strategie „Vom Hof auf den Tisch“ für ein faires, gesundes und umweltfreundliches Lebensmittelsystem (2020/2260 [INi]), abrufbar unter <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0425_DE.html>.

II. Forschung, Innovation, Wissenschaftliche Untermauerung, Beratung

Die Mitteilung unterstreicht die Bedeutung von Forschung und Innovation bei der Umstellung auf ein nachhaltigeres Lebensmittelsystem. Entsprechend sieht die Kommission die Notwendigkeit einer Verstärkung der Aktivitäten in diesen Bereichen und will dazu die erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung stellen.

Eine zentrale Aufgabe wird dabei der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) in Parma zukommen. Ihre Aufgabe ist „die wissenschaftliche Beratung sowie die wissenschaftliche und technische Unterstützung für die Rechtsetzung und Politik der Gemeinschaft in allen Bereichen, die sich mittelbar und unmittelbar auf die Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit auswirken. Sie stellt unabhängige Informationen in diesen Bereichen bereit...“. Sie berücksichtigt „im Rahmen des Funktionierens des Binnenmarktes die Tiergesundheit und den Tierschutz, die Pflanzengesundheit und die Umwelt“. Ihr Auftrag „umfasst ferner wissenschaftliche Beratung und technische Unterstützung in Bezug auf die menschliche Ernährung im Zusammenhang mit der Rechtsetzung der Gemeinschaft...“, Art. 22 Basis-Verordnung⁶.

Dieses Auftragspektrum und ihre rechtlich verbrieft wissenschaftliche Unabhängigkeit – von Politik, Verwaltung, Wirtschaft und NGO's – prädestinieren die EFSA, die wissenschaftlichen Grundlagen für ein nachhaltigeres Lebensmittelsystem in der Union zu liefern.

Um die Ziele der Strategie zu verwirklichen, bedarf es keineswegs nur neuer legislativer Ansätze, sondern – neben wissenschaftlicher Untermauerung – auch einer „objektiven, massgeschneiderten Beratung“, eines Wissenstransfers und sonstiger inhaltlicher Hilfestellungen für alle Bereiche der Lebensmittelkette, um den Anforderungen gerecht werden zu können.

III. Einbindung in den globalen Wandel

Im Einklang mit ihrer „Vom Hof zum Tisch-Strategie“ will die Kommission den weltweiten Übergang zu nachhaltigeren Agrar- und Lebensmittelsystemen unterstützen. Entsprechend soll ihre Handelspolitik dazu eingesetzt werden, um „ambitionierte Zusagen von Drittländern zu erreichen“. Ein nachhalti-

⁶ Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. L 31 vom 1. Februar 2002, S. 1-24.

geres Lebensmittelsystem in der Union erfordert im Hinblick auf den globalen Handel mit Lebensmitteln aus Drittländern, dass diese auch den – künftigen – EU-Anforderungen genügen (können), um im insoweit sensiblen EU-Markt ihre Chancen zu wahren.

IV. Kollektiver Ansatz

Grossen Wert legt die Kommission darauf, bei der Verwirklichung des Zieles der Strategie „Vom Hof auf den Tisch“ einen kollektiven Ansatz zu verfolgen, d.h. „Behörden auf allen Regierungs- und Verwaltungsebenen (einschliesslich Städten, Land- und Küstengemeinden), Akteure des Privatsektors entlang der Lebensmittelwertschöpfungskette, Nichtregierungsorganisationen, Sozialpartner, akademische Kreise sowie Bürgerinnen und Bürger“ einzubeziehen. Entsprechend ist eine Reihe von Folgeabschätzungen – auch im Wege öffentlicher Konsultationen – vorgesehen. Zur Strategie selbst ist eine solche bereits durchgeführt worden, deren Ergebnisse jedoch noch nicht veröffentlicht sind; zu anderen Massnahmen sind sie gestartet, so zum Thema „Kennzeichnung“⁷.

C. Verhaltenskodex für verantwortungsvolle Unternehmens- und Marketingpraktiken

In dem Bewusstsein, dass Wandel zu nachhaltigen Lebensmittelsystemen nur mit der Beteiligung der zentralen Akteure der Lebensmittelkette gelingen kann, hat die Kommission – als erste der 27 Massnahmen – einen „EU-Verhaltenskodex für verantwortungsvolle Unternehmens- und Marketingpraktiken“ entwickelt, der nach intensiven Diskussionen Anfang Juli 2021 – von 65 Unternehmen und Verbänden unterzeichnet – vorgestellt worden ist⁸. Er findet Anwendung auf den sog. Mittelteil der Lebensmittelkette – „Produktion, Handel, Verarbeitung, Vermarktung, Vertrieb und Lebensmitteldienstleistungen“ – und dient als „gemeinsamer Zielpfad zu nachhaltigen Lebensmittelsystemen“. Die Teilnahme ist freiwillig; mittlerweile haben mehr als 100 Verbände und Unternehmen den Kodex unterzeichnet.

Das Dokument umfasst ein *allgemeines* Rahmenwerk aus erklärten Zielvorgaben und Zielsetzungen (u.a. Förderung eines gesunden und nachhaltigen

⁷ Weitere Informationen abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13174-Nachhaltiges-EU-Lebensmittelsystem-neue-Initiative_de>.

⁸ EU Code of Conduct on Responsible Food Business and Marketing Practices, A common aspirational path towards sustainable food systems, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/food/system/files/2021-06/f2f_sfpd_coc_final_en.pdf>.

Ernährungsverhaltens, Vermeidung und Reduzierung von Lebensmittelverlusten und -verschwendung, klimaneutrale Lebensmittelkette in der EU bis 2050, kreislauforientierte und ressourceneffiziente Lebensmittelkette, dauerhaftes, inklusives und nachhaltiges Wirtschaftswachstum, Beschäftigung und menschenwürdige Arbeit für alle, nachhaltige Wertschöpfung durch Partnerschaft, nachhaltige Beschaffung in der Lebensmittelkette) sowie ein Rahmenwerk für „*ambitionierte Selbstverpflichtungen* von Unternehmen“, die eine Führungs- bzw. Vorreiterrolle durch besondere Leistungen übernehmen wollen.

Durch eine Initiative zur Verbesserung des Corporate Governance-Rahmens will die Kommission sicherstellen, dass die „Nachhaltigkeit“ in die Unternehmensstrategie verpflichtend einbezogen werden muss.

D. Zum Inhalt der Strategie „Vom Hof auf den Tisch“

I. Zielrichtung und Definition

Zur „Gestaltung einer für Verbraucher, Erzeuger, Klima und Umwelt förderlichen Lebensmittelversorgungskette“ werden sechs Bereiche identifiziert und beschrieben, in denen die Umstellung auf nachhaltige Lebensmittelsysteme ansetzen soll. *Definiert* wird ein nachhaltiges Lebensmittelsystem als „ein Lebensmittelsystem, das Ernährungssicherheit und Nahrungsmittel für alle bietet, und zwar derart, dass die wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Grundlagen zur Gewährleistung von Ernährungssicherheit und Nahrungsmitteln für zukünftige Generationen nicht beeinträchtigt werden. Das bedeutet, dass es i.) durchgehend profitabel ist (wirtschaftliche Nachhaltigkeit); ii.) umfangreiche Vorteile für die Gesellschaft bietet (soziale Nachhaltigkeit); und iii.) positive oder neutrale Auswirkungen auf die natürliche Umwelt hat (ökologische Nachhaltigkeit)“⁹.

Schwerpunkte dieser Handlungsbereiche werden, insbesondere sofern sie (lebensmittel-) rechtliche Auswirkungen haben, nachfolgend dargestellt und bewertet.

Zunächst sei auf eine bereits erfolgte Massnahme eingegangen:

⁹ Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen, FAO; vgl. auch EU-Verhaltenskodex (siehe oben [C](#)) Fussnote 8.

II. Gewährleistung der Ernährungssicherheit

Um die Versorgung mit sicheren, nachhaltigen und bezahlbaren Lebensmitteln jederzeit und gerade auch in Krisenzeiten (z.B. Covid-19-Pandemie, Dürren, Überschwemmungen, Krieg) zu gewährleisten, sieht die „Vom Hof zum Tisch-Strategie“ die Erarbeitung eines Notfallplanes vor, der in Krisenzeiten in Kraft gesetzt werden soll; dieser wurde bereits im November 2021 als zweite Massnahme aus dem Katalog der Strategie von der Kommission angenommen und als Mitteilung¹⁰ veröffentlicht. Bei der Vorstellung des Planes erklärte der für Landwirtschaft zuständige Kommissar Janusz Wojciechowski, der Notfallplan gewährleiste „die Vorsorge der EU und eine enge Koordinierung zwischen der EU, den Mitgliedsstaaten sowie dem öffentlichen und privaten Sektor, um einseitige Entscheidungen zu vermeiden und ein effizientes Krisenmanagement zu ermöglichen“. Wie notwendig es ist, auf Krisenzeiten vorbereitet zu sein, zeigt in besonderem Masse der gegen die Ukraine geführte Krieg; schon kurz nach seinem Beginn kam es bei bestimmten Produkten zu Lieferengpässen (z.B. Sonnenblumenöl); die Auswirkungen auf die weltweite Versorgung mit Getreide werden als erheblich prognostiziert.

III. Sicherstellung einer nachhaltigen Lebensmittelerzeugung

Erster Schwerpunkt der Strategie ist die Ebene der Erzeugung von Lebensmitteln in der Landwirtschaft, in der Fischerei und in der Aquakulturproduktion. Dort gilt es, Änderungen zu erreichen, um die „Klima- und Umweltergebnisse zu verbessern, die Klimaresilienz zu erhöhen und den Einsatz von Betriebsmitteln (z.B. Pestizide, Düngemittel) zu verringern und zu optimieren“. So soll beispielsweise bis zum Jahre 2030 der Einsatz von chemischen Pestiziden insgesamt um 50 % verringert werden, um dadurch dem Verlust der biologischen Vielfalt und der Schädigung von Insekten, Vögeln, Säugetieren und Amphibien entgegenzuwirken. Gestärkt werden soll der integrierte Pflanzenschutz und der Einsatz sicherer alternativen Methoden zum Schutz der Ernten vor Schädlingen und Krankheiten. Aufgrund des in die Umwelt eingetragenen Nährstoffüberschusses (insbesondere an Stickstoff und Phosphat), der ebenfalls einen wesentlichen Beitrag zur Luft-, Boden- und Wasserverschmutzung sowie zur Klimaschädigung leistet, soll der Einsatz von Düngemitteln bis 2030 um mindestens 20 % reduziert werden.

¹⁰ Mitteilung der Kommission, Notfallplan zur Lebensmittelversorgung und Ernährungssicherheit, COM (2021) 689 final, 12. November 2021.

Angesichts der Tatsache, dass die Landwirtschaft für über 10 % der Treibhausgasemissionen in der Gemeinschaft verantwortlich ist, und davon fast 70 % aus der Tierhaltung stammen, die 68 % der gesamten landwirtschaftlichen Fläche benutzt, soll das Angebot nachhaltiger und innovativer Futtermittelzusatzstoffe unterstützt werden, um insoweit zu einer Reduktion der schädlichen Einträge zu gelangen. Die Problematik antimikrobieller Resistenzen soll dadurch entschärft werden, dass die Verwendung antimikrobieller Mittel in der Tiererzeugung ebenfalls um 50 % zurückgeführt wird.

Auch die Verbesserung des Tierwohls ebenso wie der Pflanzengesundheit ist im Zielkatalog der Strategie enthalten.

Der ökologische Landbau soll im Jahre 2030 auf mindestens 25 % der landwirtschaftlichen Flächen der EU betrieben werden; ebenso soll die ökologische Aquakultur ausgebaut werden.

Um den Primärerzeugern in der Landwirtschaft den Übergangsprozess zu erleichtern, beabsichtigt die Kommission, die „Wettbewerbsregeln für kollektive Initiativen zur Förderung der Nachhaltigkeiten der Lieferketten zu präzisieren“. Damit soll die Position der Landwirte wie auch der Fischer in der Lieferkette, insbesondere auch gegenüber einem sehr nachfragemächtigen Handel, gestärkt werden.

Im Hinblick auf den wirtschaftlichen Aspekt der Nachhaltigkeit wird an verschiedenen Stellen der Mitteilung die Notwendigkeit betont, im Bereich der Erzeugung angemessene Einkommen zu gewährleisten; dies wird in der Entschliessung des Europäischen Parlaments ebenso unterstrichen wie in den Schlussfolgerungen des Rates.

IV. Förderung der Nachhaltigkeit in der Lebensmittelverarbeitung, im Handel (Gross- und Einzelhandel) sowie im Bereich der Grossverbraucher (Gastgewerbe und Verpflegungseinrichtungen)

Als einer der grössten Industriezweige in der Union und als weltweit grösster Importeur und Exporteur von Lebensmitteln hat die Lebensmittelwirtschaft einen relevanten Anteil am ökologischen und sozialen Fussabdruck in der EU und auch bezogen auf den globalen Handel mit Lebensmitteln. Insoweit kann eine Stärkung der Nachhaltigkeit der Lebensmittelsysteme einen signifikanten Beitrag zu Verbesserungen leisten; entsprechend sieht die „Vom Hof zum Tisch-Strategie“ die Branche im Fokus ihrer Zielsetzung und schreibt ihr

eine Vorreiterrolle zu; dies kommt in dem bereits oben unter [C](#) angesprochenen Verhaltenskodex für verantwortungsvolle Unternehmens- und Marketingpraktiken zum Ausdruck.

Legislative Massnahmen sollen die Umstellung auf nachhaltigere Lebensmittelsysteme vorgeben. Hierzu zählen die Anregung zur Neuformulierung von Lebensmitteln, die Erstellung von Nährwertprofilen einzelner Lebensmittel und auch die Förderung von Kreislaufmodellen in der Lebensmittelverarbeitung und im Einzelhandel. Die Überprüfung der Anforderungen an Lebensmittelkontaktmaterialien (insbesondere Verpackungen) soll zum einen die Lebensmittelsicherheit erhöhen und zum anderen die Verpackungsarten umweltfreundlicher gestalten, sodass sie einen Beitrag zur Verringerung der Lebensmittelabfälle leisten können. Ebenso ist eine Überarbeitung von Vermarktungsnormen vorgesehen sowie eine Stärkung des Rechtsrahmens für geografische Angaben; Ziel ist jeweils die Inkorporierung von Nachhaltigkeitskriterien in bestehende Regelungswerke.

Ordnungspolitisch nicht unproblematisch erscheint die Absicht der Kommission, von Unternehmen bzw. Branchen Zusagen zu fordern, dass „Preiskämpfe im Lebensmittelbereich in der Bevölkerung nicht zu einer geringeren Wertschätzung von Lebensmitteln führen [...]. Beispielsweise ist von Werbekampagnen für Fleisch zu Tiefstpreisen abzusehen“. Beides mag im Ergebnis wünschenswert sein, es fragt sich nur, ob es eine hoheitliche Aufgabe ist und ob es gerechtfertigt werden könnte, insoweit in den Wettbewerb einzugreifen, denn, sofern sich nichts ändert, will die Kommission „Legislativmassnahmen in Betracht ziehen“.

Auch will sich die Kommission um kürzere Lieferketten kümmern, um die Zahl von Langstreckentransporten zu verringern. Dies soll der Stärkung regionaler und lokaler Lebensmittelsysteme dienen und wird auf breite Zustimmung in Politik und Gesellschaft stossen, werden doch Regionalität und auch Saisonalität auch unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit allgemein positiv bewertet. Eine positive Resonanz ist auch aus der Landwirtschaft und von regional distribuierenden Unternehmen zu erwarten.

Das Europäische Parlament begrüsst das Ziel der Verkürzung von Lieferketten fast euphorisch und betont u.a., „wie wichtig frische Bio-Lebensmittel sind, die vor Ort konsumiert werden, was der Gesundheit der Verbraucher und der Umwelt zugutekommt“. Ob insoweit auch die Gesundheit als Begründung zur Verkürzung von Lieferketten taugt, erscheint doch fraglich.

Grundsätzlich mag an dieser Stelle die Anmerkung erlaubt sein, dass der Erfolg des Binnenmarktes gerade im Lebensmittelbereich im freien Handel aller wo

auch immer in der Union hergestellten Produkte begründet ist, und die Verbraucherinnen und Verbraucher in der EU das dadurch ermöglichte vielfältige Angebot seit Jahrzehnten schätzen und nachfragen. Darüber hinaus darf auch nicht übersehen werden, dass Lebensmittel ein „global business“ sind, die EU ein bedeutender Exporteur wie auch Importeur ist, und aber auch manches Land in der Dritten Welt auf den Export seiner Lebensmittel angewiesen ist. Dies sollte bei allen zweifellos notwendigen Anstrengungen um mehr Nachhaltigkeit nicht vergessen werden.

V. Förderung eines nachhaltigen Lebensmittelverzehrs, Erleichterung der Umstellung auf eine gesunde und nachhaltige Ernährung

Ausgehend von der Feststellung, dass die derzeitigen Lebensmittelverzehrsmuster „sowohl unter gesundheitlichen als auch unter ökologischen Gesichtspunkten nicht nachhaltig“ sind, sieht die „Vom Hof zum Tisch-Strategie“ eine Reihe von legislativen und administrativen Massnahmen vor, die zu einer erheblichen Veränderung der rechtlichen Voraussetzungen für die Herstellung und Vermarktung von Lebensmitteln in der Union führen können. Ziel ist es vor allem, der Zunahme von Übergewicht und Adipositas entgegenzuwirken, eine hauptsächlich pflanzliche Ernährung mit weniger Fleisch und Fleischzeugnissen und mit mehr Obst und Gemüse zu fördern, um dadurch das Risiko von Herz-, Kreislauf- und Krebserkrankungen zu verringern; insoweit ist auch eine Verknüpfung zu „Europas Plan gegen Krebs“ gegeben, in dessen Rahmen eine gesündere Ernährung als Präventivmassnahme einen hohen Stellenwert hat¹¹.

Insbesondere durch eine verbesserte Information soll ein nachhaltiger Lebensmittelverzehr gefördert und damit die Umstellung auf eine gesunde und nachhaltige Ernährung erleichtert werden. Dazu und zu weiteren Aspekten sind folgende Massnahmen vorgesehen:

1. Obligatorische Nährwertkennzeichnung auf der Verpackungsvorderseite

Obwohl verpackte Lebensmittel eine umfangreiche Nährwertkennzeichnung tragen müssen (Brennwert, Fett, gesättigte Fettsäuren, Kohlenhydrate, Zucker, Eiweiss und Salz und ggf. weitere Elemente), Art. 9 Abs. 1 lit. I i.V.m. Art. 30 ff.

¹¹ Mitteilung der Kommission, Europas Plan gegen den Krebs, COM (2021) 44 final vom 3. Februar 2021.

LMIV¹², wird seit Jahren über eine plakative Nährwertkennzeichnung – kontrovers – diskutiert, die es auf einen Blick – „Front of Pack“ – ermöglichen soll, eine gesundheitsbewusste Lebensmittelwahl zu treffen. So wurde lange über die sog. Lebensmittelampel gestritten; sie sollte mittels der Farben „grün“, „gelb“ und „rot“ für bestimmte Nähr- und Inhaltsstoffe (Fett, Salz, Zucker) anzeigen, ob das Lebensmittel einen hohen, mittleren oder geringen Gehalt daran aufweist. Dabei bestand und besteht aber die Problematik, dass die Wertung am einzelnen Lebensmittel und sogar an einzelnen „Bestandteilen“ ansetzt, das Ernährungsverhalten insgesamt aber – zwangsläufig – ausser Acht bleibt. Eine Ampel wäre daher zu simpel, um wirklich einen substantiellen Beitrag zur Verbesserung des Ernährungsverhaltens zu leisten.

Das gleiche gilt im Prinzip auch für die in verschiedenen Ländern (Belgien, Frankreich, Deutschland, Luxemburg, Niederlande, Schweiz und Spanien) zunehmend Verbreitung findende – freiwillige – Nutri-Score-Kennzeichnung, die nicht eine Einzelbewertung bestimmter Nährstoffe/Zutaten, sondern eine Gesamtbewertung des Lebensmittels anhand einer Farb- und Buchstabenscala (von A bis E) vornimmt.

Es ist nicht vorhersehbar, ob die Kommission in ihrem für das 4. Quartal 2022 angekündigten Vorschlag die Nutri-Score-Kennzeichnung aufgreift oder ein anderes Modell präsentiert; sicher erscheint, dass sie in jedem Fall eine verbindliche „Front of Pack“ Nährwertkennzeichnung verwirklichen will, zumal sie dazu von einer grossen Unterstützung seitens der Mitgliedstaaten und des Europäischen Parlaments ausgehen kann.

Auch bei EU – weit distribuierenden Unternehmen gibt es eine Präferenz für eine einheitliche Regelung, die eine reibungslose Vermarktung in allen Mitgliedstaaten sicherstellt.

Zur Vorbereitung hatte die Kommission die EFSA im März 2021 gebeten, Nährstoffe und nicht nährstoffhaltige Bestandteile von Lebensmitteln (z.B. Energie, Ballaststoffe) zu identifizieren, die von Bedeutung für die öffentliche Gesundheit sind, Lebensmittelgruppen aufzuzeigen, die eine wichtige Rolle in der europäischen Ernährung spielen und Kriterien zu benennen, die für die Auswahl von Nährstoffen, bzw. nicht nährstoffhaltigen Bestandteilen zur Erstellung von

¹² Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel (...), ABl. L 304 vom 22. November 2011, S. 18–63.

Nährwertprofilen massgeblich sein könnten. Ende April 2022 hat die EFSA ihre wissenschaftliche Stellungnahme dazu veröffentlicht¹³. Welche Schlüsse die Kommission für ihren Vorschlag daraus zieht, bleibt abzuwarten.

In keinem Falle wird auch eine noch so deutliche, bewertende Kennzeichnung auf der Packungsvorderseite eines einzelnen Lebensmittels das Ernährungsverhalten insgesamt einbeziehen. Inwieweit sie daher zur Bekämpfung von Übergewicht und Adipositas und zu einer gesünderen Ernährungsweise beitragen kann, wird durch umfangreiche Studien über einen längeren Zeitraum zu überprüfen sein. Gleichwohl werden sich die Unternehmen auf eine verbindliche „Front of Pack“- Nährwertkennzeichnung einstellen müssen; sie werden in diesem Zusammenhang ihre Rezepturen überprüfen und versuchen zu „optimieren“, um einen möglich günstigen „score“ zu erzielen.

2. Erstellung von Nährwertprofilen

Die Health-Claims-Verordnung¹⁴ sieht in ihrem Art. 4 Abs. 1 vor, dass die Kommission bis zum 19. Januar 2009 (!) spezifische Nährwertprofile hätte festlegen sollen, denen Lebensmittel oder bestimmte Lebensmittelkategorien entsprechen müssen, um nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben tragen zu dürfen. Anfang 2022, d.h. 13 Jahre später, gibt es diese Nährwertprofile immer noch nicht, obwohl verschiedene Anläufe zu ihrer Erarbeitung gemacht worden sind. Bisher ist es nicht gelungen, eine wissenschaftliche Begründung für derartige Profile für das Einzelebensmittel festzulegen, und es bleibt abzuwarten, ob dies nun im Rahmen der „Vom Hof zum Tisch-Strategie“ unter Berücksichtigung der oben unter 1. zitierten EFSA Stellungnahme gelingen kann; ein Vorschlag der Kommission soll im 4. Quartal 2022 erfolgen. Problematisch wird auch hier insoweit immer sein, dass auf Lebensmittel oder entsprechende Lebensmittelkategorien bezogene Nährwertprofile das Ernährungsverhalten insgesamt ausser Acht lassen.

3. Neuformulierung von Lebensmitteln

Auf EU-Ebene wie auch in den einzelnen Mitgliedsstaaten wird seit Jahren darüber diskutiert, wie man zu einem besser dem „Bedarf angepassten“ Le-

¹³ EFSA, Scientific advice related to nutrient profiling for the development of harmonised mandatory front-of-pack nutrition labelling and the setting of nutrient profiles for restricting nutrition and health claims on food, 24 March 2022, doi:10.2903/j.efsa.2022.7259.

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, ABl. L 404 vom 30. Dezember 2006, S. 9–25.

Lebensmittelangebot kommen kann, worunter in erster Linie Lebensmittel mit reduzierten Zucker-, Fett- und Salzgehalten verstanden werden. So haben sich in Deutschland im Jahr 2018 Verbände der Lebensmittelwirtschaft in einer Grundsatzvereinbarung mit dem Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft verpflichtet, in ihren jeweiligen Bereichen auf eine Reduktion des Gehaltes an diesen als besonders problematisch eingeschätzten Zutaten bzw. Inhaltsstoffen in Fertigprodukten hinzuwirken¹⁵.

Auch wenn die Freiwilligkeit dieser Initiativen betont wird, auch wenn in vielen Bereichen diesbezüglich schon Einiges erreicht worden ist, so werden im politischen und gesellschaftlichen Raum Forderungen nach weitergehenden Massnahmen zur „Reformulierung“ erhoben, die aufseiten der Anbieter zukünftig auch direkte staatliche Interventionen in die Produktgestaltung befürchten lassen.

Dass dies keine Schwarzmalerei ist, belegt die Absicht der Kommission, im Rahmen der „Vom Hof auf den Tisch – Strategie“ Initiativen zur Förderung der Neuformulierung verarbeiteter Lebensmittel „einschliesslich der Festlegung von Höchstgehalten für bestimmte Nährstoffe“ einleiten zu wollen. Politische Rückendeckung erhält die Kommission dabei vom Europäischen Parlament, das in seiner Entschliessung noch weiterzugehen scheint, wenn es zu Massnahmen gegen den übermässigen Verzehr von „hochgradig verarbeiteten“ Lebensmitteln aufruft. Dieses Kriterium entspringt eher allgemeinen, ideologischen Vorurteilen gegen Teile des heutigen Lebensmittelangebotes, als dass es die qualitativen Voraussetzungen eines Tatbestandsmerkmals erfüllen und als wissenschaftlich belegtes Abgrenzungsmerkmal dienen könnte.

Sollte es zu derartigen Regelungen kommen, wäre dies eine neue Qualität staatlicher Einflussnahmen auf die Lebensmittelproduktion, verbunden mit massiven Eingriffen in Grundrechte der Unternehmer, so auch in die Ausübung der Berufsfreiheit. Abgesehen von gravierenden rechtlichen und ordnungspolitischen Bedenken erscheint es zweifelhaft, ob damit tatsächlich ein relevanter Beitrag für eine gesunde Ernährung der Bevölkerung insgesamt geleistet werden könnte. Es kann nicht oft genug wiederholt werden, dass Massnahmen, die an einzelnen Lebensmitteln oder an einer Lebensmittelkategorie ansetzen, Aspekte des individuellen Ernährungsverhaltens ausser Acht lassen (müssen).

Und müsste man nicht befürchten, dass der Reichtum und die Vielfalt des europäischen Lebensmittelangebots, Schaden nehmen, wenn – traditionelle –

¹⁵ Abrufbar unter <https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Ernaehrung/Reduktionsstrategie/GrundsatzvereinbarungReduktion.pdf?__blob=publicationFile&v=4>.

Rezepturen Gegenstand derartiger staatlicher Reglementierung werden? Dieses besondere europäische Kulturgut beruht gerade auch auf der überwiegend klein- und mittelständigen Struktur (KMU) der Lebensmittelwirtschaft in der EU (allein ihre Ernährungsindustrie besteht aus ca. 290.000 Unternehmen); sie gilt es zu schützen.

4. Ausweitung der obligatorischen Ursprungs- oder Herkunftsangabe

Nicht ohne Weiteres einleuchtend erscheint die Absicht der Kommission, die obligatorische Ursprungs- oder Herkunftsangabe über den bisherigen Rahmen hinaus auf weitere Erzeugnisse ausdehnen zu wollen, um auch dadurch die Verbraucherinnen und Verbraucher in die Lage zu versetzen, „sich sachkundig für gesunde und nachhaltige Lebensmittel zu entscheiden“. Könnte es nicht vielmehr sein, dass die Kommission den verbreiteten politischen Forderungen nach mehr obligatorischer Ursprungs-/Herkunftskennzeichnung aus den Mitgliedsstaaten nachgeben und dies im Rahmen der „Vom Hof zum Tisch-Strategie“ als Aspekt der Nachhaltigkeit „verkaufen“ will?

In den vergangenen Jahren sind in einigen Mitgliedsstaaten (so in Frankreich) verbindliche Herkunftskennzeichnungsregelungen nicht nur diskutiert, sondern teilweise auch erlassen worden, die letztlich zu einer Behinderung des freien Warenverkehrs im Binnenmarkt führen mussten und geltendem Unionsrecht widersprachen. Der EuGH hat in seiner „Groupe Lactalis“ – Entscheidung¹⁶ festgestellt, dass nationale Regelungen zur Herkunftskennzeichnung nur zulässig sind, wenn objektiv eine nachgewiesene Verbindung zwischen bestimmten Qualitäten des Lebensmittels und seiner Herkunft besteht; allein subjektive Assoziationen der Mehrheit der relevanten Verbrauchergruppe mit der Herkunft reichten nicht aus.

Nationale Vorschriften über eine verbindliche Herkunftsangabe belasten die jeweiligen inländischen Hersteller (Inländerdiskriminierung), können aber auch die Vermarktung importierter Lebensmittel behindern, wenn sie, weil ohne Herkunftskennzeichnung, von den Verbraucherinnen und Verbrauchern als minderwertig angesehen werden; sie führen zu einer Re-Nationalisierung des harmonisierten Rechts und damit letztlich zu einer – kontraproduktiven – Fragmentierung des EU-Binnenmarktes.

Aber auch unionsrechtliche Verpflichtungen zur Ursprungs- bzw. Herkunftsangabe müssen gut begründet sein, denn sie können Erzeugnisse aus be-

¹⁶ EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2020 in der Rechtssache C-485/18, ECLI:EU:C:2020:763, *Groupe Lactalis*.

stimmten Ländern/Regionen in der Wahrnehmung der Verbraucherschaft letztlich diskriminieren, und entsprechend können sie immer wieder auftretenden protektionistischen Bestrebungen Vorschub leisten. Aus diesem Grunde war der europäische Gesetzgeber über Jahrzehnte äusserst zurückhaltend mit der Festlegung obligatorischer Herkunftsangaben.

Richtigerweise hat er dagegen im Rahmen einer – nicht diskriminierenden – Qualitätspolitik Mechanismen geschaffen, um geschützte Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben zu ermöglichen, sofern ihnen über die blossе Herkunft hinaus bestimmte Besonderheiten der Produkte (z.B. regionale Rezepturen/Spezialitäten) zugrunde liegen. Das gleiche gilt für „garantiert traditionelle Spezialitäten“. Mit diesen – marktwirtschaftskonformen – Mechanismen der Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnissen und Lebensmittel¹⁷ wird letztlich der kulinarische Reichtum der 27 EU-Mitgliedsstaaten geschützt und zugleich ermöglicht, dass diese – objektiv „besonderen“ – Lebensmittel im Binnenmarkt frei verkehrsfähig und damit für alle Verbraucherinnen und Verbraucher zugänglich sind. Gleiches gilt für die geschützten geografischen Angaben für Spirituosen¹⁸ und für die Ursprungskennzeichnungen, geografischen Angaben und traditionellen Begriffe im Weinsektor¹⁹.

Wenn die Mitteilung zur „Vom Hof zum Tisch-Strategie“ an anderer Stelle anmerkt, dass die Kommission den Rechtsrahmen für geografische Angaben stärken und ggf. durch spezifische Nachhaltigkeitskriterien ergänzen will, so erscheint das als der richtige Weg und nicht die Ausweitung der verpflichtenden Herkunftsangabe für „grundsätzlich austauschbare“ Lebensmittel; einen entsprechenden Entwurf einer Verordnung über „Geografische Angaben

¹⁷ Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. L 343 vom 14. Dezember 2012, S. 1–29.

¹⁸ Verordnung (EU) 2019/787 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über die Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Kennzeichnung von Spirituosen, die Verwendung der Bezeichnungen von Spirituosen bei der Aufmachung und Kennzeichnung von anderen Lebensmitteln, den Schutz geografischer Angaben für Spirituosen und die Verwendung von Ethylalkohol und Destillaten landwirtschaftlichen Ursprungs in alkoholischen Getränken sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 110/2008, ABl. L 130 vom 17. Mai 2019, S. 1–54.

¹⁹ Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 922/72, (EWG) Nr. 234/79, (EG) Nr. 1037/2001 und (EG) Nr. 1234/2007, ABl. L 347 vom 20. Dezember 2013, S. 671–854.

für Wein, Spirituosen und landwirtschaftliche Erzeugnisse und über Qualitätsregelungen für landwirtschaftliche Erzeugnisse“²⁰ hat die Kommission am 31. März 2020 vorgelegt.

5. „Öko-Claims“

Anstrengungen zur Verbesserung der Nachhaltigkeit sind für Unternehmen von besonderem Interesse, wenn sie als Marketing-/Werbemaßnahme genutzt werden können. Entsprechende Werbeaussagen können aber ein beträchtliches Irreführungspotential enthalten, und insoweit ist es nachvollziehbar, dass die Kommission prüfen will, „wie freiwillige umweltbezogene Angaben vereinheitlicht werden können“; ein Regelungsvorschlag ist für das 1. Halbjahr 2022 angekündigt.

6. Rahmenregelung zur „nachhaltigen Lebensmittelkennzeichnung“

Im Jahr 2024 will die Kommission einen Vorschlag eines Rahmens für eine Nachhaltigkeitskennzeichnung vorlegen, „der in Synergie mit anderen einschlägigen Initiativen Lebensmittel unter den Aspekten Nährwert, Klima, Umwelt und Soziales“ abdeckt.

7. Verringerung von Lebensmittelverlusten und -verschwendung

Im Rahmen der Sustainable Development Goals (SDGs)²¹ der Vereinten Nationen besteht die Verpflichtung, bis 2030 die weltweite Nahrungsmittelverschwendung pro Kopf auf Einzelhandels- und Verbraucherebene zu halbieren und die entlang der Produktions- und Lieferkette entstehenden Nahrungsmittelverluste einschliesslich Nachernteverlusten zu verringern; dazu hat sich auch die Europäische Union verpflichtet. Im Jahr 2023 will sie Zielvorgaben für die Verringerung der Lebensmittelabfälle vorschlagen und bereits im 4. Quartal 2022 einen Vorschlag für eine Überarbeitung der EU-Vorschriften über die Datumsangabe (Verbrauchsdatum und Mindesthaltbarkeitsdatum) unterbreiten. In einem – angeblich weit verbreiteten – falschen Verständnis der

²⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über geographische Angaben der Europäischen Union für Wein, Spirituosen und landwirtschaftliche Erzeugnisse und über Qualitätsregelungen für landwirtschaftliche Erzeugnisse sowie zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1308/2013, (EU) 2017/1001 und (EU) 2019/787 und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1151/2012, COM (2022) 134 final vom 31. März 2022.

²¹ Abrufbar unter <<https://sdgs.un.org/goals>>.

Datumsangabe sieht die Kommission einen Grund dafür, dass Lebensmittel ungerechtfertigter Weise weggeworfen werden. Ob ein solches – unsachgemässes – Verbraucherverhalten tatsächlich in grösserem Umfange besteht, sollte sehr sorgfältig erforscht werden. Ergebnisse/Studien aus Deutschland belegen dies nicht, wenn sie zum Ergebnis kommen, dass nur 7 % der Konsumenten Lebensmittel nach Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums „unbesehen“ entsorgen²².

Das seit mehreren Jahrzehnten vorgeschriebene Mindesthaltbarkeitsdatum muss zweifellos in seiner Bedeutung immer wieder „eingeeübt“ werden; es gibt aber wertvolle Anhaltspunkte für die Verzehrbarkeit eines Erzeugnisses und verhindert, dass allein mit Ablauf eines Datums Produkte nicht mehr verzehrt werden sollen (dürfen), obwohl sie ihre „spezifischen Eigenschaften“ noch aufweisen. Verbraucherinnen und Verbraucher sollten auch künftig diese Orientierung durch das Mindesthaltbarkeitsdatum haben; es darf nicht dem sehr berechtigten Nachhaltigkeitsziel „Vermeidung von Lebensmittelabfällen“ geopfert werden, seine Bedeutung als wichtige Orientierung muss nur kontinuierlich erklärt werden.

VI. Bekämpfung von Lebensmittelbetrug

Um zu vermeiden, dass Lebensmittelbetrug die Nachhaltigkeit der Lebensmittelsysteme gefährdet, will die Kommission ihren Kampf gegen dieses Phänomen intensivieren und die Befugnisse der Kontroll- und Durchsetzungsbehörden erweitern; so soll auch eine Stärkung der Koordinierungstätigkeit und der Untersuchungskapazitäten des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) geprüft werden.

VII. Rechtsrahmen für nachhaltige Lebensmittelsysteme – eine neue EU-Basis-Regelung?

Bis Ende 2023 will die Kommission eine Rechtssetzungsinitiative mit einem „Rahmen für ein nachhaltiges Lebensmittelsystem“ starten. Es soll den Wandel beschleunigen, erleichtern und sicherstellen, „dass alle in der EU in den Verkehr gebrachten Lebensmittel immer nachhaltiger werden“.

Die Kommission geht davon aus, dass ein solcher, gesetzgeberischer Rahmen „die Kohärenz der politischen Massnahmen auf EU- und nationaler Ebene för-

²² Forschungsprojekt REduce Food Waste (REFOWAS), Pressemitteilung des Max Rubner-Instituts v. 7. März 2017 „MHD und Verbraucherverhalten“, <mri.bund.de>.

dern, eine durchgängige Berücksichtigung der Nachhaltigkeit in allen lebensmittelbezogenen Politikfeldern bewirken und die Resilienz der Lebensmittelsysteme stärken“ wird.

Aufgenommen werden sollen gemeinsame Definitionen, allgemeine Grundsätze und Anforderungen an nachhaltige Lebensmittelsysteme ebenso wie Regelungen über die Verantwortlichkeiten der Akteure. Durch Zertifizierung und Kennzeichnung der Nachhaltigkeitsleistung sollen Anreize für die Marktteilnehmer geschaffen werden, „von nachhaltigen Verfahren zu profitieren und die Nachhaltigkeitsstandards schrittweise anzuheben, sodass diese für alle Lebensmittel, die in der EU in den Verkehr gebracht werden, zur Norm werden“.

Was dies im Einzelnen bedeutet, ist auch nach ersten Diskussionen noch nicht klar erkennbar.

Eine gewisse Vorbildfunktion kommt der sog. „Basis-Verordnung“²³ zu. In ihr wurden grundlegende Anforderungen an den Gesundheitsschutz und an den Täuschungsschutz für alle Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen von Lebensmitteln und Futtermitteln festgelegt, der Grundsatz des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes postuliert, wichtige Definitionen wie „Lebensmittel“, „Futtermittel“ oder auch „Endverbraucher“ verbindlich vorgeschrieben und die „Risikobewertung“ mit ihrer unabhängigen, wissenschaftlichen Risikobewertung als Teilbereich ebenso vorgesehen wie das „Vorsorgeprinzip“. Die „Basis-Verordnung“ hat sich bewährt, sie hat dem europäischen Lebensmittelrecht, das über Jahrzehnte eher anlassbezogen als systematisch entwickelt wurde, eine verlässliche rechtliche Grundlage gegeben, auf der es nach einheitlichen Grundsätzen weitergeschrieben werden konnte.

Wenn nun eine Rahmenregelung im Hinblick auf die Nachhaltigkeit geschaffen werden soll, so stellt sich die Frage zum Verhältnis zur existierenden „Basisverordnung“. Es würde sich wohl eher anbieten, letztere um Nachhaltigkeitsaspekte zu ergänzen, als ein paralleles Regelwerk neu zu schaffen. Auch Bestimmungen zur Nachhaltigkeit bedürfen einer unabhängigen wissenschaftlichen Absicherung, denn nur so können sie die beabsichtigte Wirkung erzielen, und nur so sind auch Eingriffe in die Gestaltungs- und Berufsfreiheit der Akteure in der Lebensmittelkette vertretbar. Ohne die Notwendigkeit der Schaffung nachhaltiger Lebensmittelsysteme in irgendeiner Weise in Frage stellen zu wollen, darf die Anmerkung erlaubt sein, dass Nachhaltigkeitsas-

²³ Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. L 31 vom 1. Februar 2002, S. 1-24.

pekte noch viel leichter politischen und auch ideologischen Einflüssen ausgesetzt sein können, als Fragen der Sicherheit und des Täuschungsschutzes bei Lebensmitteln.

Wenn an dieser Stelle für ein einheitliches Basis-Regelwerk, d.h. letztlich für eine Ergänzung der „Basis-Verordnung“ um den Themenbereich „Nachhaltigkeit“ plädiert wird, so geschieht das gerade auch vor dem Hintergrund der Anwendung durch die – ganz überwiegend kleinen und mittelständischen – Unternehmen der Lebensmittelwirtschaft (KMU) in der Union. Sie sind ohnehin mit den kaum zu zählenden lebensmittelrechtlichen Regelungen stark gefordert, und die Probleme würden für sie durch ein Nebeneinander zweier „Basis-Regelungen“ potenziert. Hinzu kommt, dass die „Basis-Verordnung“ aus dem Jahr 2002 keineswegs das alleinige, dem Lebensmittelrecht zugrundeliegende Regelungswerk ist; sie wird vielmehr durch nationale Gesetze ergänzt, und dieser Dualismus ist ohnehin schon schwer zu „handeln“ und führt nicht selten zu Friktionen.

Ganz grundsätzlich wird sich die Frage stellen, ob die Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit und an den Täuschungsschutz stets in Einklang mit der Zielsetzung für Nachhaltigkeitsregelungen zu bringen sind. Es steht ausser Frage, dass Gesundheitsschutz nicht verhandelbar ist, ebenso wenig wie Täuschungsschutz oder auch eine angemessene Information der Verbraucherinnen und Verbraucher durch die Produktkennzeichnung.

Wenn nun nach geltendem Recht beispielsweise die Verkehrsfähigkeit eines Erzeugnisses von der Einhaltung von Höchstmengen für Lebensmittelzusatzstoffe oder für Rückstände an Pflanzenschutzmitteln abhängig ist, so bedeutet dies, dass die Produkte bei jeder Überschreitung der gesetzlich vorgesehenen Mengen aus dem Verkehr genommen und sicher oftmals vernichtet werden müssen, und zwar unabhängig davon, ob die Überschreitung überhaupt zu einer Gesundheitsgefährdung führen könnte (bei der Festlegung von Höchstmengen wird in der Regel ein grosser Sicherheitspuffer eingebaut). Das gleiche gilt im Prinzip auch bei Fehlern in der Produktkennzeichnung, denn auch ihre Vollständigkeit und Korrektheit ist Voraussetzung für die Verkehrsfähigkeit der Erzeugnisse. Wie aber lässt sich diese Systematik mit dem – unzweifelhaft berechtigten – Nachhaltigkeitsziel, Lebensmittelabfälle zu vermeiden, in Einklang bringen? Diese Problematik muss in der künftigen gemeinsamen Basis-Regelung adressiert werden.

Ganz grundsätzlich wird sich auch die Frage stellen, ob und ggf. inwieweit die Erfüllung der Nachhaltigkeitskriterien eine Voraussetzung für die Verkehrsfähigkeit von ansonsten uneingeschränkt rechtskonformen, d.h. insbesondere sicheren Produkten sein kann/soll.

Diese und sicher viele andere Fragen bedürfen einer eingehenden Diskussion, einer wissenschaftlichen und rechtlichen Prüfung und politischen Abwägung; dies muss geschehen, um ein Regelwerk zu schaffen, dessen Anforderungen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen und für die anbietende Lebensmittelwirtschaft gut umsetzbar sind.

Die öffentliche Konsultation zu dem Vorhaben hat am 28. April 2022 begonnen und läuft bis zum 21. Juli 2022.

E. Resümee

Die als Kernstück des „Grünen Deals“ konzipierte Strategie „Vom Hof auf den Tisch“ erweist sich als eine sehr anspruchsvolle politische, gesellschaftliche, wirtschaftliche und gesetzgeberische Herausforderung. Diese kann, wie die Kommission zu Recht in ihrer Mitteilung unterstreicht, nur gemeinsam von allen Akteuren bewältigt werden, wobei den Mitgliedern der Lebensmittelkette eine besondere Rolle zukommt.

So unterstützenswert das Ziel eines nachhaltigen Lebensmittelsystems ist, so sorgfältig muss darauf geachtet werden, dass die einzelnen Massnahmen tatsächlich den Kriterien der Nachhaltigkeit genügen und mit den überkommenen, unantastbaren Prinzipien des Binnenmarktes für Lebensmittel in Einklang gebracht werden. Zu nennen sind die – unstreitigen – Zwecke des europäischen Lebensmittelrechts:

- Schutz der Gesundheit
- Schutz vor Irreführung und Täuschung
- Information der Wirtschaftsbeteiligten und der Verbraucherinnen und Verbraucher

sowie die Gewährleistung eines reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes.

Diese Schutzzwecke müssen auch den Kern eines nachhaltigen Lebensmittelsystems bilden.

Zusätzliche Anforderungen müssen der ökologischen, wirtschaftlichen und sozialen Nachhaltigkeit dienen, und insoweit ist jeder einzelne Vorschlag der „Vom Hof zum Tisch-Strategie“ daraufhin zu prüfen. Es geht nicht an, dass Vorhaben unter dem Deckmantel der Nachhaltigkeit verwirklicht werden sollen, obwohl sie eher mit anderen Erwägungen begründbar sind.

Basis aller Massnahmen muss eine sorgfältige wissenschaftliche Absicherung sein, ebenso wie eine Folgenabschätzung „lege artis“.

Alle Massnahmen müssen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen, d.h. sie müssen geeignet und notwendig sein, um das Nachhaltigkeitsziel zu erreichen, und sie müssen im Hinblick auf die damit verbundenen Belastungen für die anbietende Wirtschaft verhältnismässig sein; dabei müssen die Belange und Möglichkeiten der klein- und mittelständigen Unternehmen (KMU) angemessen berücksichtigt werden.

Der angedachte „Rechtsrahmen für nachhaltige Lebensmittelsysteme“ sollte nicht separat konzipiert, sondern mit der seit über 20 Jahren bestehenden „Basis-Verordnung“ zu einem gemeinsamen Regelwerk zusammengefasst werden.

Und schliesslich ist dabei und bei den einzelnen legislativen Vorhaben auch auf die „Qualität des Rechts“ zu achten. Verbunden damit sei die Anregung, den – problematischen – Dualismus von Unionsrecht und z.T. parallelem nationalen Recht zu überwinden.

Die Zukunft kann nur dem Gemeinschaftsrecht gehören.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
07 | 2022

LEITARTIKEL:

Waldemar Hummer
**Die „Konditionalitätsregelung“
zum Schutz des Haushalts
der EU vor Verstößen gegen
die Grundsätze der Rechts-
staatlichkeit**



Die „Konditionalitätsregelung“ zum Schutz des Haushalts der EU vor Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit

Waldemar Hummer*

Inhalt

A.	Einleitung	I 2
B.	Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips im Wertekanon des Art. 2 EUV	I 3
C.	Reaktion des EuGH auf (potentielle) Verletzungen des Rechtsstaatlichkeitsprinzips	I 5
I.	Einschlägige Judikatur	I 5
II.	„Rückschrittsverbot“ und „Kontextmethode“	I 6
D.	Vorläufer des „Konditionalitätsmechanismus“	I 7
I.	„Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“ (2014)	I 7
II.	Der „Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten“ (2018)	I 8
III.	Komplexe Ausarbeitung der „Konditionalitäts-Verordnung“	I 9
IV.	Der „Konditionalitätsmechanismus“ als Verbindung von Rechtsstaatsverstößen und Haushalt	I 10
E.	Die „Konditionalitäts-Verordnung“	I 12
I.	Die Leitlinien für die Anwendung der „Konditionalitäts-VO“	I 13
II.	Das Verfahren zur Einleitung des Konditionalitätsmechanismus	I 15
F.	Abweisung der Nichtigkeitsklagen Ungarns und Polens gegen die „Konditionalitäts-VO“	I 16
G.	Erstmalige Einleitung des „Konditionalitätsmechanismus“ gegen Ungarn	I 18
H.	„Rechtssetzende“ Judikatur des Gerichtshofs der EU?	I 20

* em. o. Univ.-Prof. Dr. iur., Dr. rer. pol., Dr. phil. Waldemar Hummer, Institut für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck.

A. Einleitung

Die Europäische Union (EU) beruht auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit.¹ Die Achtung der Rechtsstaatlichkeit ist, wie in Art. 2 EUV und in den Präambeln des EUV und der Grundrechte-Charta festgelegt, einer der tragenden Werte, auf den sich die EU gründet und der allen Mitgliedstaaten gemeinsam ist. Trotzdem musste die Europäische Kommission, die gem. Art. 17 Abs. 1 EUV die Rechtmässigkeitsaufsicht in der EU wahrzunehmen hat, in letzter Zeit immer öfter den Umstand bemängeln, dass vor allem „illiberale“ Demokratien, wie diejenigen in Ungarn und Polen, massive Rechtsverletzungen begingen, ohne dass dagegen aber ein effektives Sanktionsmittel zur Verfügung stand.²

So wurden zum einen Verurteilungen wegen Vertragsverletzungen gem. Art. 258 AEUV von Ungarn und Polen nicht befolgt, „Dialog-orientierte“ Massnahmen im Gefolge der jeweiligen Berichte der Kommission über die Rechtsstaatlichkeit³ bzw. über den Einsatz des „EU-Justizbarometers“⁴ blieben erfolglos, und das als „ultima ratio“ vorgesehene Sanktionsverfahren des Art. 7 EUV wurde zwar gegen Polen (2017) erstmals eingeleitet⁵ – 2018 folgte ein weiteres Verfahren gegen Ungarn⁶ – scheiterte in weiterer Folge aber am Einstimmigkeitserfordernis im Europäischen Rat gem. Art. 7 Abs. 2 EUV, da beide Staaten drohten, in den jeweils gegen sie eröffneten Verfahren wechselseitig ihr Veto einzulegen. Trotz dieser Widrigkeiten mussten seitens der Europäischen Kommission aber alle diesen beiden Mitgliedstaaten zugesagten Finanzhilfen ausgezahlt werden, da für deren Zurückbehaltung in den Verträgen keine Rechtsgrundlage existierte.

Die Kommission musste daher, „nolens volens“, diesen beiden Visegrád-Staaten, die noch dazu die grössten Netto-Empfänger von EU-Haushaltsmitteln waren, die für sie vorgesehenen Gelder auszahlen und konnte sie nicht, „compensandi causa“, zurückhalten bzw. einziehen. Da an eine diesbezügliche primärrechtliche Novellierung des EUV gem. Art. 48 EUV aber nicht zu denken war, blieb im Grunde nur die Möglichkeit, auf sekundärrechtlichem Wege einen entsprechenden Konnex zwischen dem Schutz der Rechtsstaatlichkeit und der Absicherung des Haushalts der EU herzustellen und in der Folge

¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 1987 in der Rechtssache C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166 – Les Verts/Parlament, Rn. 23.

² Vgl. Hummer, Waldemar, Rechtsstaatlichkeitsprobleme in Ungarn und Polen (Teil 1), EU-Infothek, vom 12. Mai 2017, 1 ff.; (Teil 2), EU-Infothek, vom 16. Mai 2017, 1 ff.

³ Vgl. dazu nachstehend [Fn. 57](#).

⁴ Vgl. dazu nachstehend [Fn. 58](#).

⁵ Vgl. dazu nachstehend [Fn. 30](#).

⁶ Vgl. dazu nachstehend [Fn. 31](#).

auf eine diesbezüglich „verständnisvolle“ Judikatur des Gerichtshofes zu hoffen. Letztendlich gelang dieser „Kunstgriff“ im Umweg über die Einführung des „Konditionalitätsmechanismus“ und dessen unionsrechtlicher Absicherung durch ein einschlägiges Judikat des Gerichtshofs.

Die dabei aufgetretenen Probleme erwiesen sich als vielschichtig und die dafür in der Literatur angebotenen Lösungen⁷ waren alles andere als einheitlich. Daher versuchte die Kommission im Jahr 2014 dieser Problematik mit einem eigenen Vorschlag für einen „Neuen EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“⁸ zu begegnen, den sie im Vorfeld von Art. 7 EUV ansiedelte. In der Folge legte sie 2018 einen weiteren Vorschlag für eine „Verordnung über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten“⁹ vor, der – nach einer überaus komplexen Umarbeitung – letztlich 2020 in die Verabschiedung der „Verordnung über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union“¹⁰ mündete.

Bevor nachstehend auf diesen, sowohl politisch, als auch juristisch, überaus anspruchsvollen Prozess eingegangen werden kann, muss zunächst aber ein kurzer Blick auf die Rechtsstaatlichkeit als Grundwert der EU i.S.v. Art. 2 EUV und deren Bedeutung im Lichte der (rezenten) Judikatur des Gerichtshofes geworfen werden.

B. Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips im Wertekanon des Art. 2 EUV

Verfolgt man die Einführung des Rechtsstaatsprinzips in das Recht der EU und dessen primärrechtliche Verankerung als tragenden Grundwert, macht man die verblüffende Erkenntnis, dass dieser Umstand nicht schon seit Beginn der europäischen Integration, Anfang bzw. Mitte der 1950-er Jahre, der Fall war, sondern erst vierzig Jahre später (sic) verwirklicht wurde.

Der Grund dafür war die Ansicht der Gründungsväter der Europäischen Gemeinschaften, dass diese nur „funktionelle Zweckverbände“ zur wirtschaftlichen Integration i.S.v. Art. XXIV GATT darstellten, die wegen ihres bloss „technischen“ (Harmonisierungs-)Charakters keine rechtsstaatlichen Garantien

⁷ Vgl. z.B. Closa, Carlos/Kochenov, Dimitry (eds.), Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, 2016, <<https://doi.org/10.1017/CBO9781316258774>>.

⁸ Vgl. dazu nachstehend unter [D. I.](#)

⁹ Vgl. dazu nachstehend unter [D. II.](#)

¹⁰ Vgl. dazu nachstehend unter [E.](#)

enthalten mussten, da ihre Verbandsgewalt nicht in Grundrechtspositionen Einzelner eingreifen könne.¹¹ Im Übrigen sei die fehlende Gewaltenteilung im Verbandsrecht der Europäischen Gemeinschaften durch ein originelles System von „checks and balances“ iSe „institutionellen Gleichgewichts“ substituiert.¹² Das „institutionelle Gleichgewicht“, verbunden mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung und einer strikten Legalitätskontrolle durch den EuGH, seien als rechtsstaatliche Surrogate ausreichende Garantien für die rechtsstaatliche Natur der Gemeinschaften.¹³

Die erste ausdrückliche primärrechtliche Verankerung des Rechtsstaatsprinzips erfolgte in Art. F Abs. 1 des Vertrages von Amsterdam (1997)¹⁴, und erst durch den Vertrag von Lissabon (2007)¹⁵, der am 1. Dezember 2009 in Kraft trat,¹⁶ wurde die Rechtsstaatlichkeit als Grundwert in Art. 2 EUV festgeschrieben.

Lange Zeit wurde die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten der EU mit einer gewissen Selbstverständlichkeit vorausgesetzt und wurde, wenn überhaupt, höchstens beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Diskussion der sog. „Kopenhagen-Kriterien“ (1993), überprüft. Auch die am 4. Februar 2000 gegen die österreichische Bundesregierung (Schüssel I) verhängten „Sanktionen der Vierzehn“¹⁷ sowie deren Aufhebung durch den „Bericht der drei Weisen“ vom 8. September 2000¹⁸ hatten keine grundlegenden Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Rechtsstaatslichkeitsprinzips.

¹¹ Ipsen, Hans Peter, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 196 ff.

¹² Vgl. Hummer, Waldemar, Ursprünge, Stand und Perspektiven der Europäischen Verfassungsdiskussion, in: Griller, Stefan/Hummer, Waldemar (Hrsg.), Die EU nach Nizza. Ergebnisse und Perspektiven, 2002, 325 ff.

¹³ Vgl. Hummer, Waldemar, Das „institutionelle Gleichgewicht“ als Strukturdeterminante der Europäischen Gemeinschaften, in: Miehsler, Herbert/Mock, Erhard/Simma, Bruno/Tamelo, Ilmar (Hrsg), Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross, 1980, 459.

¹⁴ ABl. 1997, C 340, 1 ff.

¹⁵ ABl. 2007, C 306, 1 ff.

¹⁶ Für die zwischenzeitlichen Verzögerungen siehe Hummer, Waldemar, Zum weiteren Schicksal des Vertrags von Lissabon, in: Hummer, Waldemar/Obwexer, Walter (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 2009, 471 ff.

¹⁷ Hummer, Waldemar, Die „Maßnahmen“ der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gegen die österreichische Bundesregierung – Die „EU-Sanktionen“ aus juristischer Sicht, in: Hummer, Waldemar/Pelinka, Anton, Österreich unter „EU-Quarantäne“, 2002, 50 ff.

¹⁸ Erstellt von Martti Ahtisaari, Jochen Frowein und Marcelino Oreja, die dazu vom Präsidenten des EGMR, Luzius Wildhaber, beauftragt worden waren; die Aufhebung der Sanktionen gegen die österreichische Bundesregierung, auf der Basis des „Berichts der drei Weisen“, erfolgte am 12. September 2000.

In der Folge erwies sich aber das gegenständliche Organisationssystem der EU, auf der Basis einer Reihe von grundlegenden Werten in Art. 2 EUV, und abgesichert durch ein sich immer mehr als inoperativ erweisendes Sanktionssystem des Art. 7 EUV, als nicht mehr geeignet, um entsprechend auf massive Verletzungen des Rechtsstaatsprinzips zu reagieren. Einmal mehr erwies sich in diesem Zusammenhang daher die einschlägige Judikatur des Gerichtshofes als wichtiger Rechtsbehelf.

C. Reaktion des EuGH auf (potentielle) Verletzungen des Rechtsstaatlichkeitsprinzips

I. Einschlägige Judikatur

Der EuGH hatte sich in den letzten Jahren verstärkt mit potentiellen Verletzungen des Rechtsstaatlichkeitsprinzips auseinanderzusetzen, wobei vor allem der Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit im Zentrum seiner Judikatur stand. So stellte der Gerichtshof z.B. im Zusammenhang mit der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls fest, dass bei Bestehen einer echten Gefahr einer Verletzung des Grundrechts auf ein unabhängiges Gericht, die vollstreckende Justizbehörde ausnahmsweise von der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls absehen kann.¹⁹

In der Rechtssache *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*²⁰ wiederum leitete der Gerichtshof aus der Bestimmung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV die Pflicht der Mitgliedstaaten ab, die richterliche Unabhängigkeit nicht nur auf der Ebene der Union, sondern auch auf der der Mitgliedstaaten für die nationalen Gerichte zu gewährleisten. Des Weiteren verknüpfte er Art. 19 EUV explizit mit den grundlegenden Werten des Art. 2 EUV, indem er feststellte, dass mit Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV der Wert der in Art. 2 EUV proklamierten Rechtsstaatlichkeit konkretisiert wird.

In seinem Urteil in der Rs. *Repubblica*²¹ wiederum spricht der EuGH erstmals von einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten, einen „Rückschritt“ (regression) in ihrer Gesetzgebung zu vermeiden, der darin bestehen kann, dass neu erlassene Regeln die richterliche Unabhängigkeit untergraben. Nationale Vor-

¹⁹ EuGH, Urteil vom 25. Juli 2018 in der Rechtssache C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586 – PPU-Minister for Justice and Equality.

²⁰ EuGH, Urteil vom 27. Februar 2018 in der Rechtssache C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, Rz 42.

²¹ EuGH, Urteil vom 20. April 2021 in der Rechtssache C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311 – *Repubblica/Il-Prim Ministru*, Rz 64.

schriften über die Organisation der Justiz, die eine Verminderung des Schutzes der Rechtsstaatlichkeit – insbesondere hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit – zur Folge haben, verletzen das *Rückschrittsverbot* (principle of non-regression) und sind dementsprechend nicht mit Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV vereinbar.

In einem weiteren Judikat in der Rs. *Rumänische Richter I*²² erweitert der EuGH das *Rückschrittsverbot* auch auf Staatsanwälte und nimmt in einem dritten Urteil²³ auch auf die beim polnischen Obersten Gerichtshof angesiedelte Disziplinkammer Bezug. Damit stellt das „*Rückschrittsverbot*“ eine „Neuschöpfung“ des EuGH dar, die speziell auf den Schutz der Rechtsstaatlichkeit bzw. der Werte des Art. 2 EUV gerichtet ist. Ein Mitgliedstaat darf seine Rechtsvorschriften nicht so abändern, dass der Schutz des Wertes der Rechtsstaatlichkeit vermindert wird.²⁴

II. „*Rückschrittsverbot*“ und „*Kontextmethode*“

In Vorlagefragen gem. Art. 267 AEUV wird das *Rückschrittsverbot* durch die „*Kontextmethode*“ ergänzt, aufgrund derer die nationalen Gerichte vom EuGH in die Beurteilung der Lage vor Ort de iure und de facto eingebunden werden. Das vorlegende Gericht hat alle massgeblichen Umstände, die den „rechtlichen und tatsächlichen Kontext“ einer rechtsstaatsrelevanten Situation – z.B. einer Richterernennung – kennzeichnen, selbst zu bewerten und dabei zu prüfen, ob die Umstände geeignet sind, bei den Rechtsunterworfenen systemische Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der am Ende dieses Verfahrens ernannten Richter hervorzurufen. Der Grundgedanke der „*Kontextmethode*“ ist dabei der, dass ein nationales Gericht dank der besonderen Kenntnisse der rechtlichen und tatsächlichen Umstände am besten beurteilen kann, wie sich eine legislative Reform der Justizorganisation auf die Unabhängigkeit der Gerichte und die Arbeitsbedingungen der Richter vor Ort auswirkt.²⁵

²² EuGH, Urteil vom 18. Mai 2021 in der Rechtssache C-83/19, ECLI:EU:C:2021:393 – *Asociația „Forumul Judecătorilor din România”*, Rz 206 f.

²³ EuGH, Urteil vom 8. November 2001 in der Rechtssache C-791/19, ECLI:EU:C:2001:596 – *Kommission/Polen (Disziplinkammer)*.

²⁴ Mader, Oliver, Wege aus der Rechtsstaatsmisere: der neue EU-Verfassungsgrundsatz des *Rückschrittsverbots* und seine Bedeutung für die Wertedurchsetzung (Teil 1), EuZW 2021, 922.

²⁵ Mader, Oliver, Wege aus der Rechtsstaatsmisere (Fn. 24) (Teil 2), EuZW 2021, 977; Mader, Oliver, Polexit? Hungarexit? Quo vadis EU? Reflexions on the latest solutions provided by EU constitutional law in the face of a persistent rule of law misery, ALJ 2022, 47 ff.

D. Vorläufer des „Konditionalitätsmechanismus“

I. „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“ (2014)

Wie die Ereignisse in einigen EU-Mitgliedstaaten gezeigt haben, gab die mangelnde Achtung der Rechtstaatlichkeit Anlass zu ernster Sorge, sodass sich die Kommission, nach längerem Zögern, im März 2014 veranlasst sah, die Mitteilung „Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“²⁶ zu verabschieden. Mit diesem neuen Rahmen sollen Gefahren für das Rechtsstaatsprinzip abgewendet werden, und zwar, bevor noch die Voraussetzungen für die Aktivierung des Sanktionsmechanismus in Art. 7 EUV gegeben sind. Der neue EU-Rahmen ist keine Alternative zu Art. 7 EUV, sondern ergänzt ihn und dient eher dazu, eine Lücke im Vorfeld desselben zu schliessen. Auch bleibt die Befugnis der Kommission, auf das Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV zurückzugreifen, davon unberührt.

Dementsprechend soll dem Sanktionsverfahren gem. Art. 7 EUV ein „Konsultationsmechanismus“ vorgeschaltet werden, der bereits kurz danach in den (Vor-)Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 EUV betreffend Ungarn und Polen angewendet wurde. Es handelt sich dabei um ein dreistufiges „Verfahren vor Anwendung von Art. 7 EUV“ („pre-article 7 procedure“), das dem zu strikten und damit inoperativen Sanktionsverfahren des Art. 7 EUV – Kommissionspräsident José Manuel Barroso sprach in diesem Zusammenhang sehr anschaulich von der „nuclear bomb of article 7“²⁷ – vorgeschaltet wird. Sollten dessen drei Stufen aber nicht zu einer Behebung des „systemischen“ rechtsstaatlichen Mangels geführt haben, dann kann die Kommission die Einleitung des Sanktionsverfahrens gem. Art. 7 EUV anregen.

Mit diesem neuen EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips wagte die Kommission erstmals einen Vorstoss im Hinblick auf die Sanktionierung von Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten. Durch die Mitteilung wurde die interne Handhabe von Rechtsstaatlichkeitsverletzungen bei der Kommission de lege lata verändert, indem dem Sanktionsverfahren gem. Art. 7 EUV ein Konsultationsmechanismus vorgeschaltet wurde.²⁸

²⁶ COM (2014) 158 final vom 11. März 2014; vgl. Hummer, Waldemar, Die gemeinsame Wertebasis in der EU – Vertikales und horizontales „Kongruenz- und Homogenitätsgebot“, in: Pichler Johannes (Hrsg.), Rechtswertestiftung und Rechtswertebewahrung in Europa, 2015, 65 ff.

²⁷ Speech/13/684.

²⁸ COM (2014) 158 final vom 11. März 2014, 7f.

Auch die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. Oktober 2016 zur *Schaffung eines EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte*²⁹, die einen umfassenden Forderungskatalog zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der EU enthielt, trug zur Durchdringung des Rechtsstaatlichkeitsprinzips auf der unionsrechtlichen Ebene bei.

Nachdem die beiden, am 13. Januar 2017 gegen Polen³⁰, und am 12. September 2018 gegen Ungarn³¹, eingeleiteten Art. 7 EUV-Sanktionsverfahren – in Form eines „kollusiven Einverständnisses“ beider Staaten – durch wechselseitige Blockaden, zum Stillstand gekommen waren, versuchte die Kommission diese Lücke wenigstens teilweise dadurch zu schliessen, dass sie die Zuteilung von Fördermitteln von der Beachtung der in Art. 2 EUV niedergelegten Werte, vor allem aber desjenigen der Rechtsstaatlichkeit, abhängig zu machen versuchte.

II. Der „Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten“ (2018)

In diesem Sinne konzipierte die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung *„über den Schutz des Haushalts der Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten“*³², den sie am 2. Mai 2018, gemeinsam mit ihrem Vorschlag *„für einen mehrjährigen Finanzrahmen für die Jahre 2021 bis 2027“*³³ vorstellte, und der als Rechtsgrundlage auf Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV gestützt war.

Die dahinterstehende Motivation war die, allgemeine Rechtsstaatsmängel in den einzelnen Mitgliedstaaten, die sich aufgrund ihrer ökonomischen Bedeutung unmittelbar auf den Haushalt der Union auswirken, mit dem Entzug von vorgesehenen Haushaltsmitteln zu sanktionieren. Dieses neue Instrument war offensichtlich auf jene osteuropäischen Staaten zugeschnitten, die zum einen die meisten Fördermittel aus dem Unionshaushalt beziehen, zugleich aber auch die grössten Defizite in Bezug auf die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips aufweisen. Mit diesem Versuch, durch einen eigenen rechtlichen Mechanis-

²⁹ 2015/2254(INL), P8_TA(2016)0409.

³⁰ COM (2017) 835 final vom 20. Dezember 2017; vgl. Hummer, Waldemar, Nutzlose „rote Karte“ der Kommission gegen Polen? Erstmalige Einleitung des Sanktionsverfahrens gem. Art. 7 EUV wegen „systemischer“ Gefährdung des Rechtsstaatsprinzips durch Polen, EU-Infothek vom 8. Jänner 2018, 1 ff.

³¹ P8-TA(2018)0340.

³² COM (2018) 324 final vom 2. Mai 2018, doc. 8356/18.

³³ COM (2018) 322 final vom 2. Mai 2018.

mus die Sicherstellung des Rechtsstaatlichkeitsprinzips durch die Androhung finanzieller Sanktionen „von aussen“ zu gewährleisten, beschritt die Union regulatorisch allerdings völliges Neuland.³⁴

III. Komplexe Ausarbeitung der „Konditionalitäts-Verordnung“

Zunächst wurde der Verordnungs-Vorschlag seitens der Kommission als Instrument zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit vorgestellt. In der Folge war die Kommission angesichts der begrenzten Befugnisse der EU im Bereich der Rechtsstaatlichkeitsaufsicht aber gezwungen, eine eher technische Rechtsgrundlage zu verwenden und rekurrierte daher auf Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV im Bereich des *Haushaltsrechts*. Dahinter steckte zweifelsfrei politisches Kalkül,³⁵ eröffnet doch Art. 322 AEUV den Weg des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens gem. Art. 294 ff. AEUV und ermöglicht so die Schaffung eines Rechtsstaatlichkeitsmechanismus ohne die Zustimmung Polens oder Ungarns.

Aus rechtlicher Sicht erscheint die Auswahl der Rechtsgrundlage von Art. 322 AEUV als eher unkonventionell, galt dieser bisher doch lediglich als Grundlage für die Ausgestaltung der Haushaltsordnung der Union. Auf diese Norm auch Massnahmen zur Überwachung der Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit, eines Grundwertes der EU i.S.v. Art. 2 EUV, zu stützen, bildet daher einen völlig neuen Ansatz. Dementsprechend unterschiedlich waren auch die Standpunkte dazu in der darauffolgenden Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses im Europäischen Parlament und im Rat.³⁶

Am 13. November 2019 eröffnete das Europäische Parlament interinstitutionelle Verhandlungen mit dem Rat und der Kommission, im Rahmen derer es ein Jahr später, nämlich am 5. November 2020, den Verhandlungsführern des deutschen Ratsvorsitzes und des Europäischen Parlaments gelang, mit einer 2/3-Mehrheit eine vorläufige Einigung über eine neue allgemeine „Konditionalitätsregelung“ zum Schutz des Haushalts der Union zu erzielen. In der Folge legten aber Polen und Ungarn, sowie auch Slowenien³⁷, am 16. November 2020, ihr Veto gegen den mit der Konditionalitäts-VO thematisch verbunde-

³⁴ Leitner, Philipp, Der Schutz des Haushalts der Europäischen Union im Falle von generellen Mängeln in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip in den Mitgliedstaaten, Exposé zum Dissertationsvorhaben, Uni Wien, Juli 2019, 4 f.; <<https://ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at>>.

³⁵ Leitner, Philipp, Der Schutz des Haushalts der Europäischen Union (Fn. 34), 9.

³⁶ Vgl. dazu Hott, Luis, Der neue Konditionalitätsmechanismus – ein scharfes Schwert?, SaarBlueprints 10/2021 DE, 5 ff.

³⁷ Slowenien lenkte später ein.

nen Mehrjährigen Finanzrahmen (2021-2027)³⁸ und den Eigenmittelbeschluss für den Corona-Aufbaufonds „NextGenerationEU“³⁹ ein, deren Verabschiedung – anders als die Verordnung selbst –⁴⁰ der Einstimmigkeit bedurfte. Sie forderten eine substantielle Änderung des verabschiedeten Konditionalitätsmechanismus, ohne die sie dem mehrjährigen Finanzrahmen und dem Aufbauplan NextGenerationEU nicht zustimmen könnten.

Unter Vermittlung der deutschen Ratspräsidentschaft konnte am 9. Dezember 2020, „hinter verschlossenen Türen“, letztlich doch eine Einigung erzielt werden, und zwar deswegen, da die Kommission Polen und Ungarn versichert hatte, den Konditionalitätsmechanismus nicht auslösen zu wollen, solange eine Klage gegen dessen Rechtmässigkeit vor dem EuGH anhängig ist.⁴¹ Nach diesem Zugeständnis konnte der Erlass einer einschlägigen Verordnung vorgenommen werden und erfolgte auch schon wenige Tage später, nämlich am 16. Dezember 2020.⁴²

IV. Der „Konditionalitätsmechanismus“ als Verbindung von Rechtsstaatsverstößen und Haushalt

Ziel des „Konditionalitätsmechanismus“ ist der Schutz des Haushalts der EU im Falle von Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in einem Mitgliedstaat. Damit sollen finanzielle Sanktionen gegen einen EU-Mitgliedstaat ermöglicht werden, der rechtsstaatliche Grundsätze missachtet. Der Mechanismus bezeichnet die im Falle von Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit in einem der Mitgliedstaaten von der Kommission zu ergreifenden Massnahmen, um eine ordnungsgemässe Verwendung der Haushaltsmittel in dem betreffenden Mitgliedstaat zu gewährleisten. Die Auszahlung von Geldern aus dem Unionshaushalt wird dabei von der Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips bei der Durchführung des Unionshaushaltes abhängig gemacht. Diese Bedingung (lat. „conditio“) stand daher auch Pate bei der Namensgebung des „Konditionalitätsmechanismus“, der die Vergabe von EU-Finanzmitteln erstmals in konditionaler Weise an die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien knüpft.

Beim „Konditionalitätsmechanismus“ handelt es sich in mehrfacher Hinsicht um ein neues Phänomen: erstens wird der Mechanismus nur innerhalb des EU-Rechts gegenüber Mitgliedstaaten angewendet; zweitens können durch

³⁸ Ratsdok. Nr. 9970/20, vom 17. November 2020.

³⁹ Ratsdok. Nr. 9971/20, vom 17. November 2020.

⁴⁰ Gem. Art. 311 Abs. 3, Satz 1 und Art. 312 Abs. 2 UAbs. 1, Satz 2 AEUV.

⁴¹ Vgl. dazu nachstehend unter [F](#).

⁴² Vgl. dazu nachstehend unter [E](#).

ihn Verstösse gegen einen in Art. 2 EUV angeführten grundlegenden „Wert“ geahndet werden – aber nur im Zusammenhang mit der Durchführung des Unionshaushalts – und drittens würde sich eine finanzielle Sanktion bereits aus dem Sekundärrecht ergeben und nicht wie bisher – unter Einbeziehung des Gerichtshofs – zuerst der Verstoß festgestellt (Art. 258 AEUV), dann durch Zwangsmassnahmen zum Abstellen gebracht oder im Anschluss daran sanktioniert (Art. 260 AEUV) werden müssen.

Dementsprechend ist der gegenständliche „Konditionalitätsmechanismus“ als sekundärrechtlicher Mechanismus konzipiert, durch den die Kommission dazu verpflichtet wird, dem Rat geeignete Sanktionsmassnahmen für den Fall vorzuschlagen, dass ein Mitgliedstaat bei der Durchführung des Unionshaushalts gegen den Wert der Rechtsstaatlichkeit verstösst, der im Unionsrecht bisher nicht justiziabel war. Da damit die Massnahmen nicht auf – in der Höhe begrenzte – Zwangsstrafen im Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) bzw. auf nachfolgende Pauschal- und Zwangsstrafen nach Art. 260 AEUV beschränkt sind, sondern theoretisch einen Grossteil der Zahlungen aus EU-Geldern betreffen können, weist der „Konditionalitätsmechanismus“, im Gegensatz zu diesen finanziellen Sanktionen, ein weit grösseres finanzielles Sanktionspotential auf.⁴³

Die besonders umstrittenen Elemente des Entwurfs der Konditionalitäts-VO waren dessen *Rechtsgrundlage* sowie sein *Verhältnis zu Art. 7 EUV*. Was die Rechtsgrundlage (Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV) betrifft, so wird zum einen argumentiert, dass die Verordnung eine materielle Bestimmung über die Ausführung des EU-Haushalts sein müsse, deren Einhaltung die Kommission im Rahmen ihrer Zuständigkeiten gem. Art. 17 Abs. 1 EUV zu überwachen hätte – was aber nicht der Fall sei. Des Weiteren entfalte die VO materielle Wirkung, so dass sie keine Haushaltsvorschrift iSv Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV sein könne.⁴⁴

⁴³ Staudinger, Isabel, Der Konditionalitätsmechanismus als Instrument zum Schutz des Rechtsstaatsprinzips: COM (2018) 324 final, in: Kopetzki/Lanser/Leitner/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser (Hrsg.), *Autoritäres vs Liberales Europa*, 2019, 197, 207; vgl. Heinemann, Friedrich, *Rule-of-Law Conditionality in EU Spending: Reflections from a Public Finance Perspective*, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), *Kernelemente der europäischen Integration*, 2020, 447 ff.

⁴⁴ Vgl. Brauneck, Jens, *Gefährdung des EU-Haushalts durch rechtsstaatliche Mängel in den Mitgliedstaaten?*, EuR 2019, 37 ff. (44 ff.).

Zum anderen wird die Zulässigkeit der Rechtsgrundlage aber bejaht,⁴⁵ selbst von dem ansonsten in diesem Problembereich durchaus skeptischen Rechtsdienst des Rates.⁴⁶

Was hingegen das Verhältnis zu Art. 7 EUV betrifft, so wird dieses besonders kontrovers diskutiert. Zum einen wird eine gegenseitige Abhängigkeit in dem Sinne angeführt, dass die VO durchaus Teil des Art. 7 Abs. 3 EUV sein könnte, indem sie bestimmte Rechte, also die Finanzierung, aussetzt. Damit könnten aber Haushaltszahlungen sowohl unter Art. 7 Abs. 3 EUV, als auch unter der Konditionalitäts-VO, gekürzt werden. Zum anderen wird aber darauf hingewiesen, dass die neue VO gerade wegen der Schwierigkeiten der Aktivierung von Art. 7 EUV eingeführt wurde, und diese umgehen sollte. Darin eine Zusammenführung der beiden Verfahren zu sehen, erscheint nicht sinnvoll.⁴⁷ Die beiden Verfahren sind vielmehr voneinander unabhängige Instrumente der EU, um die Werte der Union zu sichern.

E. Die „Konditionalitäts-Verordnung“

Am 16. Dezember 2020 erliessen das EP und der Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die *Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union*⁴⁸ (sog. „Konditionalitäts-VO“), in der die Regeln festgelegt sind, die zum Schutz des Haushalts der EU im Falle von Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit erforderlich sind.⁴⁹ Die Konditionalitäts-VO ist insbesondere auf Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV sowie Art. 106a Euratom gestützt, hat also, wie bereits festgestellt, ihre Rechtsgrundlage im *Haushaltsrecht* der Union.

Sie trat am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in Kraft und gilt seit dem 1. Januar 2021. Gem. Art. 9 der Konditionalitäts-VO

⁴⁵ Vgl. von Bogdandy, Armin/Lacny, Justyna, Suspension of EU Funds paid to Member States breaching the rule of law – a dose of tough love needed?, MPIL Research Paper Series, No. 2020-24, 6 ff.

⁴⁶ Opinion of the Legal Service, 25. Oktober 2018, Dok. 13593/18, 16; vgl. Hott, Luis, Der neue Konditionalitätsmechanismus (Fn. 36), 8.

⁴⁷ von Bogdandy, Armin/Lacny, Justyna, Suspension of EU Funds paid to Member States breaching the rule of law (Fn. 45), 11; Hott, Luis, Der neue Konditionalitätsmechanismus (Fn. 36), 10.

⁴⁸ ABl. 2020, L 433, 1 ff.; Berichtigung, ABl. 2021, L 373, 94.

⁴⁹ Vgl. Symann, Malte, Schutz der Rechtsstaatlichkeit durch europäisches Haushaltsrecht, 2021; Baraggia, Antonia/Bonelli, Matteo, Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges, German Law Journal, 2022, 131 ff.

hat die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 12. Januar 2024 einen Bericht über die Anwendung dieser Verordnung und insbesondere über die Wirksamkeit der angenommenen Massnahmen zu erstatten.

Mit der Konditionalitäts-VO wird nicht nur der langfristige Haushaltsplan der EU (2021-2027) sondern auch der Aufbauplan NextGenerationEU gegen Verstösse der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zusätzlich abgesichert. Bei der Ausführung des Haushaltsplans der Union durch die Mitgliedstaaten ist die Achtung der Rechtsstaatlichkeit eine Grundvoraussetzung für die Einhaltung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung, der in Art. 317 AEUV verankert ist. Eine wirtschaftliche Haushaltsführung kann von den Mitgliedstaaten aber nur dann gewährleistet werden, wenn die Behörden im Einklang mit dem Gesetz handeln, wenn also Betrugsfälle, einschliesslich Steuerbetrug, Steuerhinterziehung, Korruption, Interessenkonflikte und andere Gesetzesverstösse, wirksam von Ermittlungs- und Strafverfolgungsinstanzen verfolgt, und willkürliche oder unrechtmässige Entscheidungen von Behörden, einschliesslich Strafverfolgungsbehörden, einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle durch unabhängige Gerichte und durch den Gerichtshof der EU unterworfen werden können.

I. Die Leitlinien für die Anwendung der „Konditionalitäts-VO“

In der Folge verabschiedete die Europäische Kommission am 2. März 2022 eigene *Leitlinien für die Anwendung der Verordnung über eine allgemeine Konditionalitätsregelung*⁵⁰, in der die einzelnen Schritte des förmlichen Verfahrens im Rahmen der Konditionalitäts-VO zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit erläutert werden, und zwar von der Übermittlung einer schriftlichen Mitteilung durch die Kommission, über den Vorschlag von Massnahmen derselben an den Rat bis hin zu deren Erlass. Die Leitlinien sind nicht rechtsverbindlich, begründen keine Rechte oder Pflichten und ändern nichts an den im EUV und dem AEUV, der Haushaltsordnung⁵¹, der OLAF-Verordnung⁵², der EUSTa-Ver-

⁵⁰ C(2022) 1382 final vom 2. März 2022.

⁵¹ Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juli 2018 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union, ABl. L 193 vom 30. Juli 2018, S. 1.

⁵² Verordnung (EU, Euratom) Nr. 883/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. September 2013 über die Untersuchungen des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF); ABl. 2013, L 248, 1 ff.

ordnung⁵³ oder in anderen einschlägigen Rechtsakten der Union festgelegten Rechte oder Pflichten, in der Auslegung durch den Gerichtshof der EU.⁵⁴

Das Verfahren der Anwendung der Konditionalitäts-VO wird in den Leitlinien ausführlich erläutert, vor allem wird aber auch geregelt, wie die Rechte der Endempfänger und Begünstigten von EU-Mitteln geschützt werden. Die Leitlinien tragen auch den Urteilen des Gerichtshofs vom 16. Februar 2022 in den Rechtssachen C-156/21 und C-157/21 Rechnung, in denen vom Gerichtshof über die Rechtmässigkeit der Konditionalitäts-VO (positiv) entschieden wurde.⁵⁵

Im Speziellen werden in den Leitlinien folgende fünf Aspekte der Konditionalitäts-VO näher erläutert.⁵⁶

(1) *Die Voraussetzungen für den Erlass von Massnahmen, einschliesslich der Frage, wie die einschlägigen Verstösse gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit aussehen können und wie beurteilt wird, ob diese Verstösse die finanziellen Interessen der EU – und zwar sowohl einnahmen-, als auch ausgabenseitig – hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder zu beeinträchtigen drohen:* Diesbezüglich muss mindestens in einem Mitgliedstaat gegen einen der in der Konditionalitäts-VO genannten Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit – dazu gehören die Grundsätze der Rechtmässigkeit, der Rechtssicherheit, des Verbots der willkürlichen Ausübung von Hoheitsgewalt, des wirksamen Rechtsschutzes, der Gewaltenteilung, der Nichtdiskriminierung und der Gleichheit vor dem Gesetz – verstossen worden sein. Der Verstoss betrifft Behörden, sofern diese für die wirtschaftliche Führung des Haushalts der EU oder für den Schutz der finanziellen Interessen der Union von Bedeutung sind.

(2) *Die Komplementarität zwischen der Konditionalitäts-VO und anderen Instrumenten zum Schutz des Haushalts der EU, wie z.B. den Vorschriften für Fonds mit geteilter Mittelverwaltung (z.B. Kohäsionspolitik, Gemeinsame Agrarpolitik) und solchen für die Aufbau- und Resilienzfazilität, die das Kernstück des Aufbauinstruments darstellt:* Bevor die Kommission aber Massnahmen vorschlägt, prüft sie, ob nicht andere Verfahren es ihr ermöglichen würden, den Unionshaushalt wirksamer zu schützen.

⁵³ Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), ABl. L 248 vom 18. September 2013, 1 ff.

⁵⁴ Art. 19 Abs. 1 EUV.

⁵⁵ Vgl. dazu nachstehend unter [F](#).

⁵⁶ IP/22/1468.

(3) *Das Erfordernis, dass die vorgeschlagenen Massnahmen verhältnismässig, geeignet und notwendig sind, um die betreffenden Probleme lösen zu können:* Um zu beurteilen, ob die Massnahmen verhältnismässig sind, hat die Kommission Art, Dauer, Schwere und Umfang der gegenständlichen Verstösse gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zu berücksichtigen.

(4) *Die Schritte, die unternommen werden müssen, bevor Massnahmen vorgeschlagen werden, sowie die Verfahren für die Annahme und die Aufhebung von Massnahmen:* Zur Bewertung der Verstösse gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit nimmt die Kommission eine gründliche qualitative und fallbasierte Bewertung vor, wobei sie die besonderen Umstände in den einzelnen Mitgliedstaaten gebührend berücksichtigt. Dabei wird die Kommission verschiedene Informationsquellen heranziehen, wozu der Jahresbericht der Kommission über die Rechtsstaatlichkeit⁵⁷ und das EU-Justizbarometer⁵⁸, Entscheidungen des Gerichtshofs der EU, Berichte des Europäischen Rechnungshofs, des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF) und der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa) sowie Schlussfolgerungen einschlägiger internationaler Organisationen, gehören.⁵⁹

(5) *Der Schutz der Rechte von Endempfängern oder Begünstigten von EU-Mitteln:* Diese sollen nicht von Massnahmen betroffen werden, die im Rahmen der Konditionalitäts-VO ergriffen werden. Um dies sicherzustellen, sollten die von der Konditionalitäts-VO betroffenen Mitgliedstaaten weiterhin Zahlungen an diese Empfänger oder Begünstigten leisten. Sollten sich die betroffenen Mitgliedstaaten aber weigern, ihren Verpflichtungen nachzukommen, können sich die betroffenen Begünstigten oder Endempfänger zunächst an die zuständigen nationalen Behörden, und in der Folge, an die Kommission wenden.

II. Das Verfahren zur Einleitung des Konditionalitätsmechanismus

Was die konkreten Voraussetzungen für die Einleitung des Konditionalitätsmechanismus betrifft, so sind gem. Art. 4 Abs. 1 der Konditionalitäts-VO geeignete Massnahmen dann zu ergreifen, wenn gem. Art. 6 festgestellt wird, dass Verstösse gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in einem der Mitgliedstaaten die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder

⁵⁷ Vgl. Europäische Kommission, Rechtsstaatlichkeitsbericht 2021, COM (2021) 700 final vom 20. Juli 2021.

⁵⁸ Vgl. Europäische Kommission, EU-Justizbarometer 2021, COM (2021) 389 final vom 8. Juli 2021.

⁵⁹ QANDA/22/1471.

ernsthaft zu beeinträchtigen drohen. In diesem Fall übermittelt die Kommission gem. Art. 6 Abs. 1 dem betreffenden Mitgliedstaat eine schriftliche Mitteilung und legt darin die Tatsachen und spezifischen Gründe dar, auf denen ihre Feststellungen beruhen. Anschliessend unterrichtet die Kommission das Europäische Parlament und den Rat unverzüglich über diese Mitteilung und deren Inhalt. Das Europäische Parlament kann die Kommission auf der Grundlage der erhaltenen Informationen zu einem strukturierten Dialog über deren Feststellungen auffordern.

Gelangt die Kommission zu der Feststellung, dass die Voraussetzungen des Art. 4 erfüllt sind, so legt sie dem Rat einen Entwurf für einen Durchführungsbeschluss mit geeigneten Massnahmen vor, und zwar binnen eines Monats nach Eingang der Stellungnahme des Mitgliedstaates. Die Kommission legt in ihrem Vorschlag die spezifischen Gründe und Beweismittel dar, auf denen ihre Feststellung beruht (Art. 6 Abs. 9). Gem. Abs. 10 nimmt der Rat den Durchführungsbeschluss binnen eines Monats nach Eingang des Kommissionsvorschlags an. Im Falle von aussergewöhnlichen Umständen kann dieser Zeitraum um höchstens zwei Monate verlängert werden. Zur Gewährleistung eines rechtzeitigen Beschlusses kann die Kommission von ihrem Recht auf Einberufung des Rates (Art. 237 AEUV) Gebrauch machen. Der Rat kann den Vorschlag der Kommission mit *qualifizierter Mehrheit*⁶⁰ ändern und den geänderten Text durch einen Durchführungsbeschluss erlassen (Art. 6 Abs. 11).

Gem. Art. 7 Abs. 1 kann der betreffende Mitgliedstaat jederzeit neue Abhilfemassnahmen annehmen und der Kommission eine schriftliche Mitteilung, einschliesslich Beweismittel, vorlegen, um darzulegen, dass die Voraussetzungen für die Annahme von Massnahmen gem. Art. 4 nicht länger erfüllt sind.

F. Abweisung der Nichtigkeitsklagen Ungarns und Polens gegen die „Konditionalitäts-VO“

Es erscheint naheliegend, dass dieses neue Sanktionsinstrument der EU auf die beiden vorerwähnten osteuropäischen Staaten Polen und Ungarn gleichsam „massstabgetreu“ zugeschnitten wurde, erhalten diese doch nicht nur die

⁶⁰ Das heisst, mit einer Mehrheit von mindestens 55% der Mitglieder des Rates (das sind 15 der 27 EU-Mitgliedstaaten), die zusammen mindestens 65% der EU-Bevölkerung repräsentieren (Art. 238 Abs. 3 lit. a AEUV).

meisten Fördermittel aus dem EU-Budget,⁶¹ sondern weisen auch noch gleichzeitig die grössten Defizite in Bezug auf die ordnungsgemässe Umsetzung des Rechtsstaatlichkeitsprinzips auf, wie die (erstmalige) Einleitung des Art. 7 EUV-Sanktionsverfahrens gegen diese beiden Mitgliedstaaten belegt.⁶²

Dementsprechend erhoben beide Staaten am 11. März 2021 auch umgehend Klage auf Nichtigkeitserklärung der „Konditionalitäts-VO“⁶³, und machten dabei u.a. geltend, dass es weder im EUV noch im AEUV eine geeignete Rechtsgrundlage für deren Erlass gäbe, sodass damit die Zuständigkeiten der Union überschritten würden. Ebenso werde dadurch das in Art. 7 EUV vorgesehene Sanktionsverfahren rechtswidrig umgangen und auch gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstossen.

Da damit Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen werden, wurden die beiden Rechtssachen an das Plenum des Gerichtshofs verwiesen, und auf Antrag des Parlaments behandelte der Gerichtshof beide Rechtssachen im beschleunigten Verfahren. In Übereinstimmung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts Sánchez-Bordona vom 2. Dezember 2021⁶⁴ wies der Gerichtshof am 16. Februar 2022⁶⁵ die Nichtigkeitsklagen Ungarns und Polens in vollem Umfang ab und begründete dies wie folgt:

(1) Was die *Rechtsgrundlage* der Verordnung betrifft, so darf das Konditionalitätsverfahren nicht bei jedem Verstoss gegen das Rechtsstaatsprinzip, sondern nur dann eingeleitet werden, wenn dieser die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen droht. Damit besteht das Ziel der Konditionalitäts-VO darin, den Unionshaushalt vor Beeinträchtigungen zu schützen, die sich hinreichend unmittelbar aus Verstössen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit ergeben, und nicht etwa darin, derartige Verstösse als solche zu ahnden. Damit kann aber ein (horizontaler) „Konditionalitätsmechanismus“ unter die der Union durch die Verträge

⁶¹ Aus dem regulären EU-Haushalt erhielt Polen zuletzt netto rund 12,4 Mrd. Euro/Jahr, Ungarn rund 4,7 Mrd. Euro. Zudem rechnet Polen mit rund 23,9 Mrd. Euro an Corona-Hilfen, Ungarn mit rund 7,2 Mrd. Euro; Polen und Ungarn kämpfen gegen Rechtsstaatsklausel, vom 11. Oktober 2021.

⁶² Vgl. Hummer, Waldemar, Nutzlose „rote Karte“ der Kommission gegen Polen? (Fn. 30).

⁶³ EuGH, Urteile vom 16. Februar 2022 in den Rechtssachen C-156/21 und C-157/21, ECLI:EU:C:2022:97 und 98 – *Ungarn und Polen/Parlament und Rat*.

⁶⁴ EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts M. Campos Sánchez-Bordona vom 2. Dezember 2021 in den Rechtssachen C-156/21 und C-157/21, ECLI:EU:C:2021:974 und 978 – *Ungarn und Polen/Parlament und Rat*.

⁶⁵ EuGH, Urteile vom 16. Februar 2022 in den Rechtssachen C-156/21 und C-157/21, ECLI:EU:C:2022:97 und 98 – *Ungarn und Polen/Parlament und Rat*.

verliehene Zuständigkeit fallen, „Haushaltsvorschriften“ über die Ausführung des Haushaltsplans der Union zu erlassen. Dementsprechend ist die Konditionalitäts-VO auf Art. 322 Abs. 1 lit. a) AEUV gestützt und damit in das Haushaltsrecht eingebettet.

(2) Was die *Umgehung des Sanktionsverfahrens* gem. Art. 7 EUV betrifft, so trifft dies deshalb nicht zu, da beide Verfahren unterschiedliche Ziele verfolgen und einen eigenen, klar abgegrenzten Gegenstand zum Inhalt haben. Zweck des in Art. 7 EUV vorgesehenen Verfahrens ist es nämlich, schwerwiegende und anhaltende Verletzungen eines der in Art. 2 EUV verankerten grundlegenden Werte zu sanktionieren. Dagegen zielt die Konditionalitäts-VO darauf ab, den Haushalt der Union zu schützen, und zwar allein im Fall eines in einem Mitgliedstaat begangenen Verstosses gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, der die ordnungsgemässe Ausführung des Haushaltsplans der Union beeinträchtigt oder ernsthaft zu beeinträchtigen droht.

(3) Was wiederum den Verstoss gegen den Grundsatz der *Rechtssicherheit* betrifft – insofern, als die Verordnung weder den Begriff der „Rechtsstaatlichkeit“, noch die dazugehörenden Grundsätze⁶⁶ definiert – stellt der Gerichtshof fest, dass dies sehr wohl der Fall ist, da diese Grundsätze in seiner Judikatur umfänglich konkretisiert wurden und auf einem Verständnis von Rechtsstaatlichkeit beruhen, das die Mitgliedstaaten in ihren Verfassungstraditionen teilen. Die Mitgliedstaaten sind daher in der Lage, den Wesensgehalt eines jeden dieser Grundsätze sowie die aus ihnen folgenden Erfordernisse hinreichend genau zu bestimmen.

G. Erstmalige Einleitung des „Konditionalitätsmechanismus“ gegen Ungarn

Am 27. April 2022 verkündete der Vizepräsident der Europäischen Kommission, Margaritis Schinas, dass die Kommission gegen Ungarn erstmals ein Verfahren im Rahmen des Konditionalitätsmechanismus eröffnet hat. Die wichtigsten Gründe dafür sind zahlreiche Verdachtsmomente für das Vorliegen von Korruption und Unregelmässigkeiten bei öffentlichen Ausschreibungen sowie

⁶⁶ Gemäss Erwägungsgrund (3) der Konditionalitäts-VO umfasst dieser Begriff insbesondere die Grundsätze der Rechtmässigkeit, die einen transparenten, rechenschaftspflichtigen, demokratischen und pluralistischen Gesetzgebungsprozess voraussetzen, der Rechtssicherheit, des Verbots der willkürlichen Ausübung von Hoheitsgewalt, des wirksamen Rechtsschutzes, einschliesslich des Zugangs zur Justiz durch unabhängige und unparteiische Gerichte, sowie der Gewaltenteilung.

eine wesentliche Gefährdung der Unabhängigkeit der Justiz. Nach Angaben von OLAF „versickern“ in Ungarn ca. vier Prozent der europäischen Fördergelder in dunklen Kanälen – ein absoluter Spitzenwert im EU-Vergleich.⁶⁷

Dementsprechend sendete EU-Budgetkommissar Johannes Hahn einen Brief an die ungarische Regierung mit dem Auftrag um Aufklärung der systematischen Unregelmässigkeiten im Bereich von öffentlichen Ausschreibungen und beim Verkauf landwirtschaftlicher Nutzflächen an Orbán-nahe Unternehmen – womit hohe EU-Subventionen verbunden sind – sowie der Gründe für die so gut wie inexistente Zusammenarbeit zwischen dem EU-Betrugsbekämpfungsamt OLAF und der ungarischen Staatsanwaltschaft.

OLAF hatte in den vergangenen Jahren in zahlreichen Fällen wegen Betrugs und Korruption im Zusammenhang mit *EU-Geldern* ermittelt, und die Akten in der Folge an die ungarische Staatsanwaltschaft weitergeleitet, die allerdings untätig blieb. Insgesamt handelte es sich um Zahlungen aus dem vergangenen EU-Haushalt in Höhe von 1,4 Mrd. Euro, die vorschriftswidrig verwendet worden sein sollten.

Die Kommission reagierte damit reichlich spät, hatten doch Ungarn-Experten und das Europäische Parlament an Präsidentin von der Leyen appelliert, die Konditionalitätsregelung noch vor der ungarischen Parlamentswahl am 3. April 2022 zu aktivieren, um damit den erwartbaren Wahlsieg der recht nationalen Fidesz-Partei u.U. zu verhindern.⁶⁸ Von der Leyen war jedoch der Ansicht, dass eine solche Vorgangsweise eher der Anti-EU-Opferpropaganda Orbáns in die Hände spielen würde. Aus diesem Grunde nahm die Kommission auch nicht unmittelbar die vom Europäischen Parlament bereits am 29. Oktober 2021 gegen sie eingebrachte Untätigkeitsklage gem. Art. 265 AEUV⁶⁹ zur Kenntnis.

Die ungarische Regierung hat nunmehr auf die von der Kommission geäußerten Vorbehalte entsprechend Stellung zu nehmen. Gelangt die Kommission, nach Prüfung der Stellungnahme Ungarns, zu dem Schluss, dass die Voraussetzungen für die Annahme von Massnahmen gem. Art. 4 Konditionalitäts-VO

⁶⁷ Steinvorth, Daniel, Wegen Korruption und Vetternwirtschaft: Die EU geht offiziell gegen Ungarn vor, nzz.ch, vom 27. April 2022.

⁶⁸ Die Fidesz-Partei gewann mit rund 53% der Stimmen die Parlamentswahl und sicherte sich damit zum vierten Mal in Folge eine verfassungsändernde Zweidrittel-Mehrheit im ungarischen Parlament.

⁶⁹ EuGH, Rechtssache C-657/21, *Parlament/Kommission*; vgl. EU-Parlament verklagt EU-Kommission wegen Untätigkeit, beck-aktuell, 2. November 2021.

gegeben sind, so legt sie dem Rat gem. Art. 6 Abs. 9 einen Entwurf für einen Durchführungsbeschluss mit geeigneten Massnahmen vor, und zwar binnen eines Monats nach Eingang der Stellungnahme Ungarns.

Wie vorstehend bereits ausgeführt, nimmt der Rat den Durchführungsbeschluss binnen eines Monats nach Eingang des Kommissionsvorschlages an. Sollten aussergewöhnliche Umstände auftreten, kann der Zeitraum für die Annahme des Durchführungsbeschlusses um höchstens zwei Monate verlängert werden. Der Rat kann den Vorschlag der Kommission mit *qualifizierter Mehrheit* ändern und den geänderten Text durch einen Durchführungsbeschluss erlassen.

Anders als im Fall des Sanktionsmechanismus nach Art. 7 EUV kann Ungarn damit die Konditionalitätsregelung nicht per Veto verhindern. In der gegenwärtigen Situation des Krieges Russlands gegen die Ukraine könnte die ungarische Regierung aber z.B. versuchen, die Drohung mit finanziellen Sanktionen dadurch abzuwehren, dass sie seinerseits mit einem Veto gegen bestimmte antirussische EU-Sanktionen droht, was Viktor Orbán nicht nur ohne Weiteres zuzutragen, sondern im Bereich des Erdöl-Embargos bereits tatsächlich passiert ist.⁷⁰

H. „Rechtssetzende“ Judikatur des Gerichtshofs der EU?

Mit dem Versuch der Sicherstellung des Rechtsstaatsprinzips durch die Androhung finanzieller Sanktionen im Rahmen des „Konditionalitätsmechanismus“, beschritt die Union regulatorisch völliges Neuland im Sinn der Zusammenführung zweier bislang vollkommen getrennter Rechtsgebiete, nämlich der Werte der EU gem. Art. 2 EUV und der *Verwaltung der Haushaltsmittel* gem. Art. 322 AEUV⁷¹ – und zwar, ohne dafür primärrechtlich ausdrücklich berechtigt zu sein.

Obwohl der Gerichtshof in seinem vorerwähnten Judikat von Mitte Februar 2022⁷² diese Vorgangsweise als rechtlich zulässig bezeichnet hatte, erhob sich in der Literatur sehr bald Widerstand dagegen und man begann, diese Judika-

⁷⁰ <<https://www.dw.com/de/eu-eröffnet-verfahren-gegen-ungarn/a-61602419>>.

⁷¹ Leitner, Philipp, Der Schutz des Haushalts (Fn. 34), 4 f.

⁷² Vgl. dazu vorstehend unter [F](#).

tur als unzulässige „Rechtssetzung“ zu qualifizieren, eine Vorgangsweise, die einem „Gericht“ an sich nicht zustehe, da diesem ja nur judikative, nicht aber legislative Funktionen, zukommen.⁷³

Tatsächlich wird dem EuGH im Unionsrecht *expressis verbis* lediglich im Bereich der ausservertraglichen Haftung gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV eine (gewisse) *rechtssetzende* Funktion zuerkannt, nicht aber in den sonstigen Bereichen seiner Judikatur.⁷⁴ In der Praxis begnügt sich der EuGH aber nicht mit der üblichen Auslegung und ergänzenden Rechtsfindung, sondern greift vermehrt auch zur *Rechtsfortbildung*. Er orientiert sich dabei nicht an der „Wortlautschranke“ der jeweiligen Begriffe, sondern versteht auch klare Rechtsfortbildung (noch) als Interpretation. Er bedient sich dabei vorrangig der systematisch-teleologischen Methode, und legt besondere Bedeutung auf das Kriterium der „praktischen Wirksamkeit“ (*effet utile*) einzelner Bestimmungen, auf das Prinzip der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Union sowie auf das Erfordernis der einheitlichen Geltung des Unionsrechts. Mit dieser unionsfreundlichen, rechtsfortbildenden Interpretation, ist der EuGH mit seinem „judicial activism“⁷⁵ zu einem „Motor der Integration“ geworden, der den Integrationsprozess stets in Gang hielt.⁷⁶

Der vorerwähnten Kritik der Überschreitung der „judikativen Funktion“ des EuGH iSd Gewaltenteilungsprinzips ist grundsätzlich entgegenzuhalten, dass das staatsrechtliche Prinzip der „Gewaltenteilung“ im Verbandsrecht der EU nicht existiert – so ist z.B. der Hauptrechtssetzer in der EU der Rat, ein exekutiv rekrutiertes Organ (sic) – sondern durch das einer „Funktionenordnung“ ersetzt wurde.⁷⁷ Die Verbandsgewalt der EU unterliegt daher nicht einem staatsrechtlich konfigurierten System einer Gewaltenteilung zur Sicherung des Schutzes individueller Freiheiten, sondern soll so effizient als möglich eingesetzt werden, um die Verbandsziele zu erreichen. Dementsprechend kann

⁷³ Vgl. Hummer, Waldemar, Der Gerichtshof der EU: Garant der Rechtsstaatlichkeit oder unzulässiger „Rechtssetzer“?, EU-Infothek, vom 7. März 2018.

⁷⁴ Vgl. Pache, Eckhard, Art. 340 AEUV Rz 6, in: Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2. A, 2018, 1272.

⁷⁵ Ausgehend vom EuGH, Urteil vom 22. November 2005 in der Rechtssache Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 – *Mangold/Helm*, Rz 75; vgl. Veit, Paul, Stoppt den Europäischen Gerichtshof? Richterlicher Aktivismus als rechtskontextuelle Notwendigkeit, Recht und Politik 2/2014, 90 ff.

⁷⁶ Vgl. Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar/Obwexer, Walter, Europarecht, 2007, 201 f.

⁷⁷ Vgl. Hummer, Waldemar, Von der „Verstaatlichung“ der EU durch den Verfassungs-Vertrag (2004) zu ihrer „Entstaatlichung“ durch den Vertrag von Lissabon, 2007 – Das Scheitern des „Verfassungs-Konzepts“, in: Hummer, Waldemar/Obwexer, Walter (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 2009, 19 ff. (42 ff.).

der EuGH in seiner Judikatur – zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Union – durchaus über die Grenzen hinausgehen, die einem nationalen Gericht durch das Gewaltenteilungsprinzip an sich vorgegeben sind.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
08 | 2022

LEITARTIKEL:

**Sarah Progin-Theuerkauf
Mit Kanonen auf Spatzen:
Die geplante Reform des
Schengen-Systems**

Mit Kanonen auf Spatzen: Die geplante Reform des Schengen-Systems

Sarah Progin-Theuerkauf*

Inhalt

A. Einleitung	J 1
B. Hintergrund: Die Schengen-Zusammenarbeit	J 2
C. Zu den vorgeschlagenen Änderungen des Schengener Grenzkodexes	J 5
I. Kontext und bisheriger Rechtsrahmen	J 5
1. Zu Grenzkontrollen allgemein	J 5
2. Zur Möglichkeit der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen	J 9
II. EuGH-Urteil zur Rechtmässigkeit österreichischer Grenzkontrollen	J 12
III. Inhalt des Vorschlags von 2021	J 13
IV. Bewertung	J 18
D. Zur neuen Instrumentalisierungsverordnung	J 21
I. Kontext	J 21
II. Inhalt des Vorschlags von 2021	J 21
III. Bewertung	J 23
E. Fazit	J 24
Annex	J 25

A. Einleitung

Der Schengen-Raum, dessen „raison d'être“ die Schaffung eines Raums ohne systematische Personenkontrollen an den Binnengrenzen der Schengen-Staaten ist, befindet sich seit Jahren unter Druck. Nach Flüchtlings- und Coronakrise sowie teilweise absichtlich erzeugtem Migrationsdruck an den Ausengrenzen, u.a. durch Belarus¹, scheinen die Mitgliedstaaten einander stärker

* Prof. Dr. Sarah Progin-Theuerkauf ist ordentliche Professorin für Europarecht und europäisches Migrationsrecht an der Universität Freiburg.

¹ Vgl. <<https://www.swissinfo.ch/ger/migration-ueber-belarus--spannungen-an-polens-grenze-verschaerfen-sich/47096564>>.

denn je zu misstrauen; viele befürworten eine (Möglichkeit zur) Abkehr von der Grundidee, keine Kontrollen an den Schengen-Binnengrenzen mehr durchzuführen, bzw. eine souveräne Handhabung dieser Kontrollen.

Die Europäische Kommission hat auf diese Tendenzen reagiert und zuletzt 2021 eine Reform des Schengen-Raums vorgeschlagen, deren Ziel es ist, die „Governance“ des Schengen-Raums zu stärken.² Die Überarbeitung des Schengen-Systems war bereits im 2020 vorgelegten neuen Migrations- und Asylpaket³ sowie in der Schengen-Strategie⁴ der Kommission von Juni 2021 angekündigt worden. Bei den 2021 vorgeschlagenen Rechtsakten handelt es sich zum einen um einen Vorschlag für eine Neufassung des Schengener Grenzkodexes und zum anderen um einen Vorschlag für eine neue „Instrumentalisierungsverordnung“. Diese sollen im Folgenden analysiert werden.

Um die vorgeschlagenen Neuerungen besser einordnen zu können, wird zunächst die Schengen-Zusammenarbeit kurz erläutert ([B.](#)), bevor die beiden Vorschläge kritisch beleuchtet werden ([C.](#) und [D.](#)). Der Beitrag schliesst mit einem Fazit ([E.](#)).

B. Hintergrund: Die Schengen-Zusammenarbeit

Das 1985 zwischen Frankreich, Deutschland und den Benelux-Staaten abgeschlossene Schengener Abkommen⁵ sowie das 1990 abgeschlossene Schengener Durchführungsübereinkommen⁶ bilden den Grundstein der Schengen-

² Europäische Kommission, Schengen: Neue Vorschriften für einen resilienteren Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen, Pressemitteilung IP/21/6821 vom 14. Dezember 2021.

³ Vgl. Europäische Kommission, Ein Neuanfang in der Migrationspolitik: Aufbau von Vertrauen und Schaffung eines neuen Gleichgewichts zwischen Verantwortung und Solidarität, Pressemitteilung IP/20/1706 vom 23. September 2020.

⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Strategie für einen reibungslos funktionierenden und resilienten Schengen-Raum, COM (2021) 277 final.

⁵ Übereinkommen zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Abkommen), ABl. L 239 vom 22. September 2000, 13; vgl. auch Epiney, Astrid, Rechtsgrundlagen der Migration in Europa, in: Bauer, Hartmut/Cruz Villalón, Pedro/Iliopoulos-Strangas, Julia, Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, 2009, 115.

⁶ Übereinkommen vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungsübereinkommen), ABl. L 239 vom 22. September 2000, 19.

Zusammenarbeit. Mit dieser wurden die Kontrollen an den Binnengrenzen des Schengen-Raumes abgeschafft. Zur Kompensation des durch die wegfallenden Binnengrenzkontrollen verursachten Sicherheitsdefizits wurden verstärkte Kontrollen an den Aussengrenzen sowie weitere Begleitmassnahmen, darunter auch der Kampf gegen irreguläre Migration, eine verstärkte Polizeizusammenarbeit (darunter auch das Schengener Informationssystem) und eine gemeinsame Visapolitik, eingeführt.⁷ Als völkerrechtliche Verträge von nur einzelnen Mitgliedstaaten gehörten die Schengener Übereinkommen zunächst nicht zum EU-Recht, wiesen aber einen klaren Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit auf. Der Bereich der Grenzkontrollen fiel traditionell in die Kompetenzen der einzelnen Mitgliedstaaten.

Erst mit dem Amsterdamer Vertrag von 1997 erhielt die Europäische Union (bzw. Europäische Gemeinschaft als Teil der ersten Säule der Union) Kompetenzen im Bereich Asyl, Migration und Grenzkontrollen. So wurde der Schengen-Besitzstand in den rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union überführt.⁸ In diesem Zusammenhang wurde jedem Rechtsakt eine Rechtsgrundlage aus den verschiedenen Säulen des Unionsrechts zugeordnet.⁹ Ein grosser Teil des ehemaligen Schengen-Acquis (Aussengrenzkontrollen, Teile der Visapolitik, Flüchtlings- und Asylpolitik, Einwanderungspolitik und justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen) wurde in den Titel IV EG-Vertrag (und damit in die erste Säule der EU) integriert; die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen verblieb hingegen weiterhin auf der intergouvernementalen Ebene der dritten Säule (Titel VI EU-Vertrag).

Seither hat das EU-Recht einen Geltungsvorrang vor Schengen-Recht hat, d.h. nur soweit kein neueres EU-Recht erlassen wurde, gelten die Bestimmun-

⁷ Vgl. dazu allgemein Achermann, Alberto, Schengen und Asyl: Das Schengener Übereinkommen als Ausgangspunkt der Harmonisierung europäischer Asylpolitik, in: Achermann, Alberto/Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Wehner, Ruth, Schengen und die Folgen, 1995, 79.

⁸ Protokoll Nr. 2 zum Vertrag von Amsterdam zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der Europäischen Union, ABl. C 340 vom 10. November 1997, 93; vgl. Hailbronner, Kay/Thiery, Claus, Amsterdam – Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie die Überführung des Schengen-Besitzstandes auf EU-Ebene, Europarecht (EuR) 1998, 583; Hailbronner, Kay, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asyl und Einwanderung, in: Hummer, Waldemar (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, 179; Fungueiriño-Lorenzo, Rocío, Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag, Entwicklung der gemeinschaftlichen Kompetenzen in Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik, 2002; Gerber, Bettina, Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, 2004, 67 f.

⁹ Vgl. Beschluss 199/436/EG vom 20. Mai 1999, ABl. L 176 vom 10. Juli 1999, 17.

gen des Schengener Abkommens sowie des Durchführungsübereinkommens fort. In der Tat wurden inzwischen zahlreiche Normen des Schengener Abkommens und des Durchführungsübereinkommens durch EU-Rechtsakte ersetzt.¹⁰

Da es sich bei der vergemeinschafteten Materie um Politikbereiche handelte, die zuvor durch die intergouvernementale Zusammenarbeit reglementiert waren, wurden für einen Zeitraum von fünf Jahren spezielle Übergangsregeln für die Beschlussfassung geschaffen (Art. 67 EG-Vertrag). Danach erfolgte ein schrittweiser Übergang zum Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EG-Vertrag.¹¹ Auch die Kompetenz des EuGH blieb durch die Sonderregelung in Art. 68 EG-Vertrag zunächst stark eingeschränkt.¹² Diese Sonderregelungen wurden mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon 2009 abgeschafft.

Der Schengen-Raum umfasst aktuell 26 Länder mit einer Bevölkerung von mehr als 420 Millionen Menschen. Täglich pendeln 3,5 Millionen Menschen zwischen Schengen-Staaten.¹³

Kaum ein Rechtsgebiet ist so dynamisch wie das Schengen-Recht. Die Schweiz, die seit 2008 an den Schengen-Raum assoziiert ist¹⁴, musste inzwischen 340 Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes umsetzen (davon sind 122 bereits obsolet).¹⁵ Auch die 2021 vorgeschlagenen neuen Rechtsakte werden, sofern sie eines Tages angenommen werden, als Teil des Schengen-Acquis von der Schweiz zu übernehmen sein, möchte man nicht ein Ende der Schengen- und auch der Dublin-Assoziierung riskieren.

¹⁰ Vgl. z.B. den Schengener Grenzkodex, Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, ABl. L 105 vom 13. April 2006, 1, inzwischen Verordnung (EG) Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 77 vom 23. März 2016, 1.

¹¹ Vgl. 2004/927/EG: Beschluss des Rates vom 22. Dezember 2004 über die Anwendung des Verfahrens des Artikels 251 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Bereiche, die unter Titel IV des Dritten Teils dieses Vertrages fallen, ABl. L 396 vom 31. Dezember 2004, 45.

¹² Vgl. Gerber, Bettina, Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, 2004, 78 ff.

¹³ Europäische Kommission, Schengen: Neue Vorschriften für einen resilienteren Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen, Pressemitteilung IP/21/6821 vom 14. Dezember 2021.

¹⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, SR 0.362.31.

¹⁵ Vgl. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/schengen-dublin/uebersichten.html>>.

C. Zu den vorgeschlagenen Änderungen des Schengener Grenzkodexes

Um die vorgeschlagenen Neuerungen im Bereich der Grenzkontrollen zu verstehen, ist es nötig, sich den geltenden Rechtsrahmen in Erinnerung zu rufen (I.). Die aktuelle Rechtslage wurde zudem im April 2022 durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) noch einmal konkretisiert. Dieses Urteil wird überblickartig dargestellt (II.), da es wichtige Schlüsse dazu enthält, welche Grenzen der Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen aktuell gesetzt sind.

I. Kontext und bisheriger Rechtsrahmen

Der Schengener Grenzkodex (SGK) wurde 2006 erlassen und ist seither das den Grenzübertritt von Personen regelnde Instrument der EU.¹⁶ Seit 2006 erfuhr der Grenzkodex zahlreiche Änderungen. Allein die aktuelle, 2016 erlassene Verordnung wurde bereits dreimal geändert.¹⁷

1. Zu Grenzkontrollen allgemein

Für die Binnengrenzen des Schengen-Raums sieht der SGK folgendes Regime vor: Nach Art. 22 SGK dürfen diese unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden. Die Ausübung der polizeilichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Massgabe des nationalen Rechts

¹⁶ Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 77 vom 23. März 2016, 1-52; zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2019/817 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen in den Bereichen Grenzen und Visa und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 und (EU) 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Entscheidung 2004/512/EG des Rates und des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, ABl. L 135 vom 22. Mai 2019, 27-84.

¹⁷ Vgl. Progin-Theuerkauf, Sarah / Epiney, Astrid, Schengen Borders Code, in: Hailbronner, Kay / Thym, Daniel (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, 3rd edition, 2021, Chap. 5, Article 1, note 31.

wird gemäss Art. 23 SGK durch das Ausbleiben der Binnengrenzkontrollen jedoch nicht berührt, sofern die Ausübung dieser Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat; dies gilt auch in Grenzgebieten.¹⁸

Die Aussengrenzen des Schengen-Raums dürfen im Gegensatz zu Binnengrenzen nach Art. 5 SGK nur über zugelassene Grenzübergangsstellen überschritten werden. An den Grenzübergangsstellen erfolgt eine Kontrolle der Einreisevoraussetzungen. Bei aussergewöhnlichen und unvorhergesehenen Umständen können gemäss Art. 9 SGK die Grenzübertrittskontrollen an den Aussengrenzen gelockert werden. Solche aussergewöhnlichen und unvorhergesehenen Umstände liegen vor, wenn unvorhersehbare Ereignisse zu einem derart starken Verkehrsaufkommen führen, dass sich trotz Ausschöpfung aller personellen, räumlichen und organisatorischen Möglichkeiten unzumutbare Wartezeiten an der Grenzübergangsstelle ergeben. In diesem Fall hat die Grenzübertrittskontrolle des Einreiseverkehrs grundsätzlich Vorrang vor der Grenzübertrittskontrolle des Ausreiseverkehrs.

Der Schengener Grenzkodex unterscheidet bei den Kontrollen an den Aussengrenzen zwischen Personen, die nach Unionsrecht Anspruch auf freien Personenverkehr haben (Art. 8 Abs. 2 SGK), und Drittstaatsangehörigen (Art. 8 Abs. 3 SGK).

Personen, die nach Unionsrecht Anspruch auf freien Personenverkehr haben¹⁹, werden nach Art. 8 Abs. 2 SGK einer Überprüfung ihrer Identität und ihrer Staatsangehörigkeit sowie der Echtheit des Reisedokuments und seiner Gültigkeit für den Grenzübertritt, unter anderem durch Abfrage der einschlägigen Datenbanken, unterzogen. Zudem wird geprüft, ob die Person nicht als Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines der Mitgliedstaaten angesehen wird, unter anderem durch Abfrage des SIS und anderer einschlägiger Unionsdatenbanken. Die Pflicht zu einer derartigen Prüfung wurde erst 2017 in den

¹⁸ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 22. Juni 2010 in den verb. Rs. C-188/10 und C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363 – Melki und Abdeli; EuGH, Urteil vom 19. Juli 2012 in der Rechtssache C-278/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:508 – Adil.

¹⁹ D.h. in erster Linie Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, vgl. Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 158 vom 30. April 2004, 77-123. Auch Staatsangehörige assoziierter Staaten wie der Schweiz geniessen ein Recht auf Freizügigkeit.

SGK aufgenommen, da sich auch Unionsbürger als Sicherheitsrisiken erwiesen hatten („Djihad-Touristen“, etc.).²⁰ Bis dahin wurden bei Personen mit Anspruch auf freien Personenverkehr nur Mindestkontrollen durchgeführt.

Drittstaatsangehörige werden nach Art. 8 Abs. 3 SGK eingehend kontrolliert. Dies umfasst die Überprüfung der in Art. 6 Abs. 1 SGK festgelegten Einreisevoraussetzungen sowie gegebenenfalls der für den Aufenthalt und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erforderlichen Erlaubnisse und/oder des Visums.

Die Einreisevoraussetzungen, die Drittstaatsangehörige nach Art. 6 Abs. 1 SGK bei der Einreise über eine Aussengrenze in den Schengen-Raum erfüllen müssen, sind folgende: Sie müssen im Besitz eines gültigen Reisedokuments sein, das sie zum Überschreiten der Grenze berechtigt, während der letzten zehn Jahre ausgestellt wurde und mindestens noch drei Monate gültig ist, falls nötig im Besitz eines gültigen Visums sein und den Zweck und die Umstände des beabsichtigten Aufenthalts belegen. Weiterhin müssen Drittstaatsangehörige über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat oder für die Durchreise in einen Drittstaat, in dem ihre Zulassung gewährleistet ist, verfügen oder in der Lage sein, diese Mittel rechtmässig zu erwerben. Zudem dürfen sie nicht im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sein oder eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaats darstellen. Ein Drittstaatsangehöriger darf insbesondere nicht in den nationalen Datenbanken der Mitgliedstaaten zur Einreiseverweigerung aus denselben Gründen ausgeschrieben worden sein. Die Einhaltung dieser Kriterien wird bei der Einreise über eine Aussengrenze geprüft.

Einem Drittstaatsangehörigen, der nicht alle Einreisevoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 SGK erfüllt und der nicht zu dem in Art. 6 Abs. 5 SGK genannten Personenkreis gehört, wird die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verweigert (Art. 14 SGK). Ein Mitgliedstaat kann (bzw. muss im Falle internationaler Verpflichtungen) jedoch Drittstaatsangehörigen, die eine oder mehrere der in Art. 6 Abs. 1 SGK aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllen, die Einreise in sein Hoheitsgebiet aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen ge-

²⁰ Verordnung (EU) 2017/458 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 hinsichtlich einer verstärkten Abfrage von einschlägigen Datenbanken an den Aussengrenzen, ABl. L 74 vom 18. März 2017, 1-7.

statten (Art. 6 Abs. 5 SGK). Internationale Verpflichtungen ergeben sich insbesondere aus dem Non-Refoulement-Gebot, das auf Art. 3 EMRK und anderen internationalen Menschenrechtsverträgen beruht.²¹

Bei der Ausreise über eine Aussengrenze wird nur noch geprüft, ob der Drittstaatsangehörige über ein für den Grenzübertritt gültiges Dokument verfügt, ob das Reisedokument Fälschungs- oder Verfälschungsmerkmale aufweist und ob der Drittstaatsangehörige keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit oder die internationalen Beziehungen eines der Mitgliedstaaten darstellt. Weitere Kontrollen sind aber möglich, insbesondere die Überprüfung, ob die Person nicht die zulässige Höchstdauer des Aufenthalts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten überschritten hat.

Die Grenzkontrollen können sich auch auf die Fortbewegungsmittel der die Grenze überschreitenden Personen und die von ihnen mitgeführten Sachen erstrecken (Art. 8 Abs. 1 S. 2 SGK).

Die zuständigen Grenzschutzbeamten führen nach Art. 7 SGK ihre Aufgaben unter uneingeschränkter Wahrung der Menschenwürde durch, insbesondere in Fällen, die schutzbedürftige Personen betreffen. Die zur Durchführung ihrer Aufgaben getroffenen Massnahmen müssen – gemessen an den damit verfolgten Zielen – verhältnismässig sein. Personen dürfen nicht aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung diskriminiert werden.

Nach Art. 14 Abs. 3 SGK sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen Rechtsbehelf gegen die Einreiseverweigerung vorzusehen, nicht aber gegen sonstige Rechtsverletzungen, die im Verfahren für den Erlass einer die Einreise letztlich gestattenden Entscheidung (z.B. erniedrigende Kontrollmassnahmen am Flughafen) begangen werden. Diese können aber von Art. 7 SGK (uneingeschränkte Wahrung der Menschenwürde) erfasst sein. Nach Art. 47 der Grundrechtecharta müssen die Mitgliedstaaten in ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung geeignete Rechtsbehelfe vorsehen, um auch Personen zu schützen, die ihre Rechte aus Art. 7 SGK geltend machen.

Ausserhalb der Grenzübergangsstellen findet eine Grenzüberwachung statt (Art. 13 SGK).

²¹ McAdam, Jane, Human rights and forced migration, in: Fiddian-Qasmiyeh, Elena et al., The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies, 2014, 203 ff.; Molnar, Tamás, The principle of non-refoulement under international law: It's inception and evolution in a nutshell, COJOURN 1:1(2016), 51 ff.

Nach Art. 5 Abs. 3 SGK sehen die Mitgliedstaaten nach nationalem Recht Sanktionen für das unbefugte Überschreiten der Aussengrenzen ausserhalb der Grenzübergangsstellen oder der festgesetzten Verkehrsstunden vor. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein.

2. Zur Möglichkeit der Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen

Die Regelungen zur vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen finden sich in Art. 25 ff. SGK. Bei Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen finden nach Art. 32 SGK die einschlägigen Bestimmungen des Titels II entsprechend Anwendung. Die Binnengrenzen werden damit zwar nicht zu Aussengrenzen, aber wie solche behandelt.²²

Insgesamt sind für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen drei verschiedene Verfahren vorgesehen. Art. 25 bis 27 SGK regeln den „Normalfall“: Falls eine ernsthafte Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit eines Mitgliedstaates vorliegt, können Grenzkontrollen für 30 Tage oder die Dauer der Bedrohung wiedereingeführt werden. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz muss dabei gewahrt werden. Besteht die Bedrohung weiter fort, können die Grenzkontrollen für weitere Zeiträume von 30 Tagen verlängert werden. Der Höchstzeitraum beträgt 6 Monate (Art. 25 Abs. 4 Satz 1 SGK). Das Verfahren im Normalfall regelt Art. 27 SGK: Beabsichtigt ein Mitgliedstaat die Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen, so teilt er dies den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission spätestens vier Wochen vor der geplanten Wiedereinführung mit, oder innerhalb einer kürzeren Frist, wenn die Umstände, welche die Wiedereinführung der Kontrollen an den Binnengrenzen erfordern, weniger als vier Wochen vor der geplanten Wiedereinführung bekannt werden. Der Mitgliedstaat muss verschiedene Angaben zu seinen Gründen, dem Umfang der Kontrollen und den betroffenen Grenzübergangsstellen machen. Die Informationen sind gleichzeitig dem Europäischen Parlament und dem Rat zu übermitteln. Im Anschluss daran können Kommission und Mitgliedstaaten eine Stellungnahme abgeben. Diese sind dann Gegenstand einer Konsultation, die mindestens 10 Tage vor der Einführung der geplanten Kontrollen stattfinden muss.

Art. 28 SGK sieht ein besonderes Verfahren für Fälle einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat, die sofortiges Handeln erfordern, vor. Die Kontrollen können danach für

²² Vgl. EuGH, Urteil vom 19. März 2019 in der Rechtssache C-444/17, ECLI:EU:C:2019:220 – Arib.

maximal 10 Tage sofort wiedereingeführt werden. Führt ein Mitgliedstaat an den Binnengrenzen danach wieder Kontrollen ein, so teilt er dies gleichzeitig den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission mit; er macht dieselben Angaben wie im Verfahren nach Art. 27, einschliesslich der Gründe, die eine Inanspruchnahme des Verfahrens nach Art. 28 SGK rechtfertigen. Nach Erhalt einer solchen Mitteilung kann die Kommission die anderen Mitgliedstaaten sofort konsultieren. Dauert die ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit über den in Art. 28 Abs. 1 genannten Zeitraum an, so kann der Mitgliedstaat beschliessen, die Kontrollen an den Binnengrenzen für verlängerbare Zeiträume von höchstens 20 Tagen zu verlängern. Der Gesamtzeitraum darf zwei Monate nicht überschreiten. Die Kommission unterrichtet das Europäische Parlament.

Art. 29 und 30 SGK schliesslich regeln ein besonderes Verfahren im Fall aussergewöhnlicher Umstände, unter denen das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist. Dann dürfen Grenzkontrollen für einen Zeitraum von höchstens sechs Monaten wieder eingeführt werden. Dieser Zeitraum kann höchstens dreimal um einen weiteren Zeitraum von höchstens sechs Monaten verlängert werden. Nach Art. 29 Abs. 1 SGK können aber selbst bei diesen aussergewöhnlichen Umständen die Grenzkontrollen nur für maximal zwei Jahre wiedereingeführt werden. Der Rat kann als letztes Mittel und als Massnahme zum Schutz der gemeinsamen Interessen im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen und wenn alle anderen Massnahmen die festgestellte ernsthafte Bedrohung nicht wirksam verringern können, empfehlen, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten beschliessen, an allen oder bestimmten Abschnitten ihrer Binnengrenzen Kontrollen wieder einzuführen. Die Empfehlung des Rates stützt sich auf einen Vorschlag der Kommission. Die Mitgliedstaaten können die Kommission ersuchen, dem Rat einen solchen Vorschlag für eine Empfehlung vorzulegen. Die Empfehlung des Rates enthält zumindest die Angaben nach Art. 27 Abs. 1 lit. a bis e SGK. Der Rat kann unter denselben Bedingungen und Verfahren eine Verlängerung empfehlen. Bevor ein Mitgliedstaat nach diesem Absatz Kontrollen an allen oder bestimmten Abschnitten seiner Binnengrenzen wieder einführt, teilt er dies den anderen Mitgliedstaaten, dem Europäischen Parlament und der Kommission mit. Bei Dringlichkeit kann die Kommission erforderliche Empfehlungen im Wege sofort geltender Durchführungsrechtsakte erlassen. Innerhalb von 14 Tagen nach der Annahme solcher Empfehlungen legt die Kommission dann aber dem Rat einen Vorschlag für eine Empfehlung vor.

Nach Art. 31 SGK müssen Parlament und Rat in allen Fällen so bald wie möglich unterrichtet werden. Nach Aufhebung der Kontrollen muss der betroffene Mitgliedstaat bei Parlament, Rat und Kommission einen Bericht einreichen (Art. 33 SGK). Auch die Öffentlichkeit muss unterrichtet werden (Art. 34 SGK).

Vor 2015 wurden Grenzkontrollen vor allen Dingen im Zusammenhang mit punktuellen Ereignissen wie Sport-Grossveranstaltungen oder Gipfeltreffen wiedereingeführt. Seit 2015 lässt sich hier jedoch ein Paradigmenwechsel feststellen: Seither fanden an diversen Binnengrenzen des Schengenraumes nahezu durchgehend Grenzkontrollen statt, zunächst wegen der Flüchtlingskrise und der Situation an den Aussengrenzen, dann im Zuge der Corona-Pandemie.²³ Im Zuge der Flüchtlingskrise wurde erstmalig das Verfahren nach Art. 29 SGK (mit Ratsbeschluss) angewendet.²⁴

Die korrekte Auslegung der Art. 25 ff. GFK war lange unklar (und ist es teilweise heute noch).²⁵

²³ Informationen zu aktuell durchgeführten Grenzkontrollen finden sich unter <https://ec.europa.eu/home-affairs/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en>.

²⁴ Vgl. Durchführungsbeschluss (EU) 2017/818 des Rates vom 11. Mai 2017 mit einer Empfehlung zur Verlängerung zeitlich befristeter Kontrollen an den Binnengrenzen unter aussergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl. L 122 vom 13. Mai 2017, 73; Durchführungsbeschluss (EU) 2017/246 des Rates vom 7. Februar 2017 zur Verlängerung zeitlich befristeter Kontrollen an den Binnengrenzen unter aussergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl. L 36 vom 11. Februar 2017, 59; Durchführungsbeschluss (EU) 2016/1989 des Rates vom 11. November 2016 mit einer Empfehlung zur Verlängerung zeitlich befristeter Kontrollen an den Binnengrenzen unter aussergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl. L 306 vom 15. November 2016, 13; Durchführungsbeschluss (EU) 2016/894 des Rates vom 12. Mai 2016 mit einer Empfehlung für zeitlich befristete Kontrollen an den Binnengrenzen unter aussergewöhnlichen Umständen, die das Funktionieren des Schengen-Raums insgesamt gefährden, ABl. L 151 vom 8. Juni 2016, 8.

²⁵ Dazu ausführlich Progin-Theuerkauf, Sarah, Grenzkontrollen im Schengen-Raum – Aktuelle Rechtsfragen, in: Belser, Eva Maria/Pichonnaz, Pascal/Stöckli, Hubert (Hrsg.), *Le droit sans frontières – Recht ohne Grenzen – Law without borders*, Mélanges pour Franz Werro, 2022, 563, 568 ff.

II. EuGH-Urteil zur Rechtmässigkeit österreichischer Grenzkontrollen

Im April 2022 musste sich der EuGH im Fall NW / Landespolizeidirektion Steiermark²⁶ zur Rechtmässigkeit der umstrittenen österreichischen Grenzkontrollen äussern. Das Urteil war mit Spannung erwartet worden und sorgte für viel Aufsehen, weil es einige (wenn auch nicht alle) der soeben beschriebenen Fragen beantwortete.²⁷

Österreich hatte im September 2015 Grenzkontrollen an den Grenzen zu Ungarn und Slowenien wiedereingeführt. In den ersten beiden Monaten wurden die Kontrollen auf Art. 28 SGK gestützt, danach auf Art. 25 und 27 SGK. Ab Mai 2016 stützte sich Österreich auf vier aufeinanderfolgende Empfehlungen des Rates nach Art. 29 SGK, um diese Kontrollen für weitere 18 Monate durchzuführen. Die vierte dieser Empfehlungen lief am 10. November 2017 aus. Auch seitdem wurden durchgehend Kontrollen durchgeführt, und zwar jeweils für aufeinanderfolgende Zeiträume von sechs Monaten.

NW wurde einmal im August und einmal im November 2019 von Slowenien kommend am Grenzübergang Spielfeld kontrolliert. Beide Male wurde er aufgefordert, sich mittels eines Reisepasses oder Personalausweises auszuweisen. NW fragte, ob es sich um eine Grenzkontrolle oder eine Identitätskontrolle handle. Er erhielt die Auskunft, dass es sich um eine Grenzkontrolle handle. In einem Fall erhielt NW eine Geldstrafe in Höhe von 36 EUR. NW hielt das Vorgehen Österreichs für nicht mit dem SGK vereinbar und klagte. Das zuständige Gericht legte dem EuGH den Fall zur Vorabentscheidung vor.

Unstreitig war, dass die Kontrollen Österreichs nicht (mehr) auf Art. 29, sondern auf Art. 25 und 27 SGK gestützt wurden und dass die in Art. 25 Abs. 4 SGK vorgesehene Gesamtdauer von sechs Monaten überschritten war. Der EuGH kam dann unter Auslegung des Kontextes und der Ziele von Art. 25 zum Ergebnis, dass aufeinanderfolgende Verlängerungen der auf der Grundlage von Art. 25 Abs. 3 SGK beschlossenen Kontrollen eine Gesamtdauer von sechs Monaten nicht überschreiten dürften. Als Ausnahmen und Abweichungen von

²⁶ EuGH, Urteil vom 26. April 2022 in den verbundenen Rechtssachen C-368/20 und C-369/20, ECLI:EU:C:2022:298 – NW/Landespolizeidirektion Steiermark.

²⁷ Siehe auch Progin-Theuerkauf, Sarah, Grenzkontrollen im Schengen-Raum – Aktuelle Rechtsfragen, in: Belser, Eva Maria/Pichonnaz, Pascal/Stöckli, Hubert (Hrsg.), *Le droit sans frontières – Recht ohne Grenzen – Law without borders*, Mélanges pour Franz Werro, 2022, 563–575; Cebulak, Pola / Morvillo, Marta, *The Guardian is Absent – Legality of Border Controls within Schengen before the European Court of Justice*, Verfassungsblog, 25. Juni 2021, abrufbar unter: <<https://verfassungsblog.de/the-guardian-is-absent/>>.

der Freizügigkeit seien Art. 25 ff. SGK nämlich eng auszulegen. Bei Anhalten der ursprünglichen Bedrohung reiche eine blossе Neubewertung der Situation nicht aus, um eine neue Frist von sechs Monaten in Gang zu setzen. Ansonsten würden auch die Grenzen zwischen Art. 25 und Art. 29 SGK, der eine Maximalfrist von zwei Jahren vorsehe, verwischt. Nur das Auftreten einer neuen Bedrohung könne daher die Frist von Art. 25 Abs. 4 SGK erneut in Gang setzen. Österreich habe aber nicht nachgewiesen, dass es sich um eine neue Bedrohung gehandelt habe. Daher seien die Kontrollen – und somit auch die Sanktionen – rechtswidrig gewesen. Auch Art. 72 AEUV (Ordre-public-Klausel) könne eine andere Auslegung nicht rechtfertigen.

Der EuGH ermahnte schliesslich auch die Kommission, dass sie nach Art. 27 Abs. 4 SGK eine Stellungnahme zu den österreichischen Kontrollen hätte abgeben müssen. Das Fehlen einer Stellungnahme habe aber ansonsten keinen Einfluss auf die Auslegung von Art. 25 ff. SGK.

Das Urteil machte deutlich, dass der SGK geändert werden muss, wenn Grenzkontrollen auch über die aktuell geltenden Maximalzeiträume hinaus möglich sein sollen.

III. Inhalt des Vorschlags von 2021

Bereits im September 2017 hatte die Kommission eine Revision des Schengener Grenzkodex vorgeschlagen.²⁸

Der Vorschlag sah folgende Punkte vor:

- Die Frist des Art. 25 Abs. 1 SGK, der die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen bei einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat erlaubt, sollte von 30 Tagen auf sechs Monate verlängert werden. Die Gesamtdauer von Kontrollen nach Art. 25 Abs. 4 Satz 1 sollte von sechs Monate auf ein Jahr verlängert werden.
- Der Gesamtzeitraum, innerhalb dessen Kontrollen an den Binnengrenzen eingeführt werden können, sollte weiterhin höchstens zwei Jahre betragen.

²⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 in Bezug auf die Vorschriften über die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen, COM (2017) 571 final.

- Nach einem neuen Art. 27a sollten Grenzkontrollen unter aussergewöhnlichen Umständen noch einmal um 6 Monate verlängert werden können. Eine Verlängerung kann dreimal um einen Zeitraum von jeweils bis zu sechs Monaten empfohlen werden.

Im Dezember 2021, also noch vor Veröffentlichung des Urteils im Fall NW / *Landespolizeidirektion Steiermark* schlug die Kommission erneut eine Revision des SGK vor.²⁹

Dieser Vorschlag sieht insbesondere vier Aspekte vor:

- Im Fall der **Bedrohung der öffentlichen Gesundheit** durch Auftreten einer Infektionskrankheit mit epidemischem Potenzial in einem oder mehreren Drittstaaten sollen verbindliche vorübergehende Reisebeschränkungen an den Aussengrenzen eingeführt werden können (neuer Art. 21a SGK). Dies soll durch den Rat mittels einer Durchführungsverordnung erfolgen, die sämtliche Personengruppen bezeichnet, die Beschränkungen unterliegen und auch die entsprechenden geografischen Gebiete klar nennt, für die dies gilt. Die Reisebeschränkungen sollen in allen Mitgliedstaaten einheitlich angewandt werden, solange die Gefährdung der öffentlichen Gesundheit in der Union andauert. Sie können Beschränkungen der Einreise in die Mitgliedstaaten, aber auch andere Massnahmen umfassen, die für den Schutz der öffentlichen Gesundheit im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen als notwendig erachtet werden, beispielsweise Tests, Quarantäne und Selbstisolierung. Von den Beschränkungen ausgenommen sind Personen, die nach dem Unionsrecht Anspruch auf freien Personenverkehr haben und langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige im Sinne der Richtlinie 2003/109/EG³⁰ sind und Personen, die ihr Aufenthaltsrecht aus anderen Rechtsvorschriften der Union oder nationalen Rechtsvorschriften ableiten oder Inhaber eines nationalen Visums für den längerfristigen Aufenthalt sind, sowie ihre Familienangehörigen. Beschränkungen werden in der Regel für nicht notwendige Reisen ausgesprochen, können aber ausnahmsweise auch für notwendige Reisen gelten (neuer Art. 21a Abs. 4 lit. d SGK). Allerdings dürfen nach Anhang XI der vorgeschlagenen Verordnung keine Einreise-

²⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, COM (2021) 891 final.

³⁰ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16 vom 23. Januar 2004, 44.

beschränkungen für Gesundheitspersonal, Gesundheitsforscher und Altenpflegepersonal, Diplomaten, Personal internationaler Organisationen, von internationalen Organisationen eingeladene Personen, deren Anwesenheit für das reibungslose Funktionieren dieser Organisationen erforderlich ist, militärisches Personal, humanitäre Helfer und Katastrophenschutzkräfte in Ausübung ihrer Tätigkeit, Passagiere im Transitverkehr, Passagiere, die aus zwingenden familiären Gründen reisen, Seeleute und Personen, die internationalen Schutz oder Schutz aus anderen humanitären Gründen benötigen, erlassen werden. Einreisebeschränkungen für Personen, die notwendige Reisen durchführen, sollen ohnehin nur ausnahmsweise verhängt werden. Als notwendige Reisen werden nach dem neuen Art. 2 Nr. 28 SGK Reisen im Zusammenhang mit der Ausübung einer wichtigen Funktion oder aus zwingend notwendigen Gründen unter Berücksichtigung geltender internationaler Verpflichtungen der Union und der Mitgliedstaaten, die in Anhang XI aufgeführt sind, verstanden.

- Bei einer **Instrumentalisierung von Migranten**³¹ sollen die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, die Anzahl der Grenzübergangsstellen oder deren Öffnungszeiten zu beschränken (neuer Art. 5 Abs. 4 SGK). Die Beschränkungen müssen verhältnismässig sein und den Rechten von freizügigkeitsberechtigten Personen, Personen mit Aufenthaltsrecht oder Visum für einen langfristigen Aufenthalt, Familienangehörige solcher Personen und Drittstaatsangehörige, die um internationalen Schutz nachsuchen, Rechnung tragen. Zudem soll bei einer Instrumentalisierung die Grenzüberwachung verstärkt werden (neuer Art. 13 SGK). Personen sollen daran gehindert und davon abgehalten werden, die Grenze unbefugt zwischen Grenzübergangsstellen zu überschreiten und die Kontrollen an den Grenzübergangsstellen zu umgehen. Die Überwachung kann auch durch Verwendung technischer Mittel – einschliesslich elektronischer Mittel, Ausrüstung und Überwachungssysteme – erfolgen (neuer Art. 13 Abs. 4 SGK). Im Falle einer Instrumentalisierung intensivieren die Mit-

³¹ Der SGK wird um eine Definition der „Instrumentalisierung“ ergänzt (neuer Art. 2 Nr. 27 SGK): Diese umfasst eine Situation, in der ein Drittstaat irreguläre Migrationsströme in die EU entstehen lässt, indem er Reisen von Drittstaatsangehörigen an die Aussengrenzen, in sein Hoheitsgebiet oder aus seinem Hoheitsgebiet und weiter an die betreffenden Aussengrenzen aktiv fördert oder erleichtert, wenn diese Handlungen auf die Absicht eines Drittstaats hindeuten, die Union oder einen Mitgliedstaat zu destabilisieren, wenn die Art dieser Handlungen wesentliche Funktionen des betreffenden Mitgliedstaats, einschliesslich seiner territorialen Unversehrtheit, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder des Schutzes seiner nationalen Sicherheit, gefährden könnte. Zur Instrumentalisierungsverordnung vgl. [Kapitel D](#).

gliedstaaten die Überwachung. Die verwendeten technischen Mittel können moderne Technologien, einschliesslich Drohnen und Bewegungssensoren sowie mobile Einheiten, umfassen, um unbefugte Grenzübertritte in die Union zu verhindern. Frontex soll schliesslich eine Schwachstellenbeurteilung durchführen und kann Empfehlungen an die betroffenen Mitgliedstaaten richten. Die Kommission kann delegierte Rechtsakte für zusätzliche Überwachungsmassnahmen, einschliesslich der Entwicklung von Standards für die Grenzüberwachung, insbesondere den Einsatz von Kontroll- und Überwachungstechnologien an den Aussengrenzen, erlassen.

- Herzstück des Vorschlags sind neue Regeln zur **Wiedereinführung von Grenzkontrollen** (vgl. die [Übersicht im Annex](#)): Hier sollen künftig **vier Möglichkeiten** zur Verfügung stehen. Den Grundsatz statuiert der neue Art. 25 SGK. Danach darf ein Mitgliedstaat Kontrollen ausnahmsweise wieder einführen, wenn seine öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit ernsthaft bedroht ist. Als Beispiele für eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit nennt der neue Art. 25 Abs. 1 SGK insbesondere terroristische Akte, eine Notlage im Bereich der öffentlichen Gesundheit, eine sehr hohe Zahl unerlaubter Migrationsbewegungen von Drittstaatsangehörigen zwischen den Mitgliedstaaten, die das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet, oder grosse oder prominente internationale Veranstaltungen wie Sport-, Handels- oder politische Veranstaltungen. Die Liste ist nicht abschliessend. Grenzkontrollen müssen zudem immer verhältnismässig sein. Sodann stehen vier verschiedene Verfahren zur Verfügung, wobei zwei davon im neuen Art. 25a SGK aufgeführt sind. Dieser regelt das Verfahren für Fälle, die Massnahmen aufgrund unvorhersehbarer oder vorhersehbarer Ereignisse erfordern. Nach Art. 25 Abs. 1 SGK kann ein Mitgliedstaat **sofort** wieder Kontrollen an den Binnengrenzen einführen, wenn aufgrund einer **unvorhersehbaren ernsthaften Bedrohung** der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit in einem Mitgliedstaat sofortiges Handeln erforderlich ist. Der Mitgliedstaat unterrichtet dann gleichzeitig mit der Wiedereinführung der Kontrollen die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten. Die Kontrollen können für einen Zeitraum von **bis zu einem Monat** sofort wieder eingeführt werden. Hält die ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit über diesen Zeitraum hinaus an, so kann der Mitgliedstaat die Kontrollen an den Binnengrenzen für weitere Zeiträume bis zu einer Dauer von **höchstens drei Monaten** verlängern (neuer Art. 25 Abs. 2 SGK). Bei einer **vorhersehbaren Bedrohung** kann ein Mitgliedstaat nach

dem neuen Art. 25 Abs. 4 SGK dies der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten spätestens vier Wochen vor der geplanten Wiedereinführung der Grenzkontrollen oder, wenn die Umstände, welche die Wiedereinführung der Kontrollen an den Binnengrenzen erfordern, weniger als vier Wochen vor der geplanten Wiedereinführung bekannt werden, auch innerhalb einer kürzeren Frist mitteilen. Die Kontrollen können bis zu einer Dauer von **sechs Monaten** wieder eingeführt werden. Dauert die Bedrohung über diesen Zeitraum hinaus an, so kann der Mitgliedstaat die Kontrollen an den Binnengrenzen für verlängerbare Zeiträume von bis zu sechs Monaten verlängern. Die Kontrollen dürfen eine Höchstdauer von **zwei Jahren** nicht überschreiten. Der Zweijahreszeitraum schliesst die in Absatz 3 genannten Zeiträume nicht ein; die beiden Rechtsgrundlagen können daher sukzessive angewendet werden; die Fristen werden in diesem Fall kumuliert. Allerdings muss nach dem neuen Art. 27 GFK eine Risikoanalyse durchgeführt werden, wenn die Grenzkontrollen über einen Zeitraum von sechs Monaten durchgeführt werden. Die **dritte Möglichkeit** ergibt sich aus dem neuen Art. 28 SGK: Stellt die Kommission fest, dass **dieselbe ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit die Mehrheit der Mitgliedstaaten betrifft** und damit das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet, kann sie dem Rat einen Vorschlag für den Erlass eines Durchführungsbeschlusses zur Genehmigung der Wiedereinführung von Grenzkontrollen durch die Mitgliedstaaten unterbreiten. Der Beschluss erstreckt sich über einen Zeitraum von sechs Monaten und kann auf Vorschlag der Kommission um weitere Zeiträume von bis zu sechs Monaten verlängert werden, solange die Bedrohung andauert. Die Bedrohung bezieht sich somit auf eine fortbestehende Situation nach dem neuen Art. 25a SGK, die aber die Mehrheit der Mitgliedstaaten betreffen muss. Eine Maximalfrist ist hier nicht vorgesehen.

Die **vierte Möglichkeit** ergibt sich schliesslich aus Art. 29 SGK, der unverändert bei aussergewöhnlichen Umständen, unter denen aufgrund anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Aussengrenzen das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist und soweit diese Umstände eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen oder in Teilen dieses Raums darstellen, anwendbar sein soll.

- Nicht zuletzt soll in Art. 23a SGK ein **neues Verfahren** eingeführt werden, nach dem es möglich sein soll, Drittstaatsangehörige, die die Einreisevoraussetzungen nicht (mehr) erfüllen, die kein Aufenthaltsrecht (mehr)

haben und die in der Nähe einer Binnengrenze aufgegriffen werden, unverzüglich in den Mitgliedstaat zu **überstellen**, aus dem die Person eingereist ist oder dies versucht hat. Zwar sind hiergegen Rechtsmittel vorgesehen, diese haben jedoch keine aufschiebende Wirkung. Die **Kontrollmöglichkeiten** von Behörden sollen schliesslich über den neuen Art. 23 SGK weiter ausgebaut werden.

IV. Bewertung

Die vorgeschlagene neue Systematik der Regelungen zur Wiedereinführung von Grenzkontrollen hat den Vorteil, dass die verschiedenen Rechtsgrundlagen besser ineinandergreifen und miteinander kombiniert werden können. Die alten Art. 25 und 28 SGK werden in Art. 25a SGK zusammengeführt und gelten für Fälle, in denen mindestens ein Mitgliedstaat betroffen ist. Die beiden Varianten im neuen Art. 25a SGK unterscheiden sich nach wie vor durch ihre Fristen. Dass ein sofortiges, nicht konzertiertes Handeln zeitlich begrenzt sein muss, erscheint logisch und sinnvoll. In den drei Monaten, die einem Mitgliedstaat nach Art. 25a Abs. 3 SGK maximal zur Verfügung stehen, sollte es möglich sein, die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten zu konsultieren. Allein darf ein Mitgliedstaat höchstens für die Dauer von zwei Jahren Grenzkontrollen durchführen. Danach ist eine Ratsentscheidung nötig.

Nicht sehr klar ist jedoch das Verhältnis von Art. 29 SGK und dem neuen Art. 28 SGK. Da es beim neuen Art. 28 SGK keine zeitliche Obergrenze gibt und dort die Handlungsschwelle (abgesehen vom geografischen Gebiet, dazu sogleich) niedriger ist (Art. 29 SGK verlangt „aussergewöhnliche Umstände“ im Zusammenhang mit anhaltenden schwerwiegenden Mängeln bei den Kontrollen an den Aussengrenzen), dürfte ein Rückgriff auf Art. 29 SGK wohl nur noch selten erfolgen. Art. 29 SGK erlaubt jedoch die Wiedereinführung von Kontrollen auch, wenn nur ein geografisch kleiner Teil des Schengen-Raums betroffen ist, wohingegen nach Art. 28 die Mehrheit der Mitgliedstaaten (d.h. aktuell 14 von 27) betroffen sein muss.

Positiv ist, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip an vielen Stellen betont wird. So sollen nach dem neuen Art. 26 Abs. 2 SGK alternative Massnahmen erwogen werden, bevor ein Mitgliedstaat nach Art. 25a Abs. 5 beschliesst, die Kontrollen an den Binnengrenzen zu verlängern. Dabei handelt es sich beispielsweise um Formen der polizeilichen Zusammenarbeit nach Unionsrecht, wie gemeinsame Patrouillen, gemeinsame Aktionen, gemeinsame Ermittlungsgruppen, grenzüberschreitende Nacheile oder grenzüberschreitende Observation. Auch müssen die Mitgliedstaaten viel sorgfältiger begründen, warum

sie Grenzkontrollen durchführen bzw. verlängern (neuer Art. 27 SGK), was begrüßenswert ist, da unter dem geltenden Regime die Begründungspflicht sehr lax gehandhabt wurde.³² Auch die Rolle der Unionsorgane ist klarer.

Die ausdrückliche Nennung der öffentlichen Gesundheit als Grund für die Wiedereinführung von Grenzkontrollen führt zu mehr Rechtssicherheit und ist damit grundsätzlich positiv zu bewerten.³³ Allerdings wäre es rechtstechnisch sauberer gewesen, die öffentliche Gesundheit als dritten Grund zur öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit hinzuzufügen, wie dies auch sonst im EU-Recht der Fall ist (z.B. in Art. 45 Abs. 3 AEUV), und nicht als Unterfall der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit.

Die Möglichkeit, auch notwendige Reisen zu beschränken, ist zudem problematisch. Hier fehlt ein Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.³⁴ Immerhin wird das Ersuchen um internationalen Schutz oder Schutz aus anderen humanitären Gründen als notwendige Reise eingestuft.

Die Nennung einer „sehr hohen Zahl unerlaubter Migrationsbewegungen von Drittstaatsangehörigen“ als Beispiel für eine Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit in Art. 25 Abs. 1 SGK ist problematisch, da die Formulierung sehr weit ist und Migration an sich als Bedrohung zu betrachten scheint.³⁵

Das Fehlen einer Maximaldauer im neuen Art. 28 SGK ist ebenfalls kritisch zu bewerten. Damit entfernt sich der Unionsgesetzgeber immer mehr vom

³² Vgl. auch Thym, Daniel / Bornemann, Jonas, Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics, European Papers Vol. 5, 2020, No 3, 1143 ff., 1148.

³³ Vgl. Thym, Daniel / Bornemann, Jonas, Schengen and Free Movement Law During the First Phase of the Covid-19 Pandemic: Of Symbolism, Law and Politics, European Papers Vol. 5, 2020, No 3, 1143 ff., 1148; Progin-Theuerkauf, Sarah, Grenzkontrollen im Schengen-Raum – Aktuelle Rechtsfragen, in: Belser, Eva Maria/Pichonnaz, Pascal/Stöckli, Hubert (Hrsg.), Le droit sans frontières – Recht ohne Grenzen – Law without borders, Mélanges pour Franz Werro, 2022, 563, 569 f.

³⁴ Meijers Committee, Commentary on the Commission Proposal amending the Schengen Borders Code (COM (2021) 891), CM 2205, 3; abrufbar unter <<https://www.commissie-meijers.nl/comment/commentary-on-the-commission-proposal-amending-the-schengen-borders-code-com2021-891/>>.

³⁵ Meijers Committee, Commentary on the Commission Proposal amending the Schengen Borders Code (COM (2021) 891), CM 2205, 4; Picum, The new draft Schengen Borders Code risks leading to more racial and ethnic profiling, Blog, 15. Februar 2022, <

Grundgedanken des Schengen-Raums und kapituliert vor den Forderungen der Mitgliedstaaten nach souveränen und vor allem längeren Kontrollmöglichkeiten. Der Intergouvernementalismus scheint hier zurückzukehren.³⁶

Der neue Art. 23a SGK (Überstellungsverfahren) ist ein Fremdkörper im Kapitel zu den Grenzkontrollen. Er setzt eine Änderung der Rückführungsrichtlinie³⁷ voraus. Es steht zu befürchten, dass so „hot returns“ und Pushbacks durch die Mitgliedstaaten legitimiert werden und MigrantInnen zu Spielbällen zwischen zwei Mitgliedstaaten werden.³⁸ Es bestehen klare Bedenken in Bezug auf die Beachtung des Non-Refoulement-Grundsatzes und den Schutz von Kindern. Es wird zudem nicht ausdrücklich erwähnt, dass das neue Überstellungsverfahren keine Anwendung findet, wenn die betroffene Person ein Asylgesuch stellt.

Das Konzept der Instrumentalisierung (dazu auch [Kapitel D.](#)) ist zu wage; die vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeiten geben Anlass zur Besorgnis, dass ein effektiver Zugang zum Asylverfahren nicht mehr gewährleistet wird.³⁹

Die erweiterten Überwachungsmassnahmen sind schliesslich möglicherweise nicht mit der Rechtsprechung des EuGH⁴⁰ kompatibel und könnten zu mehr „racial“ oder „ethnic profiling“ führen.⁴¹ Auch datenschutzrechtlich bestehen Bedenken gegen eine weitgehende Überwachung unter Rückgriff auf neue Technologien.⁴²

³⁶ Meijers Committee, Commentary on the Commission Proposal amending the Schengen Borders Code (COM (2021) 891), CM 2205, 2.

³⁷ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008, 98.

³⁸ Vgl. auch ECRE, Schengen Borders Code Amendments: More Hostile Borders – Less Space For Human Rights, Policy Note 41, 2022, abrufbar unter <https://ecre.org/policy-note-schengen-borders-code-amendments-more-hostile-borders-less-space-for-human-rights/>; Picum, The new draft Schengen Borders Code risks leading to more racial and ethnic profiling, Blog, 15. Februar 2022.

³⁹ ECRE, Schengen Borders Code Amendments: More Hostile Borders – Less Space For Human Rights, Policy Note 41, 2022.

⁴⁰ Danach dürfen sich Polizeikontrollen nicht wie Grenzkontrollen auswirken, vgl. EuGH, Urteil 22. Juni 2010 in den verbundenen Rechtssachen C-188/10 und C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363 – Melki und Abdeli; EuGH, Urteil vom 19. Juli 2012 in der Rechtssache C-278/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:508 – Adil.

⁴¹ Meijers Committee, Commentary on the Commission Proposal amending the Schengen Borders Code (COM (2021) 891), CM 2205, 6. Vgl. auch Picum, The new draft Schengen Borders Code risks leading to more racial and ethnic profiling, Blog, 15. Februar 2022.

⁴² Meijers Committee, Commentary on the Commission Proposal amending the Schengen Borders Code (COM (2021) 891), CM 2205, 5.

D. Zur neuen Instrumentalisierungsverordnung

I. Kontext

Im Herbst 2021 spitzte sich die Situation zwischen Belarus und einigen an Belarus angrenzende Mitgliedstaaten zu. Da die EU den 2020 „wiedergewählten“ belarussischen Regierungschef Lukaschenko nicht anerkennen wollte⁴³, sorgte dieser gezielt dafür, dass MigrantInnen an die EU-Aussengrenzen gebracht wurden, die ihren Weg in die EU fortsetzen wollten.⁴⁴ Die Mitgliedstaaten reagierten mit verstärkten Kontrollen an den Grenzen zu Belarus. Auch von Gewalt und (illegalen) Pushbacks wurde berichtet.⁴⁵ Es war nicht das erste Mal, dass ein Staat gezielt Migrationsdruck auf die EU ausübte, um die EU zu destabilisieren bzw. andere Ziele zu erreichen. Man denke etwa an das Vorgehen der Türkei im Frühling 2020.⁴⁶

II. Inhalt des Vorschlags von 2021

Die neue Instrumentalisierungsverordnung (InstrVO)⁴⁷ gilt für Situationen einer Instrumentalisierung von Migranten, die nach Erwägungsgrund 1 der Verordnung entstehen kann, wenn ein Drittland irreguläre Migrationsströme in die Union entstehen lässt, indem es Reisen von Drittstaatsangehörigen an die Aussengrenzen, in sein Hoheitsgebiet oder aus seinem Hoheitsgebiet und weiter an die betreffenden Aussengrenzen aktiv fördert oder erleichtert, wobei diese Handlungen auf die Absicht des Drittlands hindeuten, die Union oder einen Mitgliedstaat zu destabilisieren, und die Art dieser Handlungen wesentliche Funktionen des Staates, einschliesslich seiner territorialen Unversehrtheit, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder des Schut-

⁴³ Vgl. <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+IM-PRESS+20060331IPR06898+0+DOC+PDF+V0//DE&language=DE>> und <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-belarus/belarus-timeline/>>.

⁴⁴ Vgl. <<https://www.deutschlandfunk.de/belarus-wenn-migration-an-der-eu-aussen-grenze-zur-waffe-wird-100.html>>.

⁴⁵ Vgl. statt vieler <<https://www.tagesschau.de/ausland/europa/belarus-grenze-113.html>> und <<https://www.amnesty.eu/news/belarus-eu-new-evidence-of-brutal-violence-from-belarusian-forces-against-asylum-seekers-and-migrants-facing-pushbacks-from-the-eu/>>.

⁴⁶ Vgl. <<https://www.nzz.ch/international/erdogan-erhoeht-den-druck-auf-europa-id.1543534?reduced=true>>.

⁴⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bewältigung von Situationen der Instrumentalisierung im Bereich Migration und Asyl, COM (2021) 890 final.

zes seiner nationalen Sicherheit, gefährden könnte. In diesem Fall wird ein Notverfahren angewendet, das Abweichungen von den Rechtsakten des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems und der Rückführungsrichtlinie erlaubt (Art. 2 InstrVO).

In Bezug auf das anzuwendende Verfahren ist in Art. 7 InstrVO Folgendes vorgesehen: Ein Mitgliedstaat, der infolge einer Instrumentalisierung von Migranten mit einem Zustrom von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen an seiner Aussengrenze konfrontiert ist, kann um die Genehmigung der Ausnahmeregelungen ersuchen. Hält die Kommission dies für angemessen, so legt sie unverzüglich einen Vorschlag für einen Durchführungsbeschluss des Rates vor. Der Rat prüft diesen Vorschlag vordringlich und erlässt ggf. den Durchführungsbeschluss, wobei der Zeitraum, während dessen das Notverfahren gilt, zunächst sechs Monate nicht überschreiten darf. Die Kommission überwacht und überprüft die Situation, in der Migranten instrumentalisiert werden, fortlaufend. Wenn die Kommission es für angemessen hält, kann sie die Aufhebung des Durchführungsbeschlusses oder die Annahme eines neuen Durchführungsbeschlusses zur Verlängerung der Anwendung des Notregimes für einen Zeitraum von höchstens sechs Monaten vorschlagen.

Die Ausnahmeregeln können Folgendes umfassen: Die Registrierungsfrist für Anträge auf internationalen Schutz wird auf vier Wochen verlängert. Es können Asylverfahren an der Grenze durchgeführt werden. Anträge von unbegleiteten Minderjährigen oder Minderjährigen mit Familienangehörigen werden jedoch immer vorrangig geprüft. Die Höchstdauer des Notverfahrens beträgt 16 Wochen. Ist dann noch nicht über den Antrag entschieden, darf der Antragsteller in den Mitgliedstaat einreisen (Art. 2 InstrVO). Es ist weiter möglich, von den Aufnahmebedingungen abzuweichen (Art 3 InstrVO), sofern der Mitgliedstaat unter uneingeschränkter Achtung der Menschenwürde die Grundbedürfnisse der Antragsteller deckt und insbesondere Nahrungsmittel, Wasser, Kleidung, angemessene medizinische Versorgung und provisorische, an die jahreszeitlichen Witterungsbedingungen angepasste Unterkünfte bereitstellt.

Auch eine Aussetzung des regulären Rückführungsregimes kann beschlossen werden (Art. 4 InstrVO). Allerdings muss der Non-Refoulement-Grundsatz und das Kindeswohl, familiäre Bindungen und der Gesundheitszustand des Antragstellers zwingend berücksichtigt werden. Auch darf den betroffenen Personen keine weniger günstige Behandlung zukommen, als dies die bezeichneten Artikel der Rückführungsrichtlinie vorsehen (insbesondere im Bereich der Anwendung von Zwangsmassnahmen, beim Aufschub der Abschiebung, bei der medizinischen Notversorgung und bei den Haftbedingungen).

Schliesslich sieht Art. 5 der InstrVO Unterstützungs- und Solidaritätsmassnahmen zugunsten des mit einer Instrumentalisierung konfrontierten Mitgliedstaats vor. Diese Solidaritätsmassnahmen können Massnahmen zum Kapazitätsaufbau in den Bereichen Asyl, Aufnahme und Rückkehr, operative Unterstützung in den Bereichen Asyl, Aufnahme und Rückkehr, Massnahmen zur Reaktion auf eine Instrumentalisierung, einschliesslich spezifischer Massnahmen zur Unterstützung der Rückkehr im Wege der Zusammenarbeit mit Drittstaaten oder durch Kontaktaufnahme mit Drittstaaten, deren Staatsangehörige instrumentalisiert werden, oder jede andere Massnahme, die als angemessen erachtet wird, um der Instrumentalisierung zu begegnen und den betroffenen Mitgliedstaat zu unterstützen, umfassen. Der mit einer Instrumentalisierung konfrontierte Mitgliedstaat übermittelt der Kommission ein Ersuchen um Unterstützungs- und Solidaritätsbeiträge anderer Mitgliedstaaten, in dem er die beantragten Solidaritätsmassnahmen präzisiert. Die Kommission fordert andere Mitgliedstaaten so bald wie möglich nach Eingang des Ersuchens um Unterstützungs- und Solidaritätsmassnahmen auf, die Unterstützungs- und Solidaritätsbeiträge zu leisten, die den Bedürfnissen des mit der betreffenden Instrumentalisierung konfrontierten Mitgliedstaats Rechnung tragen. Die Kommission koordiniert die Unterstützungs- und Solidaritätsmassnahmen. Auch Frontex und Europol können um Unterstützung gebeten werden.

III. Bewertung

Die geplante Instrumentalisierungsverordnung erlaubt eine weitreichende Beschneidung der Garantien des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems. Letztlich müssen die MigrantInnen dafür büssen, dass sie durch einen Staat als Druckmittel für die Erreichung anderer Ziele benutzt wurden. MigrantInnen werden per se als Bedrohung empfunden.⁴⁸ Dies erscheint unverhältnismässig.⁴⁹ Zudem ist die Definition der Instrumentalisierung sehr vage formuliert. Es ist zu befürchten, dass das Notregime öfter angewendet wird, als dies tatsächlich nötig wäre, und dass der Zugang zu einem Asylverfahren dadurch

⁴⁸ Meijers Committee, Commentary on the Commission Proposal amending the Schengen Borders Code (COM (2021) 891), CM 2205, 2.

⁴⁹ So auch ECRE, A step too far: Introducing „instrumentalization“ in EU Law, Policy Note 40, 2022 abrufbar unter <<https://ecre.org/wp-content/uploads/2022/03/Policy-Note-40.pdf>>. S. auch ECRE, Comments: EC Proposal on Situations of Instrumentalisation in the Field of Migration and Asylum, abrufbar unter <<https://ecre.org/wp-content/uploads/2022/01/ECRE-Comments-Instrumentalisation-January-2022.pdf>>.

nicht mehr effektiv gewährleistet ist. Auch besteht die Gefahr von Verletzungen des Non-Refoulement-Gebots, selbst wenn die Einhaltung dieses Grundsatzes auf dem Papier betont wird.

Insgesamt ist nicht ersichtlich, warum die regulären Verfahren nicht geeignet wären, mit einer solchen Situation umzugehen. Es lässt sich nicht erkennen, warum ein spezielles Instrument wie die Instrumentalisierungsverordnung, das ein Parallelsystem schaffen würde, überhaupt nötig ist. Andere, geopolitische Massnahmen wären sicher zielführender.⁵⁰

E. Fazit

Insgesamt kann die geplante Schengen-Reform mit einem Stichwort zusammengefasst werden: Man schießt hier mit Kanonen auf Spatzen, bzw. auf MigrantInnen. Die Mitgliedstaaten versuchen mit allen Mitteln, die Kontrolle über ihre Grenzen wiederzuerlangen und MigrantInnen am Grenzübertritt zu hindern. Eine Rückkehr zum ursprünglichen Geiste von Schengen scheint in weite Ferne gerückt zu sein. Grundrechtliche Bedenken bestehen in vielen Punkten. Das neue Konzept der „Instrumentalisierung“ ist ein klares Beispiel für überschüssende Gesetzgebung.

⁵⁰ Meijers Committee, Commentary on the Commission Proposal amending the Schengen Borders Code (COM (2021) 891), CM 2205, 2.

Annex: Übersicht über die vorgeschlagenen Möglichkeiten, Grenzkontrollen wiedereinzuführen

	Art. 25a Abs. 1 SGK (neu)	Art. 25a Abs. 4 SGK (neu)	Art. 28 (neu)	Art. 29 (unverändert)
Grund	Unvorhersehbare ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit	Vorhersehbare ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit	Dieselbe ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit, die die Mehrheit der Mitgliedstaaten betrifft und damit das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet	Aussergewöhnliche Umstände , unter denen aufgrund anhaltender schwerwiegender Mängel bei den Kontrollen an den Aussengrenzen das Funktionieren des Raums ohne Kontrollen an den Binnengrenzen insgesamt gefährdet ist und soweit diese Umstände eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit im Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen oder in Teilen dieses Raums darstellen
Geographischer Raum	Ein MS	Ein MS	Mehrheit der MS	Raum ohne Kontrollen an den Binnengrenzen oder Teile dieses Raums
Beginn der Kontrollen	sofort	Nach vier Wochen (bzw. kürzerer Zeitraum)	Nach Ratsbeschluss	Nach Ratsbeschluss
Dauer	Bis zu 1 Monat	Bis zu 6 Monate	Bis zu 6 Monate	Bis zu 6 Monate
Verlängerung	Verlängerbar auf bis zu 3 Monate	Verlängerbare Zeiträume bis 6 Monate	Um weitere Zeiträume von 6 Monaten verlängerbar	Dreimal um 6 Monate verlängerbar
Maximaldauer	3 Monate	2 Jahre	Keine	2 Jahre

	Art. 25a Abs. 1 SGK (neu)	Art. 25a Abs. 4 SGK (neu)	Art. 28 (neu)	Art. 29 (unverändert)
Verfahren	Unterrichtung der Kommission und der anderen MS	Mitteilung an Kommission und andere MS spätestens vier Wochen vor Ereignis (auch kürzerer Zeit- raum möglich)	Ratsentscheidung auf Vorschlag der Kommission, Konsultation des Parlaments	Ratsentscheidung auf Vorschlag der Kommis- sion, Konsultation des Parlaments



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
09 | 2022

LEITARTIKEL:

Thomas Jutzi / Andri Abbühl
Die Fintech-Massnahmen der
EU und das „Finanzinstrument“

Die Fintech-Massnahmen der EU und das „Finanzinstrument“

Thomas Jutzi/Andri Abbühl*

Inhalt

A.	Einleitung	K 2
B.	Übersicht über die Fintech-Massnahmen der EU	K 4
I.	Fintech-Aktionsplan	K 4
II.	Strategie für ein digitales Finanzwesen	K 6
C.	Bedeutung des „Finanzinstruments“ in der EU-(Fintech)-Regulierung	K 8
I.	MiFID II	K 9
1.	Bedeutung des „Finanzinstruments“ für die MiFID II	K 9
2.	Relevanz für andere Erlasse	K 9
3.	Qualifikation des übertragbaren Wertpapiers unter der MiFID II	K 10
II.	E-MiCAR	K 20
1.	Einleitendes	K 20
2.	Whitepaper-Pflicht	K 23
3.	Emittentinnen wertreferenzierter und von E-Geld-Token	K 24
4.	Krypto-Dienstleisterinnen	K 28
5.	Würdigung der E-MiCAR	K 33
III.	Schwarmfinanzierungs-VO	K 35
1.	Allgemeines	K 35
2.	Abgrenzung zwischen „Krediten“ von übertragbaren Wertpapieren und den für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassenen Instrumenten	K 36
3.	Für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassene Instrumente	K 39
4.	Fazit zur Schwarmfinanzierungs-VO	K 41
IV.	DLT-Pilotregelung	K 41

* Thomas Jutzi, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Andri Abbühl, MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Die Autoren danken Dr. iur. Ksenia Wess, MLaw und MLaw, Advokat Quirin Meier für die kritische Durchsicht und die wertvollen Hinweise. Alle Links wurden zuletzt am 29. August 2022 aufgerufen.

D. Relevanz für die Schweiz	K 42
I. Finanzmarktrecht	K 42
1. E-MiCAR	K 42
2. Schwarmfinanzierungs-VO	K 44
II. Privatrecht	K 45
E. Fazit	K 45

A. Einleitung

Die EU fällt seit Langem mit reger Regulierungstätigkeit im Finanzmarktrecht auf. Mit mehreren Massnahmen hat sie sich seit 2018 auch Fintech-Themen gewidmet, also technisch ermöglichten neuen Formen von Finanztätigkeiten.¹ Hierbei sieht sie sich laut *Héritier/Schoeller* mit vier Ungewissheiten konfrontiert: Der (i) wirtschaftlichen und (ii) technischen Natur des innovativen Produkts bzw. Instruments, (iii) dessen makroökonomischen Risiken und (iv) der Rechtslage *lege lata*.² Die EU muss alle diese Ungewissheiten beseitigen, um angemessen auf Innovationen wie die mit Fintech verbundenen zu reagieren.

Die EU muss darüber hinaus nicht nur berücksichtigen, dass sie mit den USA und China mit ihren riesigen Binnenmärkten einzig dann mithalten kann, wenn sie unionsweit einheitliche Regeln und damit Rechtssicherheit schafft, sondern auch, dass unvollständige und inkonsistente Regeln nur eine weitere Schicht Komplexität auftragen, Kosten verursachen und letztlich Innovation hindern.³ Die EU sieht sich diesbezüglich mit einigen Schwierigkeiten konfrontiert. Sie ist in der „Tech“-Industrie untervertreten und fällt wirtschaftlich immer mehr zurück. Die Liste der innovativsten Unternehmen der Boston Consulting Group wird von US-amerikanischen und zunehmend auch chine-

¹ „Fintech“ oder „FinTech“ ist eine Kontraktion von „Finance“ und „Technology“. Das Financial Stability Board definiert „FinTech“ als „technologically enabled innovation in financial services that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on financial markets and institutions and the provision of financial services.“ (<<https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/financial-innovation-and-structural-change/fintech/>>).

² *Héritier Adrienne/Schoeller Magnus G* (Hrsg.), *Governing Finance in Europe*, Cheltenham/Northampton 2020 (zit. *Governing Finance in Europe*-BearbeiterIn), 20.

³ Vgl. *Aghion Philippe/Bergeaud Antonin/Van Reenen John*, *The Impact of Regulation on Innovation*, National Bureau of Economic Research, Januar 2021, abrufbar unter <https://scholar.harvard.edu/files/aghion/files/impact_of_regulation_on_innovation.pdf>, zur (negativen) Wirkung von Regulierung; *Haake Camilla S.*, *Technik – Recht – Raum, Der Cyberspace als Rechtsraum besonderer Art*, Diss. Trier 2020, Tübingen 2022, 477 ff., zu den Folgen fehlender Regulierung und fehlender Harmonisierung.

sischen Unternehmen dominiert.⁴ Der Anteil Europas an den 100 grössten Unternehmen nach Marktkapitalisierung hat sich seit dem Jahr 2000 von 40 auf 15 verringert, wobei vor allem US-amerikanische (Tech-)Unternehmen die vormals europäischen Plätze eingenommen haben. In den letzten fünf Jahren vor 2021 investierte Europa weniger als 100 Mrd. US-Dollar Wagniskapital; diesen Betrag haben sowohl die USA als auch China in den vergangenen Jahren jährlich investiert. Unter den „Top 10“ (nach Marktkapitalisierung) der „Tech-IPOs“ im Jahr 2020 war kein einziges europäisches Unternehmen.⁵ Als Grund macht der *Economist* unter anderem den fehlenden Binnenmarkt aus;⁶ dieser ist jedoch u.E. besonders wichtig, um die Vorteile der ortsungebundenen digitalen Produkte und Dienstleistungen auszuspielen. Ebenso wird der grundsätzlich defensive Ansatz der EU-Regulierung und deren Inkonsistenz kritisiert.⁷

Im Folgenden untersuchen die Autoren, wie die EU-Kommission mit diesen vier Ungewissheiten bzw. dieser Herausforderung umgegangen ist (und umgeht), indem zunächst überblickshalber dargestellt wird, welche (zahlreichen) Massnahmen sie unter dem Titel „Fintech“ ergriffen hat, wozu zentrale Bedeutung das „Finanzinstrument“ i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 15 i.V.m. Anhang I, Abschnitt C der sog. MiFID II⁸ für die europäische Finanzmarktregulierung hat und wie es bisher verstanden wurde.

⁴ <<https://www.bcg.com/publications/most-innovative-companies-historical-rankings>>.

⁵ von Heimburg Fabian, Europe needs to learn from Asia to stop falling behind in tech, 1. März 2021, abrufbar unter <<https://www.weforum.org/agenda/2021/03/europe-learn-from-asia-stop-falling-behind-tech/>>.

⁶ „Europe is now a corporate also-ran. Can it recover its footing?“, The Economist, 5. Juni 2021, abrufbar unter <<https://www.economist.com/briefing/2021/06/05/once-a-corporate-heavyweight-europe-is-now-an-also-ran-can-it-recover-its-footing>>.

⁷ Vgl. etwa „The EU as a digital regulatory superpower: Implications for the United States“, European Council of Foreign Relations, 8. April 2020, abrufbar unter <https://ecfr.eu/article/commentary_the_eu_as_a_digital_regulatory_superpower_implications_for_the_u/>: „Furthermore, attendees argued that the EU will struggle to act as a regulatory superpower in the digital space unless it becomes a true digital superpower in its own right. The bloc should avoid pursuing a solely defensive approach to the issue; regulation should go hand in hand with significant investment in technology and the digital education of the workforce. US participants warned of the business risks for European entrepreneurs and start-ups posed by the Commission’s perceivedly unpredictable and inconsistent regulations, citing the legal uncertainty that surrounds European copyright laws.“ So auch von Heimburg Fabian (Fn. 7): „Furthermore, Europe has overregulated its own startup ecosystem, with laws ranging from putting high taxes on startup investments and making it difficult for employees to own stocks.“

⁸ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU Text von Bedeutung für den EWR, ABl L 173 vom 12. Juni 2014, 349.

Anschliessend wird gezeigt, welche Bedeutung das „Finanzinstrument“ auch in einigen der (geplanten) *Fintech*-Erlassen hat und welche Schwierigkeiten sich daraus im jeweiligen Zusammenhang ergeben. Schliesslich erläutern die Autoren, inwiefern die vorgestellten Erlasse auch für die Schweiz relevant sind, namentlich in Bezug auf den Marktzugang.

B. Übersicht über die Fintech-Massnahmen der EU

I. Fintech-Aktionsplan

Die gesetzgeberischen Bemühungen der EU im Fintech-Bereich gehen zu einem grossen Teil auf den 2018 vorgestellten „Fintech-Aktionsplan“⁹ zurück. Dieser basiert seinerseits auf einer öffentlichen Konsultation unter dem Titel „FinTech: A more competitive and innovative European financial sector“.¹⁰ Im zeitlichen und inhaltlichen Kontext des Fintech-Aktionsplans stehen zudem die Strategie der Kommission für einen digitalen Binnenmarkt,¹¹ die EU-Cybersicherheitsstrategie,¹² der Aktionsplan „Finanzdienstleistungen für Verbraucher“¹³ und die Halbzeitüberprüfung der Kapitalmarktunion.¹⁴

⁹ Mitteilung der Kommission vom 8. März 2018, FinTech-Aktionsplan: Für einen wettbewerbsfähigeren und innovativeren EU-Finanzsektor, COM (2018) 109 final (zit. Fintech-Aktionsplan).

¹⁰ Siehe die Dokumente unter <https://ec.europa.eu/info/consultations/finance-2017-fintech_en>; siehe für eine umfassende Übersicht über alle EU-Massnahmen, -Berichte, Absichtserklärungen auch Anderberg A. et al., Blockchain Now And Tomorrow: Assessing Multidimensional Impacts of Distributed Ledger Technologies, EUR 29813 EN, Luxemburg 2019.

¹¹ Mitteilung der Kommission vom 6. Mai 2015, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM (2015) 192 final. Diese Strategie hat inzwischen zu einem „Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte)“ (COM [2020] 842 final) sowie zu einem „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG“, (COM [2020] 825 final) beide vom 15. Dezember 2020 geführt.

¹² Hohe Vertreterin der Union für Aussen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung vom 13. September 2017, Abwehrfähigkeit, Abschreckung und Abwehr: die Cybersicherheit in der EU wirksam erhöhen, JOIN (2017) 450 final.

¹³ Mitteilung der Kommission vom 23. März 2017, Aktionsplan Finanzdienstleistungen für Verbraucher: bessere Produkte, mehr Auswahl, COM (2017) 139 final.

¹⁴ Mitteilung der Kommission vom 8. Juni 2017 über die Halbzeitbilanz des Aktionsplans zur Kapitalmarktunion, COM (2017) 292 final.

Der Fintech-Aktionsplan bezweckt unter anderem, innovativen Geschäftsmodellen eine EU-weite Expansion zu ermöglichen.¹⁵ Hierzu sah der EU-Verordnungsgeber die inzwischen erlassene sog. *Schwarmfinanzierungs-VO*¹⁶ vor, welche die fragmentierten Regelungen des besser unter „Crowdfunding“ bekannten Phänomens harmonisieren wollte. Zudem hatte die Kommission – bereits bevor sie den Fintech-Aktionsplan veröffentlichte – das *EU Blockchain Observatory and Forum* eingerichtet. Dieses soll „Trends und Entwicklungen beobachten, Fachwissen für sektorspezifische und sektorübergreifende Fragestellungen bündeln und gemeinsame Lösungen sowie grenzüberschreitende Anwendungsbeispiele für die Blockchain in den Blick nehmen.“¹⁷ In diesem Zusammenhang ist auch die *European Blockchain Partnership* zu erwähnen; diese soll eine Blockchaininfrastruktur für öffentliche Dienstleistungen entwickeln.¹⁸ Die Schweiz hat sich dieser Initiative bisher nicht angeschlossen, könnte dies aber tun.¹⁹

Dagegen scheint das im Fintech-Aktionsplan angekündigte *EU-FinTech-Lab*²⁰ nach einer ersten Sitzung im Jahr 2018²¹ aufgegeben worden zu sein, während diverse NCAs (National Competent Authorities) eigene „Sandboxes“ und „Innovation Hubs“ einrichteten.²² Eine Sandbox ist ein Raum, in dem ungestört von Einflüssen (wie Regulierung oder tatsächlichen Marktbedingungen) Erfahrungen über ein Geschäftsmodell oder Produkt gesammelt werden kann; ein „Innovation Hub“ ist eine Plattform, auf der sich (potenzielle) innovative UnternehmerInnen untereinander und mit den Behörden austauschen können. Dies mag zwar den NCAs helfen, innovative Geschäftsmodelle und Produkte besser zu verstehen. Die EU-Finanzmarktaufsichtsbehörden (European Super-

¹⁵ Fintech-Aktionsplan (Fn. 11), 5 ff.

¹⁶ Fintech-Aktionsplan (Fn. 11), 8; Verordnung (EU) 2020/1503 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Oktober 2020 über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/1129 und der Richtlinie (EU) 2019/1937, ABl L 347 vom 20. Oktober 2020, 1 (zit. Schwarmfinanzierungs-VO).

¹⁷ Fintech-Aktionsplan (Fn. 11), 15; siehe auch <<https://www.eublockchainforum.eu/>>.

¹⁸ <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/blockchain-partnership>>.

¹⁹ Vgl. <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/european-countries-join-blockchain-partnership>>; auch Norwegen und Liechtenstein haben sich angeschlossen.

²⁰ Fintech-Aktionsplan (Fn. 11), 16 f.

²¹ <https://ec.europa.eu/info/publications/180620-eu-fintech-lab-meeting_en>.

²² European Securities and Markets Authority / European Banking Authority / European Insurance and Occupational Pensions Authority, Report – FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs, JC 2018 74 (zit. ESAs, JC 2018 47), 3.

visory Authorities, ESAs)²³ können jedoch nicht davon profitieren. Die EU steht diesbezüglich vor dem Problem, dass sie diejenige ist, die substanzielle Regulierung auf Unionsebene erlässt, während die Mitgliedstaaten einerseits die EU-Richtlinien in nationales Recht transponieren – namentlich auch das „Finanzinstrument“ konkretisieren – müssen, und es andererseits auch hauptsächlich die NCAs sind, welche in Kontakt mit den Finanzinstituten stehen und Verfügungen erlassen.²⁴ Daran wird auch die *EU Digital Finance Platform*, die innovative Unternehmen mit den NCAs verbinden will, nichts ändern: „Taken together, then, the European landscape for facilitators currently chiefly reflects a pattern of fragmentation and competition.“²⁵

II. Strategie für ein digitales Finanzwesen

Zum Teil aufbauend auf den Fintech-Aktionsplan hat die EU-Kommission im Jahr 2020 die „Strategie für ein digitales Finanzwesen in der EU“ vorgestellt,²⁶ in dem sie vier Prioritäten festlegt:

Die erste Priorität besteht in der Harmonisierung des digitalen Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen.²⁷ Harmonisierung ist für digitale Dienste sowohl besonders sinnvoll als auch notwendig, weil die Entwicklungskosten in diesem Bereich hoch, die Grenzkosten aber tief sind.²⁸ Hierbei zielt die EU auf einen unionsweiten Rahmen für das „Onboarding“ ab, wozu die geldwäschereirechtlichen Vorschriften (noch stärker) harmonisiert und die sog. eIDAS-Verordnung²⁹ überarbeitet werden soll.³⁰ Im Bereich der Geldwäschereibekämpfung

²³ Bestehend aus der EBA (European Banking Authority), EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority), ESMA (European Securities Markets Authority). Die makroprudenzielle Aufsicht übernimmt jedoch das der Europäischen Zentralbank angeschlossene European Systemic Risk Board (ESRB). Eine Übersicht über die EU-Finanzmarktaufsicht findet sich unter <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-supervision-and-risk-management/european-system-financial-supervision_en#system>.

²⁴ Vgl. auch ESAs, JC 2018 47.

²⁵ *Governing Finance in Europe* – Smolenska/Ganderson/Héritier (Fn. 4), 172.

²⁶ Mitteilung der Kommission über eine Strategie für ein digitales Finanzwesen in der EU vom 24. September 2020, COM (2020) 591 final (zit. Strategie für ein digitales Finanzwesen).

²⁷ Strategie für ein digitales Finanzwesen (Fn. 28), 6 ff. (zur ersten Priorität).

²⁸ Strategie für ein digitales Finanzwesen (Fn. 28), 4.

²⁹ Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 überelektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl L 257 vom 28. August 2014, 73. Aktionsplan Finanzdienstleistungen für Verbraucher: bessere Produkte, mehr Auswahl, COM (2017) 139 final.

³⁰ Strategie für ein digitales Finanzwesen (Fn. 28), 7.

ist auf den „Aktionsplan für eine umfassende Politik der Union zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung“ hinzuweisen.³¹ Aus diesem gingen wiederum vier legislative Massnahmen hervor.³²

Die zweite und im Folgenden interessierende Priorität besteht in der Erleichterung digitaler Innovation im Interesse von Verbrauchern und Markteffizienz.³³ Dazu sollen folgende legislative Massnahmen dienen:³⁴

- Eine Richtlinie,³⁵ die klarstellt, dass der Begriff des Finanzinstruments i.S.d. Anhangs 1 Abschnitt C der MiFID II auch für DLT-basierte Instrumente gilt;³⁶
- die sog. DLT-Pilotregelung;³⁷
- ein Vorschlag für eine sog. MiCAR;³⁸

³¹ Mitteilung der Kommission vom 7. Mai 2020, Aktionsplan für eine umfassende Politik der Union zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, C(2020) 2800 final.

³² (1) ein „Vorschlag für eine Verordnung zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung“ (COM [2021] 420 final); (2) ein „Vorschlag für eine Richtlinie [sog. AMLD 6] über die von den Mitgliedstaaten einzurichtenden Mechanismen zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/849“ (sog. AMLD 4) (COM [2021] 423 final); (3) ein Vorschlag für eine Verordnung zur Schaffung einer EU-Behörde zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung („AMLA“) (COM [2021] 421 final); (4) ein Vorschlag für eine Neufassung der Verordnung (EU) Nr. 2015/847 zur Erweiterung der Bestimmungen über die Rückverfolgbarkeit auf Kryptowerte (COM [2021] 422 final).

³³ Strategie für ein digitales Finanzwesen (Fn. 28), 10 ff. (zur zweiten Priorität).

³⁴ Strategie für ein digitales Finanzwesen (Fn. 28), 10 ff.

³⁵ COM (2020) 596 final.

³⁶ Nach Art. 6 Ziff. 1 der in COM (2020) 596 final vorgestellten Richtlinie soll Art. 4 Abs. 1 Ziff. 15 MiFID II wie folgt angepasst werden: „Finanzinstrument‘ die in Anhang I Abschnitt C genannten Instrumente, einschliesslich mittels Distributed-Ledger-Technologie emittierter Instrumente“.

³⁷ Verordnung (EU) 2022/858 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über eine Pilotregelung für auf Distributed-Ledger-Technologie basierende Marktinfrastrukturen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 600/2014 und (EU) Nr. 909/2014 sowie der Richtlinie 2014/65/EU, ABl L 151 vom 2. Juni 2022, 1.

³⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final.

- ein Vorschlag³⁹ für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Betriebsstabilität digitaler Systeme des Finanzsektors und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009,⁴⁰ (EU) Nr. 648/2012,⁴¹ (EU) Nr. 600/2014⁴² und (EU) Nr. 909/2014.⁴³

Die dritte Priorität besteht in der Schaffung eines europäischen Finanzdatenraums und die vierte darin, mit dem digitalen Wandel verbundene neue Herausforderungen und Risiken anzugehen.⁴⁴

C. Bedeutung des „Finanzinstruments“ in der EU-(Fintech)-Regulierung

Im Folgenden soll zunächst kurz erläutert werden, welche Rolle das Finanzinstrument in der MiFID II und der übrigen „Nicht-Fintech“-Finanzmarktregulierung spielt. Anschliessend wird der Begriff analysiert und dessen wenig einheitliches Verständnis unter den NCAs aufgezeigt.

Danach richtet sich das Augenmerk darauf, wie auch die E-MiCAR, die Schwarmfinanzierungs-VO sowie die DLT-Pilotregelung auf das „Finanzinstrument“ abstellen und welche neuen Schwierigkeiten sich dadurch ergeben.

³⁹ COM (2020) 595 final.

⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl L 302 vom 17. November 2009, 1.

⁴¹ Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl L 201 vom 27. Juli 2012, 1.

⁴² Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl L 173 vom 12. Juni 2014, 84.

⁴³ Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012, ABl L 257 vom 28. August 2014, 1.

⁴⁴ Strategie für ein digitales Finanzwesen (Fn. 28), 5.

I. MiFID II

1. Bedeutung des „Finanzinstruments“ für die MiFID II

Der MiFID II unterliegen gemäss deren Art. 1 Abs. 1 „Wertpapierfirmen, Marktbetreiber, Datenbereitstellungsdienste und Drittlandfirmen, die in der Union durch die Einrichtung einer Zweigniederlassung Wertpapierdienstleistungen erbringen oder Anlagetätigkeiten ausüben.“

Wertpapierfirma ist eine juristische Person, die gewerbsmässig Wertpapierdienstleistungen und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausübt.⁴⁵ Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten wiederum sind nur solche Tätigkeiten, die sich auf eines der in Anhang I Abschnitt C aufgeführten Finanzinstrumente beziehen.⁴⁶ *Marktbetreiber* ist eine Person, die einen geregelten Markt verwaltet oder betreibt.⁴⁷ Geregelter Markt ist ein multilaterales System zum Handel mit Finanzinstrumenten.⁴⁸ *Datenbereitstellungsdienste* beziehen sich vereinfacht gesagt auf Daten im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften.⁴⁹ *Drittlandfirma* wiederum ist „eine Firma, die ein Kreditinstitut, das Wertpapierdienstleistungen erbringt oder Anlagetätigkeiten ausführt, oder eine Wertpapierfirma wäre, wenn sie ihre Hauptverwaltung oder ihren Sitz in der Union hätte.“⁵⁰ Letztlich knüpfen die Zulassung (vgl. Art. 1 Abs. 2) und die damit verbundenen Pflichten (vgl. für Wertpapierfirmen Art. 5 ff.) unter der MiFID II damit immer an das Finanzinstrument an.

2. Relevanz für andere Erlasse

Die Qualifikation als Finanzinstrument unter der MiFID II ist für zahlreiche weitere Erlasse relevant: die sog. Prospektverordnung,⁵¹ Transparenzrichtli-

⁴⁵ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 MiFID II.

⁴⁶ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1, Ziff. 2 i.V.m. Anhang I Abschnitt A, Abschnitt C MiFID II.

⁴⁷ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 18 MiFID II.

⁴⁸ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 18, Ziff. 21.

⁴⁹ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 63, 52-54. Wertpapier bzw. „übertragbares Wertpapier“ gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 ist in Verbindung mit Anhang I, Abschnitt C, Ziff. 1 MiFID II ebenfalls „Finanzinstrument“. Ein übertragbares Wertpapier ist im Zusammenhang der MiFID II ein Pleonasmus; ist von Wertpapieren die Rede, geht es um übertragbare Wertpapiere.

⁵⁰ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 57 MiFID II.

⁵¹ Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABl L 168 vom 30. Juni 2017, 12.

nie,⁵² Marktmissbrauchsverordnung,⁵³ Verordnung über Leerverkäufe,⁵⁴ Verordnung über Zentralverwahrer,⁵⁵ sowie Richtlinie über die Wirksamkeit von Abrechnungen⁵⁶ stellen auf das Finanzinstrument i.S.d. MiFID II ab.

3. Qualifikation des übertragbaren Wertpapiers unter der MiFID II

a) Voraussetzungen

Anders als die USA, die für ihr (ungefähres) Äquivalent zum übertragbaren Wertpapier – der *security* – mit dem sog. *Howey*-Test eine Definition und eine gefestigte Praxis, die auch im Zusammenhang mit DLT-basierten Instrumenten angewendet wird, vorweisen können,⁵⁷ werden die umfassenderen Finanzinstrumente⁵⁸ auf den ersten Blick – entsprechend dem regelbasierten Ansatz

⁵² Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, sowie der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG, ABl L 294 vom 6. November 2013, 13.

⁵³ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl L 173 vom 23. Juni 2014, 1.

⁵⁴ Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps, ABl L 86 vom 24. März 2012, 1.

⁵⁵ Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012, ABl L 257 vom 28. August 2014, 1.

⁵⁶ Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen, ABl L 166 vom 11. Juni 1998, 45.

⁵⁷ Vgl. dazu Mauchle Yves, Tokens als Effekten, GesKR 2022, 183 ff., und Abbühl Andri, Effektenqualität von Blockchain-Token, iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht vom 23. Dezember 2021. In Bezug auf Schuldverschreibungen existiert auch der (womöglich etwas griffigere) *Reves-Test* (Reves v. Ernst & Young, 494 U.S. 56 [1990]).

⁵⁸ Die US-amerikanischen „securities“ entsprechen eher der „Effekte“ gemäss Art. 2 lit. b FinfraG; siehe dazu die Hinweise unter Fn. 59.

der EU-Regulierung („know it when I see it“) – nicht definiert, sondern nur aufgezählt. Auch die sog. MiFIR konkretisiert den Begriff nicht weiter.⁵⁹ Dass ein so zentraler Begriff wie derjenige des Finanzinstruments in einer Richtlinie statt einer Verordnung festgelegt wurde, liegt möglicherweise in einer gewissen Rücksicht auf die kontinentaleuropäische Tradition, Pflichten in Gesetzen im formellen Sinn zu statuieren.⁶⁰ Insofern entspricht die MiFID II dem Prinzip der Mindestharmonisierung.⁶¹ Bei dieser fordert die EU nur ein gewisses Minimum; die Mitgliedstaaten sind berechtigt und verpflichtet, dieses Minimum zu konkretisieren und können dabei auch strengere Vorschriften erlassen.⁶² Die MiFIR strebt demgegenüber eine Vollharmonisierung bzw. Vereinheitlichung an,⁶³ verwendet aber den Finanzinstrument-Begriff der MiFID II (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 9 MiFIR) und hat einen eingeschränkten Anwendungsbereich (vgl. Art 1 MiFIR).

Auf den zweiten Blick fällt auf, dass die in MiFID II, Anhang I, Abschnitt C, Ziff. 2-11 genannten Instrumente mindestens zum Teil Beispiele der in Ziff. 1 erwähnten „übertragbaren Wertpapiere“ sind.⁶⁴ Insoweit scheinen die „übertragbaren Wertpapiere“ eine Art Generalklausel zu sein.

⁵⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 9 Verordnung (EU) 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl L 173 vom 12. Juni 2014, 84.

⁶⁰ Governing Finance in Europe-Strand (Fn. 4), 89 f.; die Richtlinie erlaubt es den Mitgliedstaaten zumindest pro forma, sie in (vom Parlament beschlossenen) Gesetzen umzusetzen.

⁶¹ Vgl. etwa E. 70 MiFID II: „Auf den Finanzmärkten ist die Zahl der Anleger mittlerweile größer geworden; ihnen wird eine immer komplexere, weit reichende Palette von Dienstleistungen und Instrumenten angeboten; angesichts dieser Entwicklungen ist es notwendig, für eine gewisse Harmonisierung zu sorgen, damit den Anlegern in der gesamten Union ein hohes Schutzniveau geboten wird.“ Dass nur eine Mindestharmonisierung angestrebt wurde, ergibt sich auch aus der gewählten Rechtsgrundlage: Art. 53 AEUV fordert das Europäische Parlament und den Rat auf, „Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten“ zu erlassen.

⁶² Zur Geschichte der Mindest- und Vollharmonisierung siehe Muhr Eike, Das Prinzip der Vollharmonisierung im Kapitalmarktrecht am Beispiel des Reformvorhabens zur Änderung der Transparenzrichtlinie, Diss. Köln 2014, Baden-Baden 2014, 40 ff.

⁶³ Vgl. E. 3 MiFIR. Vgl. auch die konzise Darstellung des Übergangs von Mindest- zu Vollharmonisierung bei Jutzi Thomas/Schären Simon, Europäisches Finanzmarktrecht im Umbruch, GesKR 2019, 408 ff., 410 ff.

⁶⁴ Vgl. auch Crown Simon, in: Herbst Jonathan/Norton Rose Fulbright (Hrsg.), A Practitioner's Guide to MiFID II, 2. Auflage, London 2015, 28: „What is also unclear is the extent to which the categories of financial instrument are mutually exclusive. On their face, they would seem to be overlapping categories.“

Ein übertragbares Wertpapier liegt gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 lit. a MiFID II bei Kategorien von Wertpapieren vor, die auf dem Kapitalmarkt gehandelt werden können, mit Ausnahme von Zahlungsinstrumenten, wie „Aktien und anderen, Anteilen an Gesellschaften, Personengesellschaften oder anderen Rechtspersönlichkeiten gleichzustellenden Wertpapieren sowie Aktienzertifikaten“; nach lit. b bei „Schuldverschreibungen oder anderen verbrieften Schuldtiteln, einschliesslich Zertifikaten (Hinterlegungsscheinen) für solche Wertpapiere“.⁶⁵ Trotz dieser aufzählenden Formulierung hat die Lehre daraus drei Kriterien dafür induziert, was als übertragbares Wertpapier gilt:

Dieses liege vor, wenn ein Recht (i) auf dem Kapitalmarkt übertragbar, (ii) fungibel bzw. vereinheitlicht und (iii) den in Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II aufgeführten Instrumenten vergleichbar (bzw. „gleichzustellen“) ist.⁶⁶ Daraus ergibt sich, dass es nicht auf die Wertpapiereigenschaft nach nationalem Recht ankommt. Dies wäre dem *effet utile* dieses Erlasses auch wenig zuträglich.⁶⁷ Im Übrigen ist die Literatur zum Finanzinstrument i.S.d. MiFID II verglichen mit dessen immenser Bedeutung sehr spärlich.

⁶⁵ Als „übertragbares Wertpapier“ gelten schliesslich gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 lit. c MiFID II „alle sonstigen Wertpapiere, die zum Kauf oder Verkauf solcher Wertpapiere berechtigen oder zu einer Barzahlung führen, die anhand von übertragbaren Wertpapieren, Währungen, Zinssätzen oder -erträgen, Waren oder anderen Indizes oder Messgrössen bestimmt wird.“

⁶⁶ Rennig Christopher, Finanztechnologische Innovationen im Bankaufsichtsrecht, Diss. Marburg 2020/2021, Tübingen 2022, 336 ff.; Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) [Deutschland], Merkblatt, zweites Hinweisschreiben zu Prospekt- und Erlaubnispflichten im Zusammenhang mit der Ausgabe sogenannter Krypto-Token, GZ: WA 51-Wp 7100-2019/0011 und IF 1-AZB 1505-2019/0003, 6 ff.; Kleinert Ursula/Mayer Volker, Elektronische Wertpapiere und Krypto-Token, EuZW 2019, 857 ff., 860.

⁶⁷ Siehe dazu allgemein etwa Seyr Sibylle, Der „*effet utile*“ in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin 2018.

b) *Umfrage bei NCAs: Übertragbares Wertpapier unter Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II*

Da in der EU hauptsächlich die NCAs das Finanzwesen beaufsichtigen,⁶⁸ ist bei unzureichender Regulierung auf Unionsebene eine fragmentierte Aufsichtspraxis zu erwarten,⁶⁹ was den gemäss Art. 26 AEUV⁷⁰ anzustrebenden gemeinsamen Binnenmarkt nicht fördert.

Wohl unter anderem deshalb führte die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (European Securities and Markets Authority, ESMA) in den Jahren 2018 und 2019 zwei Umfragen bei den NCAs durch, um zu ermitteln, wie diese Fintech-Unternehmen qualifizierten, namentlich, inwiefern sie „crypto-assets“ oder Kryptowerte als übertragbare Wertpapiere unter Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II behandeln.⁷¹ Während nichts daran auszusetzen ist, dass die ESMA die Meinung der NCAs einholt, und darauf auch angewiesen ist, um zu prüfen, ob die NCAs EU-Recht einheitlich anwenden, scheint dieses Vorgehen verglichen mit der sonst regen Regulierungstätigkeit der EU-Behörden⁷² eine gewisse Unsicherheit zu verraten, ist es doch primär die ESMA, die zu wissen hat, wie EU-Recht auszulegen ist. Bezeichnend ist, dass die ESMA keine Leitlinien oder Empfehlungen erliess, wie das „Finanzinstrument“ i.S.d. MiFID II zu verstehen sei. Erwägungsgrund 6 der unveröffentlichten, vom Europäischen

⁶⁸ Die mikroprudenzielle Aufsicht auf EU-Ebene wurde zwar nach der Finanzkrise von 2007/2008 durch Errichtung der ESAs gestärkt (vgl. oben Fn. 25). Die ESAs erlassen aber nur Leitlinien und Empfehlungen zuhanden der NCAs ohne eigene Verfügungsbefugnis gegenüber den beaufsichtigten Instituten. Hierzu und zur EU-Finanzmarktarchitektur allgemein („post crisis“) Jutzi Thomas/Wess Ksenia/Sieradzki Damian, Die neue Finanzmarktarchitektur im europäischen Regulierungskontext, AJP 2020 572 ff., 578 f.

⁶⁹ Vgl. *Governing Finance in Europe*-Smolenska/Ganderson/Héritier (Fn. 4), 175.

⁷⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 in der Fassung des Vertrages über die Europäische Union vom 7. Februar 1992, geändert durch den Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997, umbenannt in AEUV durch den Lissaboner Vertrag vom 13. Dezember 2007, ABl Nr. C 326 vom 26. Oktober 2012.

⁷¹ ESMA, Report, *Licensing of FinTech business models*, 12. Juli 2019 (zit. ESMA-Fintech-Bericht). Vgl. zur deutschen Rechtslage Assmann Heinz-Dieter, in: Assmann Heinz-Dieter / Schneider Uwe H. / Mülbert Peter O. (Hrsg.), *Wertpapierhandelsrecht*, 7. Aufl., Köln 2019, Rz 10 ff. zu § 2 WpHG (Wertpapierhandelsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 [BGBl. I S. 2708], das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 23. Mai 2022 [BGBl. I S. 754] geändert worden ist).

⁷² Zur MiFID II und MiFIR wurden nicht weniger als 54 Nicht-Gesetzgebungsakte erlassen (*Governing Finance in Europe*-Strand [Fn. 4], 86). *Gesetzgebungsakte* sind im Gegensatz dazu „Rechtsakte, die gemäss einem Gesetzgebungsverfahren angenommen werden“ (Art. 289 Abs. 3 AEUV). Dies sind beispielsweise delegierte (Art. 290 AEUV) und Durchführungsrechtsakte (Art. 291 AEUV).

Parlament vorgeschlagenen Fassung der MiCAR hatte noch vorgesehen, die ESMA zu beauftragen, Richtlinien zur Qualifikation als Finanzinstrument auszuarbeiten; soweit ein Instrument Anspruch auf Gewinn, auf einen künftigen Cash-Flow oder Stimmrechte verleihe, sollte es als Finanzinstrument behandelt werden. Leider scheint dieses Mandat in der vorläufigen Einigung vom 30. Juni 2022 aufgegeben worden zu sein.⁷³

Die NCAs gaben an, grundsätzlich nicht zwischen Fintech- und traditionellen Geschäftsmodellen zu unterscheiden, also technologieneutral zu sein.⁷⁴ Fast alle taten sich schwer mit der Frage, ob Kryptowerte als Finanzinstrumente zu qualifizieren sind. Sie bemerkten auch, dass das Finanzinstrument i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 15 MiFID II auf EU-Ebene klarer definiert werden sollte, und dass die Selbsteinschätzung der ICO⁷⁵-Emittentinnen häufig nicht zutreffe.⁷⁶ 7 NCAs gaben explizit an, dass die bestehende Regulierung für DLT-basierte Instrumente nicht geeignet und exzessiv sei.⁷⁷

Konkret fragte die ESMA die NCAs, ob sie bei sechs Kryptoprojekt-Fallbeispielen von einem Finanzinstrument nach ihrem nationalen Recht ausgingen. Dabei handelte es sich um FINOM (Beispiel 1), PLBT (2), CRPT (3), PQT (4), FIL (5) und ALL (6). FINOM und PLBT bezeichnete die ESMA selbst als „investment-type“, CRPT, PQT und ALL als Hybrid zwischen investment-, „utility“- und „payment“-type, und FIL als utility-type. Die einzelnen Beispiele werden auf den S. 23 ff. des ESMA surveys erläutert. FINOM gewährte „1) right to receive a portion of company profit in the form of dividends, 2) right to participate in community management, and 3) right to a portion of company assets.“ PLBT stellte nur einen Anspruch auf 20% des jährlichen Gewinns dar. Mit CRPT konnte man Gebühren bei der ausgebenden Bank und möglicherweise künftig weitere Dienstleistungen bezahlen, aber auch einen Anteil am Umsatz aus den Transaktionen beziehen. Die Token bei PQT verliehen Anspruch auf 20% des operationellen Gewinns eines durch den ICO finanzierten Aquariums, freien Eintritt sowie Stimmrechte; sie können auch verwendet werden, um im Aquarium für Waren zu bezahlen. Die Token bei FIL verdiente man durch An-

⁷³ <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/>>.

⁷⁴ ESMA-Fintech-Bericht (Fn. 73), 8 Rz 18.

⁷⁵ „Initial Coin Offering“; Kryptowerte werden dem Publikum angeboten, aber nicht – anders als bei einem IPO – zwingend kotiert. Wohl um die mit IPOs (Initial Public Offering) – an welchen Ausdruck „ICO“ angelehnt ist – spricht man zum Teil auch von „Token Generating Event“ (TGE; siehe dazu Brummer Chris, Fintech Law in a nutshell, St. Paul 2020, 148 f.).

⁷⁶ ESMA-Fintech-Bericht (Fn. 73), 16 Rz 42 f.

⁷⁷ Annex 1, Legal qualification of crypto-assets – survey to NCAs, Januar 2019, 17 Rz 55 (zit. ESMA survey).

gebot von Speicherkapazität, während man sie umgekehrt ausgab, um diese zu beanspruchen. ALL schliesslich schuf Token, die durch andere Kryptowerte besichert wurden.

Reine „Zahlungstoken“ wurden nicht miteinbezogen, weil die ESMA sich hier sicher gewesen zu sein scheint, dass diese keine Finanzinstrumente sind.⁷⁸ Insbesondere befanden sich unter den untersuchten Instrumenten auch keine Stablecoins. Dennoch waren je nach Beispiel zwischen 2 und 4 NCAs jeweils der Ansicht, dass es sich um ein Zahlungsinstrument handle.⁷⁹

Insgesamt schätzte die überwiegende Mehrheit der NCAs die Beispiele FINOM und PLBT als Wertpapier ein (nicht zwingend auch als *übertragbares* Wertpapier).⁸⁰ CRPT wurde demgegenüber von 10 NCAs als Finanzinstrument eingestuft, während 15 andere die Frage verneinten. PQT wurde überwiegend als Finanzinstrument angesehen (16 positive gegenüber 8 negativen Antworten). Bei FIL gab es nur eine bejahende, aber 26 verneinende Antworten. Bei ALL gab schliesslich eine relative Mehrheit von 14 NCAs an, nicht von einem Finanzinstrument auszugehen.⁸¹ Die Umfrage gibt einen gewissen Aufschluss darüber, wie die NCAs das „übertragbare Wertpapier“ auslegen.

Die „Kategorie“ von Wertpapieren wird von den meisten Mitgliedstaaten (24) nicht als selbständiges Kriterium aufgefasst. 9 haben sie in einem ähnlichen Sinne wie die oben erwähnte Fungibilität definiert, während 4 Mitgliedstaaten zusätzliche Voraussetzungen wie einen Bucheintrag und „securities accounts“ fordern.⁸²

Problematisch, da sehr weit ausgelegt, ist die „Handelbarkeit auf dem Kapitalmarkt“: Die Literaturmeinungen zur Handelbarkeit werden von Rennig so zusammengefasst, dass sie immer gegeben ist, wenn das Recht auf ein anderes Subjekt übertragen werden kann, unabhängig von einer Verbriefung.⁸³ Auch die NCAs waren bei allen ausser beim fünften Beispiel (dem utility-type-token) überwiegend der Ansicht, dass das Kriterium erfüllt sei, weil die jeweiligen Instrumente gehandelt werden könnten. Die niederländische Aufsichtsbehörde

⁷⁸ ESMA survey (Fn. 79), 2 Rz 5.

⁷⁹ ESMA survey (Fn. 79), 11 Rz 38.

⁸⁰ Auch wenn die NCAs diese Fragen möglicherweise nicht auseinanderhielten. In ESMA survey (Fn. 79), 5 Rz 19, heisst es: „NCAs tend not to distinguish the notion of ‚security‘ from the definition of transferable securities as set out by MiFID II. To the question whether any of the sample cryptoassets qualify as ‚securities‘ as referred to in Article 4.1(44) MiFID II, ‚class of securities‘, NCAs provided a majority of positive answers [...]“

⁸¹ ESMA survey (Fn. 79), 6 Rz 19.

⁸² ESMA survey (Fn. 79), 4 Rz 16 f.

⁸³ Rennig (Fn. 68), 336, mit Hinweisen.

erachtet beispielsweise das Kriterium bereits als erfüllt, wenn das Instrument regelmässig gehandelt wird.⁸⁴ Dabei reichte laut den meisten NCAs die „abstrakte“ Möglichkeit des Handels aus. Die meisten Mitgliedstaaten (20) hatten die „Handelbarkeit“ nicht näher definiert.⁸⁵ Bei FIL verneinten 14 die Handelbarkeit, während sie 13 bejahten; allerdings scheinen sich Erstere davon geleitet zu haben, dass das Instrument insgesamt kein übertragbares Wertpapier war.

Die meisten NCAs waren jeweils auch der Ansicht, dass die Beispieltoken auf dem „Kapitalmarkt“ gehandelt werden könnten, jedoch meist ohne das Kriterium eigenständig zu untersuchen.⁸⁶ Die Aufführung des „Kapitalmarkts“ scheint zu verdeutlichen, dass damit nicht der im Sinne der MiFID II regulierte Kapitalmarkt gemeint sein kann, da dieser wiederum auf den Begriff des übertragbaren Wertpapiers abstellt, was dieses Kriterium vollends tautologisch machen würde. Da dieser „weite“ Kapitalmarkt aber wiederum nicht definiert ist, kommt diesem Kriterium u.E. neben der Fungibilität und der Handelbarkeit keine eigene Bedeutung zu. Dies zeigt sich auch im Vergleich mit der schweizerischen Effekte, die ebenfalls nur auf die Handelbarkeit und Fungibilität eines Rechts abstellt (vgl. Art. 2 lit. b FinfraG: „vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete [...]“). Es scheint sich daher um einen Zusatz zu rhetorischen Zwecken zu handeln.

Wenig einheitlich waren die NCAs auch zur Frage, welche der Beispiele *unter welcher Kategorie* übertragbarer Wertpapiere gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II (Beteiligungspapiere, Schuldverschreibungen und sonstige Wertpapiere) fielen.⁸⁷ Bei Beteiligungspapieren war insbesondere die Bedeutung von Stimm- und Vermögensrechten, namentlich solchen am Liquidationserlös, umstritten.⁸⁸ Fast einhellig waren die Antworten immerhin in Bezug darauf, dass die Fallbeispiele nicht als Schuldverschreibungen gelten konnten.⁸⁹

Die jeweiligen Ja/Nein-Antworten wurden im unten wiedergegebenen „Chart 11“ zusammengefasst.

⁸⁴ Hakvoort, in: Ortolani Pietro / Louisse Marije (Hrsg.), EU Crowdfunding Regulation, Oxford 2021, 282 Rz 13.53.

⁸⁵ ESMA survey (Fn. 79), 6 Rz 20 f.

⁸⁶ ESMA survey (Fn. 79), 7 Rz 22.

⁸⁷ ESMA survey (Fn. 79), 12 ff. Rz 43 ff.

⁸⁸ ESMA survey (Fn. 79), 12 Rz 43 ff.

⁸⁹ ESMA survey (Fn. 79), 14 Rz 46.

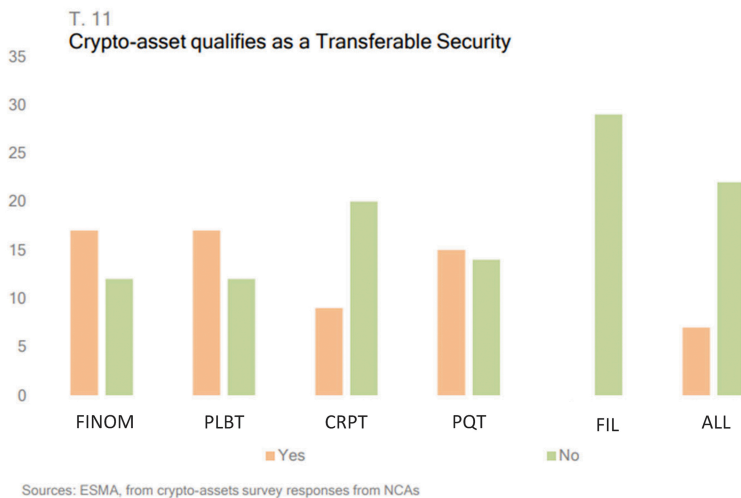


Chart 11 (ESMA survey (Fn. 77), 16 Rz 50)

c) *Anderes Finanzinstrument*

Schliesslich fragte die ESMA die NCAs, ob die Fallbeispiele ein anderes Finanzinstrument als ein übertragbares Wertpapier sein könnten. Eine Mehrheit der Befragten gab an, ALL als Anteil an einer kollektiven Kapitalanlage einzustufen.⁹⁰ Dies führt zur folgenden Gesamtbetrachtung in Bezug auf die Finanzinstrument-Eigenschaft der untersuchten Beispiele:

⁹⁰ ESMA survey (Fn. 79), 16 Rz 52; bei solchen „Anteilen an Organismen für gemeinsame Anlagen“ handelt es sich nach Anhang I, Abschnitt C MiFID II um Finanzinstrumente.

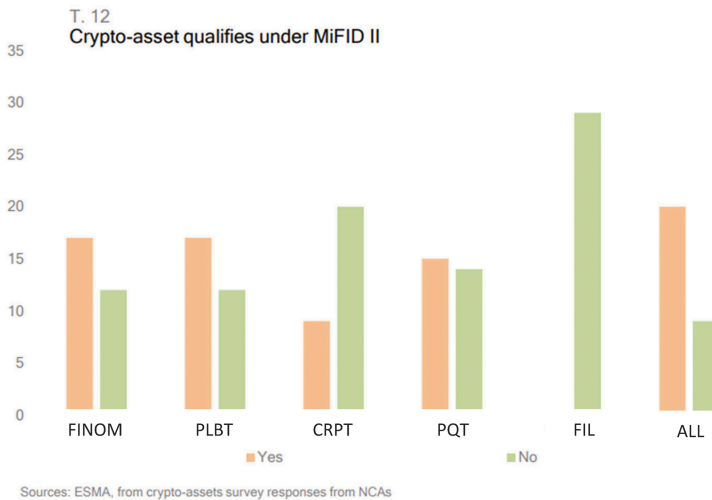


Chart 12 (ESMA survey, 17 Rz 54) 1

d) Übertragbares Wertpapier nach weiteren Kriterien des nationalen Rechts

Ausserdem wurden die NCAs gefragt, ob sie die Fallbeispiele auch als übertragbare Wertpapiere unter ihrem nationalen Recht ansahen, soweit sie zusätzliche Kriterien erlassen hatten (d.h. solche, die nicht eine blosse „Transposition“ der in Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II genannten sind). Da nur die Hälfte der Mitgliedstaaten überhaupt „eigene“ Kriterien entwickelt hatte,⁹¹ antwortete auch nur die Hälfte der NCAs auf diese Frage.

Drei Mitgliedstaaten setzten beispielsweise zusätzlich ein „book-entry recording requirement“ voraus, das ihnen nicht erlaube, andere als die explizit im Gesetz aufgeführten Instrumente als Wertpapiere zu behandeln. Eine NCA hatte ausserdem einen abstrakten Test entwickelt.⁹² Vier NCAs gaben an, dass kein Fallbeispiel als übertragbares Wertpapier nach nationalem Recht qualifiziert werden könne. Frankreich erlaubt beispielsweise nur im Gesetz genannten Gesellschaften, *titres financiers* auszugeben.⁹³ Einige Mitgliedstaaten stel-

⁹¹ ESMA survey (Fn. 79), 8 Rz 24.

⁹² ESMA survey (Fn. 79), 8 Rz 25 f. Leider sagt die ESMA nicht, welcher Mitgliedstaat das ist.

⁹³ Vgl. Tibi Marie Laurence, in: Panasar Raj / Boeckman Philip (Hrsg.), *European Securities Law*, Oxford 2014, 653 ff., 658 Rz 13.28.

len zudem mit der Literatur darauf ab, ob ein Instrument „vergleichbar“ mit den in der MiFID II genannten sei. Der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zufolge ist ein Recht „vergleichbar“, wenn es „ein aktionärsähnliches Eigenkapitalinteresse bzw. ein mit einem Schuldtitelgläubiger vergleichbares Fremdkapitalinteresse vermittelt.“ Es bedürfe entweder vermögensmässiger oder mitgliedschaftlicher Rechte. Diese seien dann gegeben, sofern der Token einer Dividendenzahlung vergleichbare Ansprüche enthalte oder mittels des Tokens die Emittentin beeinflusst werden könne.⁹⁴ Letztlich muss aber auch mit Stimmrechten – wenn nicht ein Anspruch, so mindestens – eine Erwartung auf einen vermögenswerten Vorteil verbunden sein. Sonst liefe der Schutzzweck des Kapitalmarktrechts ins Leere,⁹⁵ der bei Auslegung der MiFID II (selbstverständlich) zu berücksichtigen ist.

Die insgesamt recht unterschiedlichen Antworten mögen auch darauf zurückzuführen sein, dass einige NCAs implizit eine „investment component“ voraussetzten, auch wenn keine nationale Rechtsordnung dies explizit verlangte. Es herrschte auch keine Einigkeit über die Frage, ob ein „flow of payment“ vorhanden sein muss.⁹⁶ Im Übrigen entsprachen die Antworten ungefähr denjenigen zu den „reinen“ MiFID II-Kriterien.⁹⁷

e) *Umgang mit DLT-basierten (Finanz-)Instrumenten lege ferenda?*

Unter den befragten NCAs unterstützten nur acht, für Kryptowerte eine neue Kategorie von Finanzinstrumenten unter der MiFID II einzuführen. Einige sahen zu wenige Gemeinsamkeiten zwischen den verschiedenen Kryptowerten, andere gaben als Grund „same risks, same rules“ wie bei (übrigen) Finanzinstrumenten an, während andere umgekehrt Kryptowerte als substantiell verschieden von Finanzinstrumenten und daher die MiFID II als das falsche Mittel betrachteten. 12 NCAs waren hingegen auch gegen ein eigenes Regime ausserhalb der MiFID II.⁹⁸ Unabhängig davon war eine grosse Mehrheit von 23 NCAs der Ansicht, dass eine Qualifikation als Finanzinstrument unerwünschte Folgen hätte. Als Gründe gaben sie neben der bereits erwähnten Tatsache, dass

⁹⁴ BaFin (Fn. 68), 8.

⁹⁵ Vgl. etwa E. 86 MiFID II: „Ein Ziel dieser Richtlinie ist der Anlegerschutz“.

⁹⁶ ESMA survey (Fn. 79), 10 Rz 30 ff.

⁹⁷ ESMA survey (Fn. 79), 9 Rz 24: „Among those that did respond, 4 NCAs considered that all six cases would not fulfil their national criteria, which include a compulsory book-entry of securities.“ Weiter oben (8 Rz 25) war allerdings nur von 3 Mitgliedstaaten die Rede gewesen, die einen solchen Eintrag voraussetzten.

⁹⁸ ESMA survey (Fn. 79), 21 Rz 71 ff.

die Regulierung nicht für diese Instrumente gedacht („designed“) war und exzessiv sein könne, an, dass Kryptowerte durch eine eigene Kategorie legitimiert würden, und aufsichtstechnische Schwierigkeiten bestünden.⁹⁹

f) Würdigung

Der Wert dieser Umfrage liegt darin, dass sie aufzeigt, dass der Wertpapierbegriff gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II zumindest in Bezug auf die untersuchten Innovationen nicht zu einer einheitlichen Rechtsanwendung führt. Daran wird die Anpassung des Art. 4 Abs. 1 Ziff. 15 MiFID II,¹⁰⁰ die explizit auch DLT-basierte Finanzinstrumente einbeziehen will, nur insofern etwas ändern, als die Mitgliedstaaten bisher Kryptowerte per se nicht als Finanzinstrumente betrachteten. Die „Disharmonie“ scheint bereits bei der Frage anzufangen, ob der Begriff des übertragbaren Wertpapiers überhaupt bzw. welche Elemente im nationalen Recht konkretisiert werden sollten. Dies mag auch daran liegen, dass die MiFID II in Anhang I, Abschnitt C die Finanzinstrumente scheinbar abschliessend aufzählt.

Diese uneinheitliche Rechtsanwendung mag von einer Richtlinie, die zumindest in diesem Bereich dem Prinzip der Mindestharmonisierung folgt, durchaus auch erwünscht sein.¹⁰¹ Probleme ergeben sich jedoch, wenn uneinheitlich gehandhabte Begriffe in Verordnungen, die einheitlich angewandt werden sollten, „importiert“ werden.¹⁰²

II. E-MiCAR

1. Einleitendes

Die E-MiCAR soll die bestehende Finanzmarktgesetzgebung erweitern, indem sie Ausgabe von und Handel mit Vermögenswerten, die auf der Blockchain-Technologie basieren, erfasst. Gemäss Art. 1 E-MiCAR legt die Verordnung einheitliche Vorschriften fest für: Transparenz- und Offenlegungspflichten für die Ausgabe von Kryptowerten und ihre Zulassung zum Handel (lit. a); Zulas-

⁹⁹ ESMA survey (Fn. 79), 17 Rz 55.

¹⁰⁰ Siehe COM (2020) 596 final, Art. 6 Ziff. 1: „Finanzinstrument‘ die in Anhang I Abschnitt C genannten Instrumente, einschliesslich mittels Distributed-Ledger-Technologie emittierter Instrumente“.

¹⁰¹ Auch wenn Muhr (Fn. 64), 121 ff., zum Schluss kommt, dass sich die Vollharmonisierung für das Kapitalmarktrecht durchaus eignet.

¹⁰² Zum grundsätzlichen Für und Wider der Richtlinie und der Verordnung siehe Muhr (Fn. 64), 60 ff. Zur Vollharmonisierung sogleich unten [C.II.1](#).

sung und Beaufsichtigung von Anbietern von Krypto-Dienstleistungen, Emittenten wertreferenzierter Token und Emittenten von E-Geld-Token (lit. b); Betrieb, Organisation und Unternehmensführung von Emittenten wertreferenzierter Token, Emittenten von E-Geld-Token und Anbietern von Krypto-Dienstleistungen (lit. c); Verbraucherschutzvorschriften für Ausgabe, Tausch und Verwahrung von Kryptowerten sowie den Handel damit (lit. d); Massnahmen zur Verhinderung von Marktmissbrauch mit dem Ziel, die Integrität der Märkte für Kryptowerte zu gewährleisten (lit. e).¹⁰³

Sie gilt für Personen, die in der Union¹⁰⁴ sog. Kryptowerte¹⁰⁵ ausgeben oder Dienstleistungen im Zusammenhang mit Kryptowerten erbringen (Art. 2 Abs. 1 E-MiCAR). Sie befindet sich derzeit (September 2022) im Stadium der ersten Lesung durch das europäische Parlament.¹⁰⁶ Wie bereits erwähnt, haben am 30. Juni 2022 die Ratspräsidentschaft und das Europäische Parlament eine vorläufige Einigung erzielt: „Die vorläufige Einigung muss noch vom Rat und vom Europäischen Parlament gebilligt werden, bevor das förmliche Annahmeverfahren eingeleitet werden kann.“¹⁰⁷

Die Rechtfertigung der E-MiCAR liegt laut EU-Kommission unter anderem darin, „dass zwar einige Kryptowerte in den Anwendungsbereich der EU-Rechtsvorschriften fallen könnten, deren wirksame Anwendung auf solche Werte jedoch nicht immer einfach sei.“ Ausserdem könnten „globale Stablecoins“ die Finanzstabilität gefährden.¹⁰⁸ Auch an anderer Stelle hält die EU-Kommission fest, dass zwar einige „Kryptowerte“ Finanzinstrumente seien, die meisten jedoch nicht von den Rechtsvorschriften der Union im Bereich der

¹⁰³ Siehe eine konzise Übersicht über die Verordnung bei Bürgi Benjamin/Kremer Michael, Die europäische Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCAR) – Übersicht und potentielle Auswirkungen auf die Schweiz, iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht, 25. August 2022.

¹⁰⁴ Es dürfte das Marktortprinzip gelten; vgl. Bürgi/Kremer (Fn. 105), Ziff. 3.4, sich auf E. 51 E-MiCAR berufend.

¹⁰⁵ Dazu sogleich unten [C.II.2.](#)

¹⁰⁶ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:52020PC0593>>.

¹⁰⁷ <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/>>. Der Text dieser vorläufigen Einigung vom 30. Juni 2022 ist nicht öffentlich.

¹⁰⁸ E-MiCAR, 1 f.

Finanzdienstleistungen erfasst würden.¹⁰⁹ Sie brächten jedoch Herausforderungen in Bezug auf Anlegerschutz, Marktintegrität und Finanzstabilität mit sich.¹¹⁰

Dies scheint die EU-Kommission für eine ausreichende Analyse des Produkts, dessen makroökonomischer Risiken und der Rechtslage zu halten.¹¹¹ Die E-MiCAR bezieht sich daher gemäss ihrem Art. 2 Abs. 2 lit. a *nicht* auf Finanzinstrumente nach der MiFID II; liegt ein solches vor, gilt die MiFID II. Für diese Nicht-Finanzinstrumente bedürfe es eines unionsweiten Rahmens, um die vier Ziele Rechtssicherheit, Innovationsförderung, Verbraucher- und Anlegerschutz und Finanzstabilität zu gewährleisten.¹¹²

Leider geht die EU-Kommission hier weder auf die Umfrage der ESMA ein (insbesondere die beträchtliche, wenn auch minoritäre Ablehnung eines eigenen Regimes ausserhalb der MiFID II), noch scheint sie trotz der diesbezüglichen Unsicherheit¹¹³ unter den NCAs sonst für klärungsbedürftig zu halten, welche Instrumente unter welchen Voraussetzungen unter die bestehende Regulierung fallen.

Im Übrigen entspricht die Tendenz zur Verordnung (gegenüber der Richtlinie) der Vollharmonisierung, welche die EU-Kommission im Kapitalmarktrecht verfolgt.¹¹⁴ Damit soll ein „Single Rulebook“ und „Level Playing Field“ geschaffen werden, womit die mit fragmentierten Märkten verbundenen Kosten beseitigt werden sollen.¹¹⁵ Zuständig für die Durchsetzung der E-MiCAR sind gemäss Art. 81 des Vorschlags die NCAs.

¹⁰⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2020) 593 final.

¹¹⁰ DLT-Pilotregelung, E. 2; ebenso ESMA, Advice – Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, 9. Januar 2019, 39 Rz 179: „There are a wide range of crypto-assets being issued and only a fraction of them are likely to qualify as MiFID financial instruments. Where crypto-assets do not qualify as MiFID financial instruments and unless they qualify as electronic money they are likely to fall outside of the existing EU financial services rules, in which case investors will not benefit from the safeguards that these rules provide.“

¹¹¹ Vgl. dazu oben [A](#).

¹¹² E-MiCAR, 3.

¹¹³ Die in E-MiCAR, 162, noch einmal betont wird.

¹¹⁴ E-MiCAR, 7; vgl. auch Muhr (Fn. 64), 45, 63 ff., zu den Vorteilen der Verordnung gegenüber der Richtlinie zwecks Vollharmonisierung.

¹¹⁵ Wess Ksenia, Drittstaatenregulierung im Finanzdienstleistungsrecht der EU und ihre Auswirkung auf die Schweiz, Diss. Bern 2020, Zürich/Basel/Genf 2020, 7, mit weiteren Hinweisen.

2. Whitepaper-Pflicht

Der erste Teil der E-MiCAR (Art. 4 ff.) statuiert Transparenz- und Offenlegungspflichten für die Ausgabe anderer Kryptowerte als wertreferenzierter und E-Geld-Token.

a) Kryptowerte

Kryptowerte werden in Art. 3 Abs. 1 Ziff. 2 E-MiCAR definiert als „eine digitale Darstellung von Werten oder Rechten, die unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie oder einer ähnlichen Technologie elektronisch übertragen und gespeichert werden können“. Diese Definition der Kryptowerte („Darstellung von Werten oder Rechten“) ist u.E. zu eng: Aus der Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 lit. b („die Kryptowerte als Gegenleistung für die Pflege der DLT oder die Validierung von Geschäften automatisch geschürft werden“) und Art. 4 Abs. 2 lit. c E-MiCAR („die Kryptowerte einmalig und nicht mit anderen Kryptowerten fungibel sind“) scheint e contrario zu folgen, dass auch diese Kryptowährungen und NFTs (Non-Fungible Tokens) durchaus als „Kryptowerte“ gelten, obwohl diese typischerweise weder ein Recht noch notwendigerweise einen Wert „darstellen“. In diese Richtung geht nun auch E. 2 (e contrario) der vorläufigen Einigung vom 30. Juni 2022.¹¹⁶

Diese Definition ist nun aber, wie sich zeigen wird, zu weit und zu undifferenziert.¹¹⁷

b) Vorschriften für Whitepaper-Emittentinnen

Im Wesentlichen muss eine Emittentin vor öffentlichem Angebot und Zulassung ein sogenanntes Whitepaper erstellen (Art. 4 f. E-MiCAR). Hiervon besteht eine Ausnahme für die in Art. 4 Abs. 2 E-MiCAR aufgezählten Token; namentlich lösen Mining-Rewards (lit. b) und NFTs (lit. c) keine Whitepaperpflicht aus. Das Whitepaper muss der NCA des „Herkunftsmitgliedstaats“ notifiziert werden (Art. 7 Abs. 2 E-MiCAR), es bedarf jedoch keiner Genehmigung oder Zulassung. Als „Herkunftsmitgliedstaat“ gilt unter anderem gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 22 lit. c E-MiCAR derjenige Staat, in dem die Kryptowerte erstmals öffentlich angeboten werden, oder in dem der erste Antrag auf Zulassung zum

¹¹⁶ „Representation of value also includes external, non-intrinsic value attributed to a crypto-asset by parties concerned or market participants, meaning the value can be subjective and can be attributed only to the interest of someone purchasing the crypto-asset.“ U.E. kann man freilich überhaupt nur in diesen Fällen von „Darstellung“ sprechen.

¹¹⁷ Man stelle sich (unbesehen der im Folgenden aufgezeigten Probleme) nur einmal eine Verordnung über „Papierwerte“ vor. Siehe unten [C.II.5](#).

Handel auf einer Handelsplattform für Kryptowerte gestellt wird, wenn die Emittentin weder Sitz noch Niederlassung in einem Mitgliedstaat hat. In der „Notifizierung“ des Whitepapers an die jeweilige NCA muss die Emittentin zudem gemäss Art. 7 Abs. 3 lit. a E-MiCAR namentlich erläutern, ob es sich beim auszugebenden Instrument nicht um ein Finanzinstrument im Sinne der MiFID II handelt. Mangels klarer Voraussetzungen dafür dürfte dies kein leichtes Unterfangen sein.

Nach dieser Notifizierung kann das Whitepaper veröffentlicht werden (Art. 8, 11 E-MiCAR). Die Veröffentlichung hat gemäss Art. 10 Abs. 1 E-MiCAR zur Folge, dass die Emittentin die Kryptowerte in der gesamten Union anbieten und die Zulassung zum Handel auf einer Handelsplattform für Kryptowerte beantragen kann, also einen sogenannten „europäischen Pass“ erhält. Die Emittentin kann nach dem genannten Art. 3 Abs. 1 Ziff. 22 lit. c E-MiCAR auch ihren Sitz in der Schweiz haben. Insoweit entspricht die E-MiCAR der Prospektverordnung.¹¹⁸

Der Inhalt des Whitepapers entscheidet zwar nicht über eine Zulassung, doch haftet die Emittentin für ein unvollständiges, unfaires oder nicht eindeutiges Whitepaper (Art. 14 E-MiCAR).

3. Emittentinnen wertreferenzierter und von E-Geld-Token

Der zweite Teil (Art. 15 ff.) besteht aus den Vorschriften für drei neue Bewilligungskategorien: „Krypto-Dienstleister“, „Emittenten wertreferenzierter Token“ sowie „Emittenten von E-Geld-Token“ bedürfen einer Zulassung und dürfen ihre Tätigkeit nur unter gewissen Bedingungen ausüben. Auch die Emittentinnen wertreferenzierter und E-Geld-Token müssen ein Whitepaper veröffentlichen (Art. 24, 46 E-MiCAR).

a) Anwendungsbereich

Anders als beim öffentlichen Angebot und dem Handel anderer Kryptowerte als wertreferenzierter und E-Geld-Token dürfen Letztere nur in der Union niedergelassene juristische Personen öffentlich anbieten bzw. eine Zulassung zum Handel beantragen (Art. 15 Abs. 2, 43 Abs. 1 E-MiCAR). Auch Kryptodienst-

¹¹⁸ Vgl. Art. 2 lit. m iii) i.V.m. 28 Prospektverordnung; vgl. auch Jutzi/Schären (Fn. 65), 418.

leisterinnen müssen ihren Sitz in einem Mitgliedstaat haben (Art. 53 Abs. 1 E-MiCAR). Möglich bleibt allerdings die *reverse solicitation*, d.h. die Dienstleistung auf Initiative des Kunden bzw. der Kundin in einem Drittstaat.¹¹⁹

b) Abgrenzung wertreferenzierter und E-Geld-Token von Finanzinstrumenten

Da die Unterstellung unter die E-MiCAR voraussetzt, dass es sich beim Kryptowert nicht um ein Finanzinstrument handelt, werden die Emittentinnen dies jeweils prüfen müssen. Für die Emittentinnen *wertreferenzierter*¹²⁰ und *E-Geld-Token*¹²¹ wird sich insbesondere die Frage stellen, ob es sich – gleichzeitig – um Finanzinstrumente handeln kann. Rechtssicherheit und Anlegerschutz bzw. Marktintegrität – beides wie erwähnt Ziele des Vorschlags – weisen hier in unterschiedliche Richtungen.

Bei E-Geld-Token, die nach Art. 43 Abs. 1 E-MiCAR nur von Kreditinstituten¹²² oder E-Geld-Instituten¹²³ öffentlich angeboten oder auf einer Handelsplattform für Kryptowerte zugelassen werden dürfen, erscheint dieses Problem immerhin insoweit entschärft, als „Zahlungsinstrumente“ gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II explizit keine Finanzinstrumente sein können. Da der Hauptzweck eines E-Geld-Tokens gemäss Art. 3. Abs. 1 Ziff. 4 E-MiCAR ist, als

¹¹⁹ Bürgi/Kremer (Fn. 105), Ziff. 4.2.2.; Kuhn Hans, Entwicklungen im Ausland, in: Weber Rolf H. / Kuhn Hans (Hrsg.), Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht, Basel 2021, 251 ff., 257 Rz 19. Zu „reverse solicitation“ in Bezug auf die MiFID II und die MiFIR ausführlich Ammann Thierry Romain, Der europäische Marktzugang für Schweizer Banken, Diss. St. Gallen 2018, Zürich/St. Gallen 2020, 501 ff.; Sethe Rolf, Das Drittstaatenregime von MiFIR und MiFID II, SZW 2014, 615 ff, 620 ff.

¹²⁰ „Wertreferenziertes Token“ ist gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 3 E-MiCAR ein „Kryptowert, bei dem verschiedene Nominalgeldwährungen, die gesetzliches Zahlungsmittel sind, oder eine oder mehrere Waren oder ein oder mehrere Kryptowerte oder eine Kombination solcher Werte als Bezugsgrundlage verwendet werden, um Wertstabilität zu erreichen“.

¹²¹ „E-Geld-Token“ ist gemäss Art. 3. Abs. 1 Ziff. 4 E-MiCAR ein „Kryptowert, dessen Hauptzweck darin besteht, als Tauschmittel zu dienen, und bei dem eine Nominalgeldwährung, die gesetzliches Zahlungsmittel ist, als Bezugsgrundlage verwendet wird, um Wertstabilität zu erreichen.“

¹²² Nach Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl L 176 vom 27. Juni 2013, 1.

¹²³ Nach Art. 2 Ziff. 1 Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der Richtlinien 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2000/46/EG, ABl L 267 vom 10. Oktober 2009, 7.

Tauschmittel zu dienen, scheint es sich bei diesen a priori nicht um Finanzinstrumente zu handeln. Emittentinnen von E-Geld-Token sind grundsätzlich bereits reguliert, weswegen die zusätzliche Regulierung keinen grossen Mehrwert bringt.¹²⁴

Emittentinnen *wertreferenzierter* Token müssen gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. d E-MiCAR in einem Rechtsgutachten darlegen, dass es sich bei den auszugebenden Token nicht um Finanzinstrumente, E-Geld, Einlagen oder strukturierte Einlagen handelt. Daraus liesse sich bereits rein grammatikalisch schliessen, dass wertreferenzierte Token durchaus nicht a priori *keine* Finanzinstrumente sind. Allerdings muss man die Vorschrift wohl so verstehen, dass sie sich an Personen richtet, die eine Zulassung betreffend wertreferenzierte Token beantragen. Dass sich wertreferenzierte Token und Finanzinstrumente zumindest überschneiden, folgt jedoch ohnehin bereits aus der Definition der wertreferenzierten Token: Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie Wertstabilität erreichen wollen, wobei der „Referenzwert“ nicht nur in Zahlungsmitteln, sondern auch aus „Waren“, anderen Kryptowerten oder aus einer Kombination derselben bestehen kann. Dass diese Wertstabilität durchaus einen anderen (Haupt-)Zweck, als Zahlungen zu ermöglichen, haben kann, ergibt sich bereits aus der Systematik bzw. dem Unterschied zu E-Geld-Token. Die Wertstabilität kann nach dem Vorschlag der EU-Kommission insbesondere (wenn auch nicht nur) dadurch erreicht werden, dass die Inhaber ein Rücktauschrecht oder Forderungsansprüche auf das Reservevermögen haben. Insofern erscheinen sie durchaus mit Finanzinstrumenten vereinbar, namentlich besicherten Schuldverschreibungen (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 lit. b MiFID II). Die vorläufige Einigung vom 30. Juni 2022 hält nun in Erwägungsgrund 40 sogar fest, dass es einen permanenten Einlösungsanspruch geben müsse.¹²⁵ Dies rückt wertreferenzierte Token noch näher an Schuldverschreibungen bzw. übertragbare Wertpapiere. Wertreferenzierte Token, die nicht zugleich Finanzinstrumente sind, sind insoweit kaum vorstellbar.

Aus dieser „Gutachtenspflicht“ scheint nun des Weiteren zu folgen, dass die jeweilige NCA die Zulassung aus formellen Gründen (weil das Rechtsgutachten

¹²⁴ E-Geld-Token-Emittentinnen dürfen keine Zinsen gewähren (Art. 45), es gelten eigene Anforderungen an das Whitepaper (Art. 46), für das die Emittentin haftet (Art. 47), Marketingmitteilungen müssen ebenfalls gewissen Anforderungen genügen (Art. 48), und schliesslich müssen die im Tausch gegen die E-Geld-Token entgegengenommenen Beträge in Aktiven angelegt werden, die auf die Währung lauten, auf die sich das E-Geld-Token bezieht (Art. 49 E-MiCAR). Zudem gelten bei „signifikanten“ E-Geld-Token besondere Pflichten.

¹²⁵ „The issuer of asset-referenced tokens should provide a permanent redemption right to the holders of the asset-referenced tokens, in the sense that holders are entitled to request from the issuer the redemption of the asset referenced token at any moment.“

nicht vollständig oder korrekt sei) verweigern kann – dies statt der Pflicht, zu begründen, warum es sich nicht um ein wertreferenziertes Token handelt. Hinsichtlich des rechtlichen Gehörs ist dies problematisch. Dies entblösst, dass sich der Verordnungsgeber seiner Sache so wenig sicher war, dass er die Rechtsanwendung kurzerhand an die Antragstellerinnen ausgelagert hat. Fraglich ist auch, was passiert, wenn eine Emittentin wertreferenzierter Token überhaupt kein Zulassungsgesuch stellt. Dies kann die NCA nur sanktionieren, wenn sie (dann doch) weiss, ob es sich um wertreferenzierte Token handelt. Auch in dieser Hinsicht ist die Gutachtenspflicht nicht nachvollziehbar. Entweder kann die NCA selbst beurteilen, um welche Token es sich handelt: Dann braucht es das Gutachten nicht. Oder die NCA kann dies nicht: Dann kann sie das Gutachten nicht beurteilen.

Diese Unsicherheit in Bezug auf die Eigenschaft als Finanzinstrument nach der MiFID II wird von den Emittentinnen wohl nur dadurch aufgelöst werden können, indem sie sich an der jeweiligen nationalen Implementierung oder Praxis orientieren, und damit diese uneinheitliche Rechtsanwendung entgegen dem ausgesprochenen Ziel der Vorlage in den Kryptobereich fortpflanzen.

Im Übrigen wird die Wertstabilität auch bei wertreferenzierten Token vor allem den Zweck verfolgen, als verlässliche Werteinheit bzw. als Zahlungsmittel zu dienen.¹²⁶ Da die „Ausgabe von Zahlungsinstrumenten und/oder Annahme und Abrechnung („Acquiring“) von Zahlungsvorgängen“ bereits von der sog. PSD 2 erfasst wird,¹²⁷ hätte man auch diese Richtlinie revidieren können, allenfalls erweitert um Pflichten, wenn die Emittentinnen offenbar als Problem empfundene „signifikante“ Zahlungsinstrumente bzw. Kryptowerte ausgeben.¹²⁸ Zwischen diesen und den von der MiFID II erfassten Finanzinstrumenten ist ein regulierungswürdiger Raum nicht ersichtlich.

¹²⁶ Siehe auch E-MiCAR, E. 25: „Wertreferenzierte Token sind auf Wertstabilisierung durch Bezugnahme auf eine oder mehrere Nominalgeldwährungen, eine oder mehrere Waren, einen oder mehrere andere Kryptowerte oder einen Korb aus derartigen Werten angelegt. Als Transfer- oder Zahlungsmittel könnten sie daher bei den Nutzern grossen Anklang finden und bergen so im Hinblick auf den Verbraucherschutz und die Marktintegrität höhere Risiken als andere Kryptowerte.“

¹²⁷ Die PSD 2 (Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl L 337 vom 23. Dezember 2015, 35) gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 für Zahlungsdienste, die innerhalb der Union erbracht werden. Art. 4 Ziff. 3 PSD 2 verweist statt einer Definition auf Anhang I, wo die verschiedenen Zahlungsdienste aufgeführt werden, u.a. der genannte in Ziff. 5.

¹²⁸ Art. 39 ff., 50 ff. E-MiCAR.

4. Krypto-Dienstleisterinnen

Krypto-Dienstleisterinnen sind Personen, die eine in Art. 3 Abs. 1 Ziff. 9 E-MiCAR aufgeführte Tätigkeit (wie Verwahrung, Beratung, Tausch etc.) im Zusammenhang mit Kryptowerten betreiben.

a) Krypto-Dienstleistungen

Diese Krypto-Dienstleistungen reichen teilweise sogar weiter als die zulassungspflichtigen Wertpapierdienstleistungen unter der MiFID II. So ist die Verwaltung und Verwahrung nur von Kryptowerten (Art. 3 Ziff. 9 lit. a E-MiCAR), nicht aber von Finanzinstrumenten zulassungspflichtig (Anhang I Abschnitt B Abs. 1 i.V.m. 6 Abs. 1 in fine MiFID II).¹²⁹ Dies mag man damit begründen, dass die MiFID II nur einen Teil der mit Finanzinstrumenten verbundenen Pflichten abdeckt.¹³⁰ Weiter ist bemerkenswert, dass Krypto-Dienstleisterinnen gemäss Art. 59 Abs. 2 E-MiCAR ihre KundInnen über die Kryptowerte informieren müssen.¹³¹ Dies gilt auch bei solchen Kryptowerten, die Emittentinnen nicht verpflichtet, ein Whitepaper zu veröffentlichen. Diese Inkongruenz (da die Krypto-Dienstleisterinnen in diesen Fällen nicht über die erforderlichen Informationen verfügen werden) resultiert aus dem (zu) weit definierten „Kryptowert“. Das Ergebnis könnte sein, dass gerade die Verbreitung der vom Ordnungsgeber als relativ unproblematisch erachteten anderen Kryptowerte als wertreferenzierten und E-Geld-Token durch diese (gleichzeitig fehlende und zu weit gehende) Regulierung eingeschränkt wird.

b) NFTs nach dem Vorschlag der Kommission

Insgesamt scheinen die zulassungspflichtigen Tätigkeiten aber stark an diejenigen der MiFID II angelehnt. Den Grund für diese (weitgehende) Gleichsetzung des Ordnungsgebers dürfte Kuhn artikuliert haben: „Es gibt gute Gründe, Dienstleister, die fremde Vermögenswerte halten, verwalten oder

¹²⁹ Diese Verwahrung und Verwaltung ist abzugrenzen von der zulassungspflichtigen „Portfolio-Verwaltung“ gemäss Anhang I, Abschnitt A, Ziff. 4 MiFID II.

¹³⁰ Siehe oben [C.II.2.](#)

¹³¹ „Die Anbieter von Krypto-Dienstleistungen stellen ihren Kunden faire, klare und nicht irreführende Informationen zur Verfügung, insbesondere in Marketing-Mitteilungen, die als solche zu kennzeichnen sind. Die Anbieter von Krypto-Dienstleistungen dürfen Kunden in Bezug auf die tatsächlichen oder vermeintlichen Vorteile von Kryptowerten nicht vorsätzlich oder fahrlässig irreführen.“

übertragen, einer prudenziellen Mindestregulierung zu unterstellen.“¹³² Auch die EU-Behörden gehen a priori davon aus, dass Personen, die Kryptowerte erwerben, „Investoren“ seien.¹³³

Was man in erster Linie nur als „Vermögenswert“ betrachtet (die ein „Investor“ und nicht einfach ein „Käufer“ erwirbt), sind Gegenstände, die man nur um dessentwillen (des Vermögenswerts) hat – Anlagen –, nicht wegen eines (typischerweise fehlenden) Nutz- oder Verbrauchswerts. Keine „Anlagen“ sind daher nach unserem Verständnis solche Gegenstände, die man nutzt oder verbraucht, um unmittelbar ein wirtschaftliches Bedürfnis zu stillen. Dies trifft auf Finanzinstrumente nicht zu: „Financial assets are intangible assets where typically the *future* benefits come in the form of a claim to *future* cash.“¹³⁴ Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass ein Finanzinstrument mindestens zwei Parteien voraussetzt: Eine berechnigte und eine verpflichtete Partei.¹³⁵ Da die verpflichtete Partei den künftigen Vorteil für ihre Gegenpartei nicht einfach umsonst gewähren wird, sondern diese jener zunächst Vermögenswerte überlässt, entsteht bei Finanzinstrumenten ein sogenannter Agent-Prinzipal-Konflikt.¹³⁶ Dieser bedingt Regulierung zwecks Anlegerschutzes. Die E-MiCAR, die „Anleger“ schützen will,¹³⁷ geht daher implizit davon aus, dass es sich bei Kryptowerten um Finanzinstrumente handelt, und unterstellt sie daher einer ähnlichen Regulierung.

Das herausragende Merkmal von „Kryptowerten“ ist aber nun gerade, dass sie nicht aus einem relativen Rechtsverhältnis bestehen, sondern anders als andere digitale Daten, aber ähnlich wie Sachen, im Idealfall exklusiv und rivali-

¹³² Kuhn (Fn. 121), 264 Rz 39. Derivate können auch einen Anspruch auf tatsächliche Lieferung des Basiswerts einräumen (tun dies aber nur selten), wobei der Basiswert auch einen intrinsischen Wert haben kann (vgl. Kerkemeyer Andreas, Möglichkeiten und Grenzen bei der Regulierung von Derivaten, Diss. Bielefeld 2017, Tübingen 2018, 21.). Finanzinstrument ist aber auch diesfalls nur das Derivat, nicht der Basiswert.

¹³³ Siehe oben Bedeutung des „Finanzinstruments“ in der EU-(Fintech)-Regulierung [C.II.1](#).

¹³⁴ Fabozzi Frank J./Peterson Drake Pamela, Finance – Capital Markets, Financial Management and Investment Management, Hoboken 2009, 112. Siehe ebenda auch: „Another term used for a financial asset is a financial instrument“. „Claim“ ist hier nicht im Sinne eines im Erwerbszeitpunkt bereits bestehenden Anspruchs zu verstehen, sondern kann bei Eigenkapital auch bloss eine Erwartung oder Hoffnung eines künftigen Vermögensvorteils sein.

¹³⁵ Fabozzi/Peterson Drake (Fn. 136), 112.

¹³⁶ Dazu Fabozzi/Peterson Drake (Fn. 136), 296 ff.

¹³⁷ Oben [C.II.1](#).

sierend sind.¹³⁸ Mit anderen Worten können sie nicht nur Gegenstand einer Leistungspflicht sein, sondern unabhängig von einer solchen bestehen. Sie können einen Nutz- oder Verbrauchswert haben (wie beispielsweise das Gefühl, das „echte“ NFT-Kunstwerk zu besitzen). Typischerweise ist zudem die Blockchain, auf der die Kryptowerte beruhen, öffentlich. Soweit die erwerbende Person die Technik versteht, gibt es damit insoweit mangels Informationsasymmetrie nicht nur keinen Agent-Prinzipal-Konflikt, sondern nicht einmal die Problemsituation, die der Produkthaftpflicht zugrunde liegt.¹³⁹

Dies vorgeschlagene Regelung würde nun zur absurden Situation führen, dass, wer beispielsweise in einem Metaversum ein NFT-T-Shirt gegen Kryptowährung verkauft, gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 9 lit. d („Tausch von Kryptowerten gegen andere Kryptowerte“) eine zulassungspflichtige Krypto-Dienstleistung erbrächte. Dasselbe gälte für Personen, die zu NFT-Kunst beraten (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 9 lit. h E-MiCAR).¹⁴⁰ Nicht zulassungspflichtig wäre dagegen selbstverständlich der Verkauf eines T-Shirts in einer von der Herausgeberin kontrollierten nicht DLT-basierten Game-Welt, obwohl bei dieser der Code nicht öffentlich und das Missbrauchspotenzial damit eigentlich zumindest nicht geringer erscheint. In diesen Fällen hält man die Kryptowerte um ihrer selbst Willen, nicht nur als Zeichen einer Hoffnung oder eines Anspruchs auf einen künftigen Vermögensvorteil, d.h. nicht nur als „Vermögenswert“ oder Anlage.¹⁴¹

An diesem prinzipiellen Unterschied ändert nichts, dass die meisten KäuferInnen von Kryptowerten *InvestorInnen* sein werden, es ihnen also nicht um

¹³⁸ Beispielsweise bei Bitcoin sorgt die digitale Signatur dafür, dass nur die berechtigte Person eine Transaktion auslösen kann, und der Proof-of-Work, dass sie idealerweise denselben Vermögenswert nur einmal ausgeben kann, womit das Double-Spending-Problem gelöst werden soll (siehe dazu einleitend Nakamoto Satoshi, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, abrufbar unter <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>). Zumindest bei Bitcoin sind double-spending-Attacken aber zum Teil profitabel (Auer Raphael, Beyond the doomsday economics of „proof-of-work“ in cryptocurrencies, BIS Working Papers, Januar 2019).

¹³⁹ Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993 (SR 221.112.944) ist ein Produkt „fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist [...]“. Dies setzt voraus, dass die geschädigte Person die wahren Eigenschaften des Produkts nicht kennt.

¹⁴⁰ Zu „Metaversen“ siehe etwa Lee Lik-Hang/Braud Tristan/Zhou Pengyuan/Wang Lin/Xu Dianlei/Lin Zijun/Kumar Abhishek/Bermejo Carlos/Hui Pan, All One Needs to Know about Metaverse: A Complete Survey on Technological Singularity, Virtual Ecosystem, and Research Agenda, Journal of Latex Class Files 8/2021, 1 ff.

¹⁴¹ Vgl. dazu auch dereinst Jutzi Thomas/Abbühl Andri, Fintech und DLT – Finanzmarkt- und privatrechtliche Grundlagen, Bern 2022.

einen allfälligen intrinsischen Wert des Kryptowerts geht.¹⁴² Auch ist zu berücksichtigen, dass die Emittentinnen tatsächlich meist einen missbrauchsrelevanten Informationsvorsprung haben.¹⁴³ Aber dies rechtfertigt Regulierung nur in diesen, nicht in *allen* Fällen. Fehlt es an einer solchen Informationsasymmetrie, laufen die Vorschriften für Kryptodienstleisterinnen, aber auch über Insidergeschäfte (Art. 78 f. E-MiCAR) ins Leere.

c) NFTs gemäss der vorläufigen Einigung vom 30. Juni 2022

Entgegen dem Vorschlag der Kommission scheint das Europäische Parlament dies eingesehen zu haben. In Erwägungsgrund 8b der vorläufigen Einigung vom 30. Juni 2022 heisst es,¹⁴⁴ dass die Verordnung „should not apply to offerors or persons seeking admission to trading of crypto-assets other than ARTs and EMTs that are unique and not fungible with other crypto-assets. [...] these crypto-assets [...] are not readily interchangeable and the relative value of one crypto-asset in relation to another, each being unique, cannot be ascertained by means of comparison to an existing market or equivalent asset. Such features limit the extent to which these crypto-assets can have a financial use, thus limiting risks to users and the system, and justifies the exemption. The fractional parts of an unique and non-fungible crypto-asset should not be considered unique and not fungible. The sole attribution of a unique [sic] identifier to a crypto-asset is not sufficient to classify it as a unique or not fungible [sic]. The assets or rights represented should also be unique and not fungible for the crypto-asset to be considered unique and not fungible.“

Diese Änderung, sollte die Verordnung denn so in Kraft treten, ist grundsätzlich zu begrüßen, soweit sie anerkennt, dass nicht alle Kryptowerte (auch solche, die nicht bereits von bestehenden Vorschriften erfasst werden) gleich be-

¹⁴² Vgl. etwa Frye Brian I., *The Art of the Token*, Stanford Journal of Blockchain Law & Policy, 29. Juni 2022, *passim*.

¹⁴³ Dazu Walch Angela, *Deconstructing 'Decentralization': Exploring the Core Claim of Crypto Systems*, in: Brummer Chris (Hrsg.), *Crypto Assets: Legal and Monetary Perspectives*, Oxford 2019, 39 ff., sowie Walch Angela, *In Code(rs) We Trust: Software Developers as Fiduciaries in Public Blockchains*, in: Hacker Philipp / Lianos Ioannis / Dimitropoulos Georgios / Eich Stefan (Hrsg.), *Regulating Blockchain*, Oxford 2019, 58 ff.

¹⁴⁴ Im Verordnungstext selbst steht statt der expliziten Ausnahme nur der Hinweis [political]. Die Verwendung dieses Hinweises im Rest des Draft Agreement deutet darauf hin, dass die Kommission diesen Punkt noch spezifizieren muss.

handelt werden sollten. Allerdings setzt ein „financial use“ nach dem Gesagten keine Fungibilität voraus.¹⁴⁵ Dies trifft nur auf Zahlungsmittel zu. Diese werden von der PSD 2 erfasst.¹⁴⁶

Da die EU aber eine Regulierungslücke schliessen will, muss mit „financial use“ etwas anderes gemeint sein. Sollte sie ihr Verständnis so verfeinern, dass sie diejenigen NFTs ausschliesst, die (wenn auch eventuell fungibel) nach den obigen Ausführungen keine „Finanzrelevanz“ haben,¹⁴⁷ so tritt sie auch insofern offene Türen ein, da Finanzinstrumente bereits durch die MiFID II reguliert werden bzw. – bei einem angemessenen, funktionalen Verständnis des Begriffs – würden. Mit anderen Worten ist nicht klar, was Finanzinstrumente sind, was NFTs sind, und ob zwischen diesen überhaupt regulierungswürdiger Raum verbleibt.

Nach neusten Erkenntnissen (Mitte September 2022) sollen „fractional parts“ eines NFTs nun doch nicht per se erfasst werden. Dies ist zu begrüßen, ändert aber nichts am soeben geschilderten Problem.

Wenig Gutes lässt auch die nicht veröffentlichte Information erahnen, dass die Kommission 18 Monate nach Inkrafttreten der MiCAR für die nicht erfassten NFTs (wie auch immer diese konkretisiert werden sollen), DAOs,¹⁴⁸ „Crypto Lending“ und DeFi¹⁴⁹ noch ein weiteres „horizontales“ Regime vorschlagen will. In der (offiziellen) Pressemitteilung zur vorläufigen Einigung vom 30. Juni 2022 hiess es dagegen (noch), dass die Kommission zur Erfassung der NFTs eine umfassende Einschätzung erarbeiten werde, um, *falls erforderlich*,¹⁵⁰ ein

¹⁴⁵ Dies mag auf übertragbare Wertpapiere zutreffen, nicht aber auf die anderen in Anhang I, Abschnitt C MiFID II aufgeführten Finanzinstrumente.

¹⁴⁶ Zahlungsdienste sind gemäss Art. 4 Ziff. 3 im Anhang I PSD 2 aufgeführt: Bareinzahlungen, -abhebungen, Debit- und Kreditzahlungen, Ausgabe von Zahlungsinstrumenten, Finanztransfers, Zahlungsauslöse- und Kontoinformationsdienste.

¹⁴⁷ Fungibilität ist dazu nicht ausreichend. Sonst hätten alle massenweise hergestellte Güter einen „financial use“. Die mehr oder wenige objektive Preisbildung ist ebenfalls kein Kriterium, sonst wären etwa (OTC-)Derivate keine Finanzinstrumente; die MiFID II setzt keinen Börsen- oder Marktpreis voraus.

¹⁴⁸ Decentralized Autonomous Organizations: Organisationen, deren Anteile durch Token dargestellt werden und die typischerweise ohne eine Verwaltung bzw. formelle Vertretung auskommen.

¹⁴⁹ Decentralized Finance: „The term generally refers to an open, permissionless, and highly interoperable protocol stack built on public smart contract platforms“ (Schär Fabian, Decentralized Finance: On Blockchain- and Smart Contract-Based Financial Markets, Federal Reserve Bank of St. Louis Review 2/2021, 153 ff., 153).

¹⁵⁰ Hervorhebung hinzugefügt.

eigenes „horizontales Regime“ vorzuschlagen.¹⁵¹ Es bleibt nur zu hoffen, dass die Kommission prüfen wird, ob dieses „dritte Regime“ wirklich erforderlich ist.

5. Würdigung der E-MiCAR

Der europäische Pass und auch die Whitepaperpflicht sind grundsätzlich zu begrüßen. Die Transparenz namentlich über die Person der Emittentin und die Haftung werden für Rechtssicherheit sorgen.¹⁵² Ebenfalls ist nichts dagegen einzuwenden, dass ein Ausweis über E-Geld auch in Form von Kryptowerten ausgegeben werden kann. Zu begrüßen ist auch, dass diese eine Verordnung verglichen mit den für Finanzinstrumente geltenden Erlassen verhältnismässig schlank ausfällt. Nachvollziehbar, wenn auch momentan nicht praktisch relevant, ist auch die Regelung „signifikanter“ wertreferenzierter bzw. E-Geld-Token, da diese eine ähnliche Funktion wie Bargeld übernehmen könnten, allerdings ohne Kontrolle durch eine Zentralbank.

Im Übrigen überzeugt die E-MiCAR nicht.¹⁵³ Statt ein eigenes Regime für wertreferenzierte Token aufzustellen, hätte man u.E. klarstellen sollen, unter welchen Voraussetzungen es sich um ein Finanzinstrument handelt, und auf neue Regulierung verzichten können. Mithin müsste man vor Erlass einer solchen Verordnung die einleitend erwähnten vier Unsicherheiten¹⁵⁴ beseitigen, indem man folgende Fragen beantwortet: Was sind „Kryptowerte“? Welche Ähnlichkeiten haben sie und rechtfertigen diese, sie (grundsätzlich) gemeinsam zu erfassen? Fallen sie (teilweise) unter bestehende Vorschriften; sind es Finanz-

¹⁵¹ „Non-fungible tokens (NFTs), i. e. digital assets representing real objects like art, music and videos, will be excluded from the scope except if they fall under existing crypto-asset categories. Within 18 months the European Commission will be tasked to prepare a comprehensive assessment and, if deemed necessary, a specific, proportionate and horizontal legislative proposal to create a regime for NFTs and address the emerging risks of such new market.“ (<<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/30/digital-finance-agreement-reached-on-european-crypto-assets-regulation-mica/>>).

¹⁵² Ebenso Kuhn (Fn. 121), 264 Rz 38.

¹⁵³ Siehe auch Bürgi/Kremer (Fn. 105), Ziff. 5.

¹⁵⁴ Oben [A](#).

instrumente (und dazu vorfrageweise: Was sind Finanzinstrumente)? Sind sie *in globo* so risikobehaftet, dass man sie einer Aufsicht wie derjenigen über Finanzinstrumente unterstellen sollte?¹⁵⁵

Dies hätte wohl zur Erkenntnis geführt, dass die DLT Gegenstände schafft, die, ähnlich wie Sachen, (zumindest näherungsweise) exklusiv und rivalisierend sind. Daher wäre zuerst einmal das Privatrecht am Zug: Die Berechtigung an Token, ihre Übertragung etc. könnten beispielsweise nach dem Vorbild des liechtensteinischen TVTG¹⁵⁶ geregelt werden.¹⁵⁷

Im Weiteren hätte man auch eingesehen, dass Token (soweit man sie nicht ohnehin als Sachen behandeln will), untereinander ebenso wenig gemeinsam haben wie Sachen, und dass „Krypto-Dienstleistungen“ insgesamt aufsichtsrechtlich erfassen zu wollen, etwa so sinnvoll ist, wie PapierhändlerInnen zu beaufsichtigen, weil man aus Papier Wertpapiere machen kann. Ebenso hätte man berücksichtigt, dass die Regulierung von Wertpapieren nicht davon abhängt, ob sie aus herkömmlichem oder Recycling-Papier oder irgendeinem anderen Trägermedium bestehen. Man kann sich des Eindrucks nicht wehren: Hätte der Verordnungsgeber einen klareren Begriff vom „Finanzinstrument“ gehabt, hätte er die E-MiCAR wohl auf die Whitepaperpflicht und die Vorschriften für signifikante Zahlungstoken beschränkt und ansonsten die ausreichende Regulierung punktuell angepasst und die ESMA Richtlinien und Empfehlungen ausarbeiten lassen.

Für die E-MiCAR wurde die Form der Verordnung gewählt, „um ein einheitliches Regelwerk festzulegen, das im gesamten Binnenmarkt unmittelbar anwendbar ist.“ Zumindest was die in diesem Beitrag behandelte Problematik des Finanzinstruments angeht: Ein „einheitliches Regelwerk“ erreicht man nicht, indem man Unklarheiten über einen bestimmten Begriff in einer Richtlinie in das zu erlassende Regelwerk dadurch importiert, dass man dessen Anwendung von diesem unklaren Begriff abhängig macht.

¹⁵⁵ Auch die Lehre weicht, soweit ersichtlich, diesen Fragen aus. Siehe etwa EU Crowdfunding Regulation - Battaglini/Davico (Fn. 86), 125 Rz 6.47: „Indeed, it is a matter of fact that due to their features and their inner mechanics, the majority of crypto-assets are not subject to the current financial regulatory framework and can potentially raise, among others, challenges in terms of investor protection, market integrity, and financial stability.“

¹⁵⁶ Gesetz vom 3. Oktober 2019 über Token und VT-Dienstleister, Liechtensteinisches Landesgesetzblatt Nr. 301, 2. Dezember 2019. Ob die EU die Kompetenz dazu hätte, steht auf einem anderen Blatt.

¹⁵⁷ Das TVTG legt gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a „den Rechtsrahmen für auf vertrauenswürdigen Technologien beruhende Transaktionssysteme fest und regelt insbesondere die zivilrechtlichen Grundlagen in Bezug auf Token, die Repräsentation von Rechten mittels Token sowie deren Übertragung“.

Laut dem von Brummer/Yadav stipulierten „Innovationstrilemma“ lassen sich von den drei Zielen Rechtssicherheit, Marktintegrität und Innovationsoffenheit *bestenfalls* jeweils nur zwei erreichen.¹⁵⁸ U.E. lässt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, dass die E-MiCAR überhaupt eines dieser Ziele erreicht; die Voraussetzungen, den europäischen Pass zu erlangen, scheinen hierzu zu unklar.

III. Schwarmfinanzierungs-VO

1. Allgemeines

„Schwarmfinanzierung“, besser bekannt als „Crowdfunding“, wird vom EU-Verordnungsgeber beschrieben als „eine zunehmend bedeutsame Art der Vermittlung, bei der ein Schwarmfinanzierungsdienstleister, ohne dabei selbst ein Risiko einzugehen, eine öffentlich zugängliche digitale Plattform betreibt, um eine Zusammenführung potenzieller Anleger oder Kreditgeber mit Unternehmen zu ermöglichen oder zu erleichtern, die sich Finanzmittel beschaffen wollen.“¹⁵⁹ Da durch Schwarmfinanzierung namentlich KMU Mittel verschafft werden könnten, gehöre jene zum Kapitalmarkt, der gemäss Art. 63 AEUV zu harmonisieren ist. Nationale Vorschriften zur Schwarmfinanzierung erschwerten jedoch, diese grenzüberschreitend zu erbringen.¹⁶⁰

Die gemäss Art. 51 auf den 10. November 2021 in Kraft getretene Schwarmfinanzierungs-VO legt gemäss ihrem Art. 1 Abs. 1 „einheitliche Anforderungen an die Erbringung von Schwarmfinanzierungsdienstleistungen, an die Organisation, die Zulassung und die Beaufsichtigung von Schwarmfinanzierungsdienstleistern, an den Betrieb von Schwarmfinanzierungsplattformen sowie an Transparenz und Marketingmitteilungen in Bezug auf die Erbringung von Schwarmfinanzierungsdienstleistungen in der Union“ fest. Die Schwarmfinanzierungsdienstleistungen dürfen gemäss Art. 3 Abs. 1 Schwarmfinanzierungs-VO nur von juristischen Personen, die in der Union niedergelassen sind, erbracht werden. Die – durchaus zahlreichen¹⁶¹ – schweizerischen Crowdfunding-Anbieter müssen daher eine Tochtergesellschaft in der EU gründen, wol-

¹⁵⁸ Brummer Chris/Yadav Yesha, *Fintech and the Innovation Trilemma*, The Georgetown Law Journal 2/2019, 235 ff., 242.

¹⁵⁹ Schwarmfinanzierungs-VO, E. 1.

¹⁶⁰ Schwarmfinanzierungs-VO, E. 3 ff.; siehe zu den Vorschriften Deutschlands, der Niederlande, Frankreichs und Italiens, The EU Crowdfunding Regulation-Ortolani/Louisie (Fn. 86), 3 ff., *passim*, sowie zur Rechtslage im Vereinigten Königreich EU Crowdfunding Regulation-McMeel/Ortolani (Fn. 86), *passim*.

¹⁶¹ Vgl. etwa <<https://blog.swisspeers.ch/crowdfunding-plattformen-schweiz>>.

len sie in der Union tätig werden.¹⁶² Schwarmfinanzierungsdienstleisterinnen sind vom Geltungsbereich der MiFID II ausgenommen (Art. 1 Richtlinie [EU] 2020/1504)¹⁶³.

Als „Schwarmfinanzierung“ im Sinne der Verordnung gilt dabei gemäss deren Art. 2 Abs. 1 lit. a (i) die „Vermittlung von Krediten“; und (ii) „die Platzierung – ohne feste Übernahmeverpflichtung im Sinne des Anhangs I Abschnitt A Nummer 7 der Richtlinie 2014/65/EU – von übertragbaren Wertpapieren und für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassenen Instrumenten, die von Projektträgern oder einer Zweckgesellschaft ausgegeben wurden, sowie die Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen im Sinne von Nummer 1 jenes Abschnitts in Bezug auf diese übertragbaren Wertpapiere und für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassenen Instrumente“. Schwarmfinanzierungsdienstleisterinnen sind die juristischen Personen, die diese Tätigkeit ausüben (Art. 2 Abs. 1 lit. e Schwarmfinanzierungs-VO).

2. Abgrenzung zwischen „Krediten“ von übertragbaren Wertpapieren und den für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassenen Instrumenten

a) Bedeutung der Abgrenzung

Übertragbare Wertpapiere von den „Krediten“ abzugrenzen ist relevant, weil Schwarmfinanzierungsdienstleister gemäss Art. 3 Abs. 4 Unterabs. 2 der Schwarmfinanzierungs-VO nur das Kreditportfolio ihrer Kunden individuell verwalten dürfen.¹⁶⁴ Mit anderen Worten darf ein Portfolio, das übertragbare Wertpapiere oder für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassene Instrumente enthält, nicht individuell verwaltet werden. Im Fall übertragbarer Wertpapiere lässt sich dies ohne Weiteres damit erklären, dass die gewerbsmässige Portfolioverwaltung zur Bewilligungspflicht als Wertpapierfirma nach der MiFID II

¹⁶² Skeptisch dazu EU Crowdfunding Regulation – Ivanova (Fn. 86), 54 Rz 3.11.

¹⁶³ Richtlinie (EU) 2020/1504 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Oktober 2020 zur Änderung der Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente, ABl L 347 vom 20. Oktober 2020, 50.

¹⁶⁴ „Individuelle Verwaltung des Kreditportfolios“ wird in Art. 2 Abs. 1 lit. c Schwarmfinanzierungs-VO definiert als „die Zuweisung eines im Voraus festgelegten Betrags aus Mitteln eines Anlegers, der ein ursprünglicher Kreditgeber ist, durch den Schwarmfinanzierungsdienstleister an ein oder mehrere Schwarmfinanzierungsprojekt(e) auf seiner Schwarmfinanzierungsplattform im Rahmen eines individuellen Mandats des Anlegers, das dieser nach eigenem Ermessen erteilt.“

führt.¹⁶⁵ Dass die Schwarmfinanzierungsdienstleisterin die GmbH-Anteile der AnlegerInnen nicht individuell verwalten darf, ist wohl damit zu erklären, dass man die Relevanz der Abgrenzung zwischen diesen und übertragbaren Wertpapieren gering halten wollte. Dies ergibt sich auch aus Art. 2 Abs. 2 Schwarmfinanzierungs-VO, wonach auch solche GmbH-Anteile, die übertragbare Wertpapiere sind, für die Zwecke dieser Verordnung zulässig sind.

b) Übertragbare Wertpapiere

Übertragbare Wertpapiere sind auch im Rahmen der Schwarmfinanzierungs-VO – mangels einer Definition in derselben – solche gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II (Art. 2 Abs. 1 lit. m Schwarmfinanzierungs-VO).

c) Kredite

Als „Kredit“ im Sinne der Schwarmfinanzierungs-VO gilt laut deren Art. 2 Abs. 1 lit. b „eine Vereinbarung, in deren Rahmen ein Anleger einem Projektträger für einen vereinbarten Zeitraum einen vereinbarten Geldbetrag zur Verfügung stellt und der Projektträger die unbedingte Verpflichtung übernimmt, diesen Betrag zuzüglich der aufgelaufenen Zinsen gemäss dem Ratenzahlungsplan an den Anleger zurückzuzahlen“. Nicht erfasst werden damit grundsätzlich die „donation-“ und „reward-based“¹⁶⁶ – Schwarmfinanzierungen, da diesen die „Investmentperspektive“ fehlt. Ebenfalls nicht erfasst werden zinslose Darlehen.¹⁶⁷

Diese „übertragbaren Kredite“ müssen sich nun von „Schuldverschreibungen oder anderen verbrieften Schuldtiteln“ als übertragbares Wertpapier gemäss Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 lit. b MiFID II unterscheiden. Relevant ist in diesem Zusammenhang, dass Schwarmfinanzierungsdienstleister gemäss Art. 25 Abs. 1 Schwarmfinanzierungs-VO ein Forum betreiben dürfen, auf dem Kunden ihr Interesse am Kauf und Verkauf von Krediten anzeigen können. Daraus folgt,

¹⁶⁵ Anhang I Abschnitt A Abs. 4, Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2, Anhang I Abschnitt C Abs. 1 MiFID II.

¹⁶⁶ „Donation-based“ ist die Schwarmfinanzierung bei einer reinen Spende; „reward-based“, wenn zwar eine Gegenleistung vereinbart wird, aber kein Synallagma besteht (Quarch Benedikt, Die Europäische Regulierung des Crowdlendings, Diss. Wiesbaden 2019, Tübingen 2020, 8 f., mit umfangreichen weiteren Hinweisen).

¹⁶⁷ Macchiavello Eugenia, The European Crowdfunding Service Providers Regulation: The Future of Marketplace Lending and Investing in Europe and the „Crowdfunding Nature“ Dilemma, European Business Law Review 2021, 557 ff., 564.

dass vom Kreditbegriff mindestens auch solche Kredite erfasst werden, die in irgendeiner Weise bzw. über ein solches Forum „übertragbar“ sind, ohne dass sie dies allein zu übertragbaren Wertpapieren macht.

Nach allgemeinem Verständnis ist eine Schuldverschreibung (in der Schweiz meist „Obligation“ oder „Anleiheobligation“ genannt) „ein in Teilbeträge aufgeteiltes Grossdarlehen auf einheitlicher Rechtsgrundlage (Zinssatz, Ausgabepreis, Laufzeit, Zeichnungsfrist und Liberierungsdatum). Gestützt auf die einheitlichen Anleihebedingungen schliesst der Anleihenehmer eine Serie von parallelen und miteinander verbundenen Einzelverträgen ab.“¹⁶⁸ Dies entspricht in etwa der „Fungibilität“ des übertragbaren Wertpapiers.¹⁶⁹ Diese Voraussetzungen sind jedenfalls dann nicht gegeben, wenn eine Projektträgerin sich nur gegenüber einem Gläubiger bzw. einer Gläubigerin verpflichtet. Dies ist aber offensichtlich nicht im Sinne der Schwarmfinanzierung.

Auch sieht die Schwarmfinanzierungs-VO vor, dass die Schwarmfinanzierungsdienstleisterinnen die „Preise“ für die jeweiligen Schwarmfinanzierungsangebote festlegen können, wobei sie das Kreditrisiko prüfen.¹⁷⁰ Das Kreditrisiko bezieht sich gemäss Art. 4 Abs. 4 Schwarmfinanzierungs-VO auf das Projekt und den Projektträger; folglich müsste der Preis unabhängig vom jeweiligen Anleger bzw. der Anlegerin, d.h. *einheitlich*, bestimmt werden.¹⁷¹

Es gelingt daher nicht, den Kredit gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b Schwarmfinanzierungs-VO vom übertragbaren Wertpapier i.S.d Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 lit. b MiFID II funktional abzugrenzen. Letztlich scheint es daher auf die Wertpapiereigenschaft bzw. die Übertragbarkeit anzukommen, wobei sich diese mangels Definition in der MiFID II oder einem anderen Unionserlass auch hier nach nationalem Recht bzw. der nationalen Praxis richtet.

¹⁶⁸ Meier-Hayoz Arthur/von der Crone Hans Caspar, Wertpapierrecht, 3. A., Bern 2018, 274 Rz 1084; näher zu diesen Merkmalen Daeniker Daniel, Anlegerschutz bei Obligationenanleihen, Diss. Zürich 1992, Zürich 1992, 21 f.; einheitliche Anleihebedingungen scheinen entgegen dem insoweit irreführenden Wortlaut auch von Art. 1157 OR gefordert zu werden (vgl. dazu Reutter Thomas U./Steinmann Christian, in: Honsel Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Wertpapierrecht, Basel 2012, Rz 1 zu Art. 1157 OR; vgl. auch Fabozzi/Peterson Drake (Fn. 136), 419.

¹⁶⁹ Oben [C.I.3.](#)

¹⁷⁰ Art. 4 Abs. 4 Schwarmfinanzierungs-VO.

¹⁷¹ Ähnlich Crowdfunding Regulation-Hakvoort (Fn. 86), 282 Rz 13.50

3. Für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassene Instrumente

Nota bene wurden GmbH-Anteile in die Schwarmfinanzierungs-VO miteinbezogen, weil sich der Verordnungsgeber anscheinend erhoffte, dadurch Kredite an KMU zu fördern,¹⁷² und wegen der unter den Mitgliedstaaten nicht einheitlichen Behandlung von GmbH-Anteilen als übertragbare Wertpapiere.¹⁷³ Mit anderen Worten wollte der Verordnungsgeber ein neues Gleichgewicht zwischen den konfligierenden Zielen der Kapitalmarktregulierung – Anleger-schutz und effiziente Kapitalallokation – austarieren.¹⁷⁴

„Für Schwarmfinanzierung zugelassene Instrumente“ werden für die Zwecke der Schwarmfinanzierungs-VO nicht anders als übertragbare Wertpapier behandelt. Es fragt sich jedoch, ob aus deren begrifflicher Unterscheidung etwas zum besseren Verständnis des Finanzinstruments bzw. des übertragbaren Wertpapiers gewonnen werden kann.

Es handelt sich gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. n Schwarmfinanzierungs-VO „in Bezug auf jeden Mitgliedstaat“ um GmbH-Anteile, „die keinen Beschränkungen unterliegen, durch die eine Übertragung der Anteile effektiv verhindert würde, einschliesslich Beschränkungen der Art und Weise, wie diese Anteile öffentlich angeboten oder beworben werden dürfen.“ Diese Beschränkungen liegen etwa unter Schweizer Recht darin, dass GmbH-Anteile gemäss Art. 784 Abs. 1 OR nur als Beweisurkunde oder Namenpapier errichtet werden dürfen;¹⁷⁵ weiter sind die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zur Abtretung von Stammanteilen (Art. 786 Abs. 1 OR), die Selbstorganschaft (Art. 809 Abs. 1 OR), Nachschusspflichten (Art. 795 ff. OR) sowie Treuepflicht und Konkurrenzverbot

¹⁷² Schwarmfinanzierungs-VO, E. 1.; siehe dazu auch EU Crowdfunding Regulation-Macchiavello (Fn. 86), 26 Rz 02 ff.

¹⁷³ Macchiavello (Fn. 170), 566, mit weiteren Hinweisen.

¹⁷⁴ Schuster Mark, Die Regulierung von Investment Crowdfunding in den USA, Diss. Augsburg 2018, Baden-Baden 2018, 44 f., zu einer ähnlichen Initiative in den USA, dem Jumpstart Our Business Startups Act, 15 U.S.C. § 301-305 (2012; die § 301-305 beziehen sich auf Crowdfunding).

¹⁷⁵ Dem Namenpapier fehlt die wertpapierrechtliche Legitimationsfunktion; Vorweisung des Papiers ist nur notwendig, damit die verpflichtete Person leisten muss und die berechnigte die Leistung fordern kann, nicht aber hinreichend. Zudem fehlt es an der Verkehrsschutzfunktion, da Namenpapiere nicht gutgläubig erworben werden können (zum Namenpapier Meier-Hayoz/von der Crone [Fn. 171], 32 ff.).

(Art. 803) zu nennen. Die GmbH, deren Anteile gehandelt werden dürfen, müssen allerdings ohnehin nach dem Recht eines Mitgliedstaats inkorporiert sein.¹⁷⁶

Diese Definition eignet sich u.E. jedoch nicht dazu, den Begriff des übertragbaren Wertpapiers bzw. des Finanzinstruments nach der MiFID II besser zu konturieren. Der bereits erwähnte Art. 2 Abs. 2 Schwarmfinanzierungs-VO stellt klar, dass ein übertragbares Wertpapier auch ein für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassenes Instrument sein kann. Insbesondere kann nichts aus dem Zusatz „einschliesslich Beschränkungen der Art und Weise, wie diese Anteile öffentlich angeboten oder beworben werden dürfen“ abgeleitet werden, da sich dies für übertragbare Wertpapiere von selbst versteht.¹⁷⁷ Ebenfalls nichts lässt sich aus E. 14 Schwarmfinanzierungs-VO ableiten, wonach für bestimmte für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassene Instrumente in einigen Mitgliedstaaten nationales Recht gilt, das „ihre Übertragbarkeit regelt“, wie beispielsweise die notarielle Beurkundung der Übertragung, diese Verordnung jedoch unbeschadet dieses nationalen Rechts gelten soll: Damit ist nichts Handfestes darüber gesagt, ob diese Beschränkungen umgekehrt der „Übertragbarkeit“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II schaden. Immerhin ist diese Erwägung – bzw., dass sie für nötig befunden wurde – ein (schwacher) Hinweis, dass ein solches notarielles Beurkundungserfordernis der Qualifikation als übertragbares Wertpapier schaden könnte.

Klar besagt diese Regelung nur, dass ein Instrument, das unter nationalem Recht allein deshalb nicht als übertragbares Wertpapier gilt, weil es ein GmbH-Anteil ist, aber in Bezug auf die eigentliche Übertragbarkeit keine Unterschiede bestehen, ein für Schwarmfinanzierungszwecke zugelassenes Instrument ist. Damit hat der Verordnungsgeber – wohl ungewollt –, indem er zugleich zwischen der Übertragbarkeit nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 MiFID II und Art. 2 Abs. 1 lit. n Schwarmfinanzierungs-VO nicht klar unterschied, solche mitgliedstaatlichen Regelungen, welche die Qualifikation als übertragbares Wertpapier allein an der GmbH-Rechtsform scheitern lassen, bestätigt. Damit wird die von Art. 63 AEUV eigentlich unerwünschte uneinheitliche Rechtsanwendung zum Rechtssatz erhoben. Im Übrigen bleibt unklar, wie der EU-Verordnungsgeber annehmen konnte, er werde das fragmentierte Verständnis

¹⁷⁶ Dies ergibt sich auch aus E. 13 Schwarmfinanzierungs-VO: „Die Anteile bestimmter Gesellschaften mit beschränkter Haftung, dienach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten gegründet wurden, sind an den Kapitalmärkten ebenfalls frei übertragbar“.

¹⁷⁷ Der Zusatz erscheint zudem wenig sachgerecht, soll die Schwarmfinanzierungs-VO doch gerade denjenigen KMU Kapital verschaffen, denen der Kapitalmarkt wegen eben solcher Beschränkungen nicht offensteht.

der „Übertragbarkeit“ von Wertpapieren dadurch umgehen, indem er ebenfalls nicht regelte, was er unter der „Übertragbarkeit“ von GmbH-Anteilen versteht.¹⁷⁸

4. Fazit zur Schwarmfinanzierungs-VO

Anders als die Emittentinnen von Kryptowerten sind Schwarmfinanzierungsdienstleisterinnen explizit nicht der MiFID II unterstellt. Die unklare Abgrenzung des „Kredits“ i.S.d. Art. 2 Abs. 1 lit. b Schwarmfinanzierungs-VO vom übertragbaren Wertpapier nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 lit. b MiFID II wird jedoch zur Folge haben, dass die NCAs insoweit auf nationales Recht oder die nationale Praxis abstellen müssen, oder die Schwarmfinanzierungsdienstleisterinnen darauf verzichten, die individuelle Kreditportfolioverwaltung anzubieten, um nicht unter beide Regulierungen zu fallen. Zudem scheint die Schwarmfinanzierungs-VO solche mitgliedstaatlichen Regelungen, die GmbH-Anteile unabhängig von funktionalen Gesichtspunkten absprechen, übertragbares Wertpapier zu sein, zu bestätigen. Im Übrigen erfasst die Schwarmfinanzierungs-VO gemäss ihrem Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbraucherInnen als ProjektträgerInnen nicht, was kritisiert wurde, insbesondere, da gerade diese häufiger als gewerbsmässig tätige Personen grenzüberschreitend per Crowdfunding finanziert werden.¹⁷⁹ Es gelten somit für die SchwarmfinanzierungsdienstleisterInnen, je nach ProjektträgerIn, entweder nationale oder EU-Vorschriften. Unabhängig von legitimen Subsidiaritätsgesichtspunkten scheint auch diese Verordnung mehr Komplexität zu schaffen.

IV. DLT-Pilotregelung

Zuletzt sei die sog. DLT-(Distributed-Ledger-Technology)-Pilotregelung erläutert. Die DLT-Pilotregelung will für solche Kryptowerte,¹⁸⁰ die als Finanz-

¹⁷⁸ Skeptisch zur fehlenden Klarheit der MiFID II bzw. des „Finanzinstruments“ auch Ferrarini Guido/Macchiavello Eugenia, Investment-Based Crowdfunding, in: Busch Danny / Ferrarini Guido (Hrsg.), Regulation of the EU Financial Markets, Oxford 2017, 659 ff., 683 Rz 23.39: „Moreover, MiFID II has failed to either clarify or adapt some of the concepts that have an impact on investment-based crowdfunding, such as the definition of financial instrument and the different categories of investment services subject to MiFID.“

¹⁷⁹ EU Crowdfunding Regulation - Ebers/Quarch (Fn. 86), 88 Rz 5.20 ff.; den „regulatorischen Flickenteppich“ kritisiert auch Rennig (Fn. 68), 285.

¹⁸⁰ Die DLT-Pilotregelung definiert den Begriff nicht. Art. 3 Abs. 1 Ziff. 2 E-MiCAR enthält jedoch folgende Definition: „eine digitale Darstellung von Werten oder Rechten, die unter Verwendung der Distributed-Ledger-Technologie oder einer ähnlichen Technologie elektronisch übertragen und gespeichert werden können.“

instrumente der MiFID II unterstehen,¹⁸¹ unter gewissen Voraussetzungen ein Sonderregime schaffen. Auch die DLT-Pilotregelung definiert wegen ihres akzessorischen Charakters diesen Begriff nicht und stellt insoweit auf die MiFID II ab.

Der Erlass der DLT-Pilotregelung wird damit begründet, dass die für Finanzinstrumente geltenden Vorschriften potenziell ausschliessen, bei Emission, Handel und Abwicklung die DLT einzusetzen. Ein (regulierter) Sekundärmarkt für Kryptowerte könne aber zahlreiche Vorteile mit sich bringen, wie z.B. höhere Effizienz, grössere Transparenz und mehr Wettbewerb bei Handels- und Abwicklungstätigkeiten.¹⁸² Gleichzeitig bestünden gewisse aufsichtsrechtliche Lücken; so gebe es keine besonderen Transparenz-, Zuverlässigkeits- oder Sicherheitsanforderungen für die Protokolle und „Smart Contracts“. Die mit der DLT (bspw. in punkto Interoperabilität und Fragmentierung) verbundenen Risiken und die derzeit noch geringe Verbreitung rechtfertigten aber nicht, die Unionsvorschriften über Finanzdienstleistungen grundlegend zu ändern.¹⁸³

Mit der DLT-Pilotregelung sollten daher bestimmte DLT-Marktinfrastrukturen vorübergehend von einigen Vorschriften befreit werden, soweit die AnlegerInnen weiterhin wirksam geschützt sind. Daraus sollten Erfahrungen für eine allfällige umfassende Anpassung des Rechtsrahmens gewonnen werden.¹⁸⁴

D. Relevanz für die Schweiz

I. Finanzmarktrecht

1. E-MiCAR

Es gibt grundsätzlich kein die behandelten Aspekte umfassendes Finanzdienstleistungsabkommen zwischen der Schweiz und der EU.¹⁸⁵ Daher müssen schweizerische Dienstleister, die in der Union die von den beschriebenen Er-

¹⁸¹ Namentlich die in E. 2 der DLT-Pilotregelung Genannten.

¹⁸² DLT-Pilotregelung, E. 4.

¹⁸³ DLT-Pilotregelung, E. 5 f.

¹⁸⁴ DLT-Pilotregelung, E. 6.

¹⁸⁵ Wess (Fn. 117), 18 Rz 22; mit einem solchen ist laut Schären Simon/Jutzi Thomas, Viele Wege führen nach Brüssel: europakompatibles Finanzmarktrecht im Zeichen des Marktzugangs, recht 2020, 235 ff., 241, in näherer Zukunft auch nicht zu rechnen.

lassen erfassten Tätigkeiten ausüben wollen, diese einhalten, soweit nicht mit einzelnen Mitgliedstaaten Marktzugangsverträge bestehen.¹⁸⁶

Soweit solche Verträge nicht abgeschlossen sind, besteht der bedeutendste Weg für schweizerische Dienstleister zum EU-Finanzmarkt an dessen einzelnen Regeln vorbei in der Anerkennung durch die EU, dass die schweizerische der EU-Regulierung „äquivalent“ ist¹⁸⁷ und auch durchgesetzt wird.¹⁸⁸

Diese Anerkennung stützt sich auf einzelne Normen in den jeweiligen (sekundärrechtlichen) Erlassen und wird (daher) meist nur für einen Sektor erteilt (z.B. Kollektivanlagenrecht).¹⁸⁹ Die Anerkennung ist ein nicht justiziables Ermessensentscheid der EU-Kommission.¹⁹⁰

Die E-MiCAR enthält keine Äquivalenzregelung. Allerdings wird die EU-Kommission durch Art. 122 E-MiCAR verpflichtet, bis 36 Monate nach Inkrafttreten der Verordnung dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht über die Anwendung dieser Verordnung vorzulegen. Dabei muss sie gemäss Art. 122 Abs. 2 lit. k E-MiCAR auch darauf eingehen, ob für Krypto-Dienstleisterinnen, Emittentinnen wertreferenzierter und von E-Geld-Token eine Gleichwertigkeitsregelung eingeführt werden soll.

Die EU-Kommission wird sich dabei jeweils hauptsächlich von den Zielen der E-MiCAR und der Schwarmfinanzierungs-VO, denen eine Drittstaatenregulierung äquivalent sein muss, leiten lassen. Im Weiteren auch von „factors such as the size of the relevant market, the importance for the functioning of the in-

¹⁸⁶ Soweit das Marktort- oder Auswirkungsprinzip anwendbar ist: Jutzi/Schären (Fn. 65), 415; vgl. auch Wess (Fn. 117), 34 Rz 40.

¹⁸⁷ Schweizerischer Bundesrat, Weltweit führend, verankert in der Schweiz: Politik für einen zukunftsfähigen Finanzplatz Schweiz, 4. Dezember 2020, 8. Konzise zum Äquivalenzprinzip Jutzi/Schären (Fn. 65), 416 ff.; vgl. zu den Kriterien der Äquivalenz nach MiFID II und MiFIR auch Jutzi Thomas, Bericht zur grenzüberschreitenden Vermögensverwaltung in Deutschland, Italien und Frankreich, 4. Mai 2022, abrufbar unter <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/nsb-news_list/berichte.html>, 15 ff. Es gibt auch andere Marktzugangsmechanismen, vgl. Jutzi/Schären (Fn. 65), 417 f.

¹⁸⁸ Jutzi (Fn. 190, 18 f.); die Prüfung der Drittstaatenordnung sei daher ergebnisorientiert (Wess [Fn. 117], 435 Rz 730).

¹⁸⁹ Schären/Jutzi (Fn. 188), 236. Vgl. zum Anwendungsbereich dieses Prinzips Lehmann Matthias / Zetsche Dirk, Drittstaaten im Finanzmarktrecht – Überlegungen zum Brexit, in: Zetsche Dirk A. / Lehmann Matthias (Hrsg.), Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen, Tübingen 2018, 82 Rz 14 ff. Ein Beispiel ist Art. 30 Abs. 4 MiFID II: „Die Mitgliedstaaten können Rechtspersönlichkeiten von Drittländern, die den in Absatz 2 genannten Kategorien von Rechtspersönlichkeiten gleichwertig sind, als zulässige Gegenparteien anerkennen.“

¹⁹⁰ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document – EU equivalence decisions in financial services policy: an assessment, 27. Februar 2017, SWD (2017) 102 final, 9.

ternal market, the interconnectedness between the markets of the third country and the EU, or the risks of circumvention of EU rules may play a role. The Commission also needs to factor in wider external policy priorities and concerns in particular with respect to the promotion of common values and shared regulatory objectives at international level.”¹⁹¹ Ammann kommt nach seiner umfangreichen Untersuchung in Bezug auf MiFID II und MiFIR zum Schluss, dass die materiell-rechtliche Gleichwertigkeit nicht entscheidend sei, der Äquivalenzbeschluss vielmehr von einem politischen „Kuhhandel“ abhängen werde.¹⁹²

Unbesehen des EU-Marktzugangs ist die Schweizer Regulierung aus unserer Sicht grundsätzlich ausreichend, wobei allerdings über eine Whitepaperpflicht auch für inländische Sachverhalte diskutiert werden könnte. Eine solche wäre allerdings für die Gleichwertigkeit nicht beachtlich bzw. wird von Art. 122 Abs. 2 lit. k E-MiCAR nicht erfasst, da Emittentinnen anderer als wertreferenzierter und E-Geld-Token bereits ab Erlass der MiCAR Marktzugang haben werden.¹⁹³ Die Schweizer Behörden werden daher vor dem Problem stehen, dass sie den hiesigen Standort ähnlich überschüssend regulieren, oder Schweizer Anbieterinnen zwingen müssen, in der EU mindestens eine Tochtergesellschaft zu gründen. Für ein Urteil ist es zu früh. An dieser Stelle ist auch zu bemerken, dass die „Äquivalenzstrategie“ aus verschiedenen Gründen bisher nicht die gewünschten Ergebnisse geliefert hat.¹⁹⁴

2. Schwarmfinanzierungs-VO

Vor dem 10. November 2023 wird die EU-Kommission gemäss Art. 45 Abs. 2 lit. q Schwarmfinanzierungs-VO auch einen Bericht vorlegen müssen, in dem sie bewertet, ob es angemessen ist, in Drittländern niedergelassene Unternehmen nach dieser Verordnung als Schwarmfinanzierungsdienstleister zuzulassen. Mithin handelt es sich dabei nicht um einen „Äquivalenztatbestand“. Die Bestimmung lässt offen, ob auch Anteile schweizerischer GmbH für Schwarmfinanzierungszwecke nach der Verordnung zulässig sein werden.

¹⁹¹ SWD (2017) 102 final, 9. Siehe auch Art. 47 MiFIR zu den Anforderungen an einen Gleichwertigkeitsbeschluss im Rahmen der MiFIR, der MiFID II und der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG Text von Bedeutung für den EWR, ABL L 176 vom 27. Juni 2013, 338.

¹⁹² Ammann (Fn. 121), 607 Rz 1668.

¹⁹³ Oben [C.II.2.](#)

¹⁹⁴ Schären/Jutzi (Fn 188), 242 ff.; Wess (Fn. 117), 432 Rz 725 ff.

II. Privatrecht

Schliesslich können sich aus der E-MiCAR und der Schwarmfinanzierungs-VO privatrechtliche Pflichten ergeben. Dem europäischen Finanzmarktrecht wird immer mehr (privatrechtlich-)verbraucherschützender Charakter zugesprochen.¹⁹⁵ Das vertragliche Verbraucherschutzrecht, kodifiziert in Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (sog. Rom-I-Verordnung),¹⁹⁶ ist zugunsten des Verbrauchers bzw. der Verbraucherin einseitig zwingend.¹⁹⁷ Auch der Gerichtsstand am Wohnsitz des Verbrauchers ist einseitig zwingend (Art. 15 ff. LugÜ¹⁹⁸).¹⁹⁹

Beide Erlasse scheinen grundsätzlich stark auf Verbraucherschutz ausgelegt zu sein. Beispielsweise handelt es sich bei der Whitepaperpflicht und der damit verbundenen Haftungsregelung u.E. um Verbraucherschutzrecht.²⁰⁰ Die privat- bzw. verbraucherschutzrechtlichen Aspekte der behandelten Erlasse wären jedoch einer eigenen Untersuchung wert.

E. Fazit

Die vorstehende Abhandlung hat gezeigt, dass der Begriff des Finanzinstruments unter der MiFID II von den Mitgliedstaaten nicht einheitlich ausgelegt wird. Während dies an sich politisch gewollt sein mag, wird die zentrale Bedeutung dieses Begriffs auch in der E-MiCAR, der DLT-Pilotregelung und der Schwarmfinanzierungs-VO zu – diesfalls ungewünschter – uneinheitlicher Rechtsanwendung führen.²⁰¹ Selbst dieser kleine Ausschnitt der EU-Regulierung scheint damit die Meinung Klamerts zu bestätigen, dass Auswirkungen und Verhältnis von Regulierungskonzepten (wie Herkunftslandprinzip, gegen-

¹⁹⁵ Wess (Fn. 117), 23 Rz 27.

¹⁹⁶ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177 vom 4. Juli 2008, 6.

¹⁹⁷ Vgl. zu dieser Verordnung auch Wess (Fn. 117), 29 Rz 32 ff.

¹⁹⁸ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12).

¹⁹⁹ Dazu Ammann (Fn. 121), 122 Rz 317 ff.

²⁰⁰ Vgl. etwa auch explizit Art. 1 lit. d E-MiCAR.

²⁰¹ Allgemein zu „Anpassungsschwierigkeiten“, die sich aus einem vollharmonisierenden europäischen Rechtsakt in das jeweilige nationale Recht ergeben: Muhr (Fn. 64), 86 f.

seitige Anerkennung, Voll- und Mindestharmonisierung) oft unklar bleiben.²⁰² Es ist zu vermuten, dass das (mangelhafte) Zusammenspiel von Mindest- und Vollharmonisierung zu weiteren Verwerfungen führen wird.

Die E-MiCAR wird durch die unklare Abgrenzung von wertreferenzierten Token zu Finanzinstrumenten und voraussichtlich auch durch die Zulassungspflicht von Dienstleistungen im Zusammenhang mit Token, die zwar keine Finanzinstrumente sind, aber doch irgendeinen „financial use“ haben bzw. keine NFTs sind, nicht nur für Rechtsunsicherheit sorgen. Soweit sie nicht risikoadäquate Vorschriften aufstellt, verletzt sie auch Marktintegrität und Technologieneutralität. Dasselbe gilt, wenn Schwarmfinanzierungsdienstleister „Kredite“ verwalten dürfen, die alle Merkmale einer Schuldverschreibung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Ziff. 44 lit. b MiFID II aufweisen – bis auf die Tatsache, dass das nationale Recht nicht von einem Wertpapier ausgeht.

Ebenfalls erforderlich ist daher u.E. eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage, was Finanzinstrumente sind und inwiefern sie sich von anderen Vermögensgegenständen in Bezug auf das (potenziell regulierungswürdige) Risiko für AnlegerInnen und die Finanzstabilität unterscheiden.

²⁰² Klamert Marcus, Altes und Neues zur Harmonisierung im Binnenmarkt, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, 265 ff., 265.

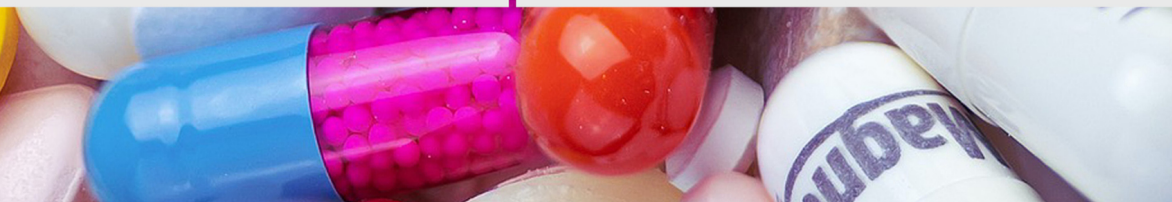


EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
10 | 2022

LEITARTIKEL:

Claudia Seitz
Schutz der Gesundheit in der Europäischen Gesundheitsunion: Ist die Europäische Union auf zukünftige grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren vorbereitet?



Schutz der Gesundheit in der Europäischen Gesundheitsunion

Ist die Europäische Union auf zukünftige grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren vorbereitet?

Claudia Seitz*

Inhalt

A.	Einleitung	L 2
B.	Gesundheitsschutz auf der Ebene der EU	L 5
I.	Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus	L 5
1.	Unterschiede der Gesundheitspolitik in der EU und gemeinsame Werte	L 5
2.	Entstehung einer Europäischen Gesundheitspolitik	L 6
3.	Hohes Gesundheitsschutzniveau bei EU-Politiken und Massnahmen	L 8
II.	Kompetenzen im Bereich Gesundheitspolitik	L 9
1.	Allgemeine Grundsätze der Kompetenzzuweisung an die EU	L 9
2.	Kompetenzen der EU im Bereich Gesundheitspolitik	L 10
3.	Kompetenzen der EU-Mitgliedstaaten im Bereich Gesundheitspolitik	L 12
C.	Covid 19-Pandemie	L 15
I.	EU-Gesundheitsschutz während der Covid 19-Pandemie	L 15
II.	Gesundheitssicherheitsausschuss (HSC)	L 16
III.	Europäisches Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC)	L 18
IV.	Covid 19 und der Gesundheitsschutz in der EU	L 20
D.	Europäische Gesundheitsunion	L 20
I.	Hintergrund und Ziele	L 20
II.	Koordinierungsmassnahmen	L 23
III.	Vorsorge- und Reaktionsplanung	L 24
IV.	EU-Behörde für Krisenvorsorge und -reaktion (HERA)	L 24
V.	Bewertung der Europäischen Gesundheitsunion	L 26

* Prof. Dr. iur. Claudia Seitz, M.A. (London), Rechtsanwältin, Gastprofessorin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Gent sowie Lehrbeauftragte an den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Basel und Bonn sowie an der Privaten Universität in Liechtenstein (UFL).

E.	Weitere EU-Kompetenzen nach Covid 19?	L 27
I.	Ausgangspunkt der Überlegung	L 27
II.	Kompetenzen und indirekte Gesetzgebung	L 28
III.	Argumente für eine Kompetenzerweiterung	L 29
IV.	Lösungsansatz	L 31
F.	Ergebnis und Würdigung	L 32

A. Einleitung

Covid 19 veränderte das Leben des Einzelnen sowie der Gesellschaft während der Pandemie in einem bislang noch nicht gekannten Umfang.¹ Neben zahlreichen Einschränkungen des Einzelnen in seinen fundamentalen Grundrechten und der Rechtfertigung dieser Einschränkungen durch Gründe, welche vornehmlich auf dem Gedanken der Solidarität gegenüber vulnerablen Teilen der Gesellschaft beruhten, führte die Pandemie nicht nur zu weitgehenden Folgen für den Einzelnen, sondern auch zu grundsätzlichen Veränderungen auf gesellschaftlicher Ebene. Neben der Macht der Exekutive innerhalb des Staates, gerechtfertigt durch Notmassnahmen, offenbarte sich auf europäischer Ebene das Gefüge zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten während einer globalen Gesundheitskrise am Beispiel der Covid 19-Pandemie. Dieses Gefüge war grösstenteils durch nationalstaatliche Massnahmen der EU-Mitgliedstaaten zum Schutz der (nationalen) öffentlichen Gesundheit geprägt und offenbarte teilweise die Machtlosigkeit der EU in verschiedenen Bereichen des Gesundheitsschutzes, welche durch das bestehende Kompetenzgefüge zwischen der EU und den EU-Mitgliedstaaten bedingt war.

Wie grundlegend und anhaltend diese Entwicklungen sind, kann noch nicht abschliessend bewertet werden. Dennoch kann die Covid 19-Pandemie, welche bereits zu Pandemiebeginn als „Jahrhundertereignis“ bezeichnet wurde,²

¹ Covid 19 (*corona virus disease 19*) bezeichnet eine neue und bislang unbekannten Infektionskrankheit, welche sich von anderen durch Coronaviren verursachten Krankheiten, wie SARS und MERS, deutlich unterscheidet, da sich das Virus schnell ausbreitet und Ausbrüche exponentiell zunehmen. Es wird darauf hingewiesen, dass die Schreibweise nicht einheitlich ist und teilweise z.B. Covid-19, Covid 19 oder COVID 19 auch in amtlichen Dokumenten verwendet wird. Aus Gründen der einheitlichen Verwendung wird hier der Begriff „Covid 19“ mit Ausnahme von Wortzitaten verwendet. Zu Hintergrund und Eigenschaften des Coronavirus vgl. Vogel, Patric U.B., COVID-19: Suche nach einem Impfstoff, Wiesbaden 2021, 1 ff.

² So Iskan, Stefan, Es ist ernst. Nehmen Sie es auch ernst!, in: Iskan, Stefan (Hrsg.), Corona in Deutschland – Die Folgen für Wirtschaft, Gesellschaft und Politik, Stuttgart 2020, 1 ff.; Siegenthaler, Peter/Schwaar, Karl, Corona-Schulden: den Handlungsspielraum zurückgewinnen, Gastkommentar, NZZ vom 17. Juni 2020.

aufgrund ihrer weitreichenden Bedeutung für den Schutz von Leben und Gesundheit³ und den sich aus den erforderlichen Schutzmassnahmen ergebenden sozioökonomischen Folgen⁴ als Zäsur in verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen betrachtet werden, welche auch (Neu-)Überlegungen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit bei zukünftigen Pandemien erforderlich werden lassen. Vor diesem Hintergrund wirft die Covid 19-Pandemie tradierte Fragen des Gesundheitsschutzes – aufgrund ihrer weltweiten Bedeutung mit weitreichenden Konsequenzen für fast alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens – vor einem globalen Hintergrund neu auf und stellt sie in einen breiteren Kontext.⁵

Auf europäischer Ebene stellen sich im Hinblick auf den Gesundheitsschutz insbesondere die Fragen, ob die EU und die EU-Mitgliedstaaten auf zukünftige grenzüberschreitende Gesundheitskrisen hinreichend vorbereitet sind und den Schutz der Gesundheit der Unionsbürgerinnen und -bürger ausreichend gewährleisten können. In diesem Kontext können im Licht der Erfahrungen mit der Covid 19-Pandemie weitere Fragen gestellt werden, so insbesondere ob die Massnahmen auf Unionsebene während der Covid 19-Pandemie ausreichend und angemessen waren, ob weitere Massnahmen zum Gesundheits-

³ Zu den Auswirkungen der Covid 19-Pandemie, die mehr als nur ein weltweiter Notstand und eine internationale Gesundheitskrise bedeuten, vgl. Vereinte Nationen, *Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to the socio-economic impacts of COVID-19*, Geneva 2020, 8 ff.

⁴ Zu den sozioökonomischen Folgen der Covid 19-Pandemie vgl. Bergmann, Manfred Max, *The World after COVID*, World 2020, 1, 45; Iskan, Stefan/Iskan, Pelin, „The Great Lock-down“: Von der globalen Gesundheitskrise in die Rezession, in: Iskan, Stefan (Hrsg.), *Corona in Deutschland: Die Folgen für Wirtschaft, Gesellschaft und Politik*, Stuttgart 2020, 58 ff.; Mögele, Rudolf, *Die EU und COVID-19: Befugnisse und Initiativen*, EuZW 2020, 297 ff.; Repasi, René, *Europäische Solidarität in der Wirtschaftskrise nach der Pandemie*, EuZW 2020, 345 ff.; Seitz, Claudia/Berne, André S., *Die Panazee gegen Covid-19: Das EU-Beihilferecht: Staatliche Unterstützungsmassnahmen und der Befristete Beihilferahmen der EU-Kommission*, EuZW 2020, 591 ff.

⁵ Zu den angeordneten Freiheitsbeschränkungen aufgrund der Covid 19-Pandemie und Fragen eines allgemeineren Verfassungsdiskurses vgl. Hase, Friedhelm, *Verfassungsrechtswissenschaft in der Corona-Krise: worauf kommt es an?*, JZ 2020, 1107 ff.; ders., *Corona-Krise und Verfassungsdiskurs*, JZ 2020, 697 ff.; Heinig, Hans Michael/Kingreen, Thorsten/Lepsius, Oliver/Möller, Christoph/Volkman, Uwe/Wißmann, Hinnerk, *Why Constitution Matters: Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise*, JZ 2020, 861 ff.; Kersten, Jens/Rixen, Stephan, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. Aufl., München 2021, 45 ff. Zur demokratischen Legitimation von staatlichen Massnahmen im Pandemiefall vgl. Klafki, Anika, *Risiko und Recht: Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien*, Tübingen 2017, 215 ff.

schutz auf Unionsebene hätten getroffen werden sollen und ob das Kompetenzgefüge zwischen der EU und den EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren, insbesondere bei Pandemien, neu überdacht werden sollte. Zu den bereits von der EU-Kommission während der Covid 19-Pandemie angestossenen Initiativen und Massnahmen stellten sich des Weiteren die Fragen, ob die Europäische Gesundheitsunion mit ihrer Funktion und ihren Aufgaben sowie der Errichtung einer neuen Behörde eine hinreichende Antwort auf zukünftige grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren in der EU darstellt oder ob nicht vielmehr noch – zusätzlich zu diesen Massnahmen – das bestehende Kompetenzgefüge überdacht werden sollte – dies zumindest im Hinblick auf Pandemien, welche eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite begründen können.

Diesen Fragen soll der nachfolgende Beitrag nachgehen und sie in einen breiteren Kontext stellen. Dazu soll zunächst das gegenwärtige Kompetenzgefüge zwischen der EU und den EU-Mitgliedstaaten zum Schutz der öffentlichen Gesundheit der Unionsbürgerinnen und -bürger analysiert und dargestellt werden ([B.](#)), in dem ausgehend von den unterschiedlichen Konzepten und Systemen der Gesundheitspolitik der einzelnen EU-Mitgliedstaaten die gemeinsamen Grundwerte der Gesundheitspolitik dargelegt werden, welche die gegenwärtige Ausgestaltung der Kompetenzverteilung zwischen der EU und den EU-Mitgliedstaaten zum Schutz der öffentlichen Gesundheit deutlich werden lassen. Darauf aufbauend soll kurz auf die Covid 19-Pandemie in der EU und die in diesem Zusammenhang getroffenen Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit eingegangen werden ([C.](#)), in dem die bisherigen Einrichtungen der EU – der Gesundheitssicherheitsausschuss sowie das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten – dargestellt werden. Daran anschliessen soll sich eine kurze Analyse der Europäischen Gesundheitsunion, in welcher die Koordinierungsmassnahmen, die Vorsorge- und Risikoplanung sowie die neue EU-Behörde für Krisenvorsorge und -reaktion dargelegt werden ([D.](#)), um im Anschluss daran die Frage zu untersuchen, ob es einer Kompetenzerweiterung der EU in Pandemiefällen bedarf, welche so schwerwiegend sind, dass sie eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite begründen und ein verstärkt gemeinsames Handeln der EU-Mitgliedstaaten erfordern ([E.](#)), bevor das Ergebnis zusammengefasst und gewürdigt wird ([F.](#)).

B. Gesundheitsschutz auf der Ebene der EU

I. Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus

1. Unterschiede der Gesundheitspolitik in der EU und gemeinsame Werte

Die Ausgestaltung der Gesundheitspolitik innerhalb der EU ist stark geprägt durch die verschiedenen Gesundheitssysteme in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten, die sich in ihrer Ausgestaltung und Finanzierung teils erheblich unterscheiden.⁶ Diese unterschiedliche Ausgestaltung betrifft nicht nur die unterschiedlich hohen Niveaus des jeweiligen nationalen Sozialschutzes, welche etwa die Bereiche der Krankenversicherung und der Kostenerstattung von Leistungen umfassen,⁷ sondern auch die rechtliche Ausgestaltung zahlreicher anderer Bereiche des Gesundheitsrechts, wie etwa der Bereich staatlicher Massnahmen zum Infektionsschutz, wie dies während der Covid 19-Pandemie deutlich wurde.⁸ Die jeweilige Ausgestaltung der nationalen Gesundheitspolitik beruht auf vielfältigen – teils historisch gewachsenen – Gründen und spiegelt unterschiedliche gesellschaftspolitische Entscheidungen im Hinblick auf den Gesundheitsschutz wider.

Trotz unterschiedlicher Ausgestaltung, Organisation und Finanzierung beruhen die nationalen Gesundheitssysteme der EU-Mitgliedstaaten jedoch auf gemeinsamen Wertvorstellungen, wie etwa der Gewährleistung einer Gesundheitsversorgung von guter Qualität bis hin zu der Gleichbehandlung im Hinblick auf den Zugang zu dieser Gesundheitsversorgung. Zu den Grundwerten des Gesundheitsschutzes innerhalb der EU hatte der Rat der EU bereits im Jahr 2006 erklärt, dass die Gesundheitssysteme der EU „bei den hohen Sozi-

⁶ Die einzelnen Gesundheitssysteme für alle EU-Mitgliedstaaten sowie Island und Norwegen wurden von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und des Europäischen Observatoriums für Gesundheitssysteme und Gesundheitspolitik (Observatorium) untersucht. Eine Übersicht findet sich unter EU-Kommission, Länderspezifische Gesundheitsprofile, <https://health.ec.europa.eu/state-health-eu/country-health-profiles_de>.

⁷ Die Gesundheitssysteme der EU-Mitgliedstaaten können grundsätzlich in die beiden Organisationsformen einer steuerfinanzierten nationalen Gesundheitsversorgung einerseits und die durch eine Sozialversicherung finanzierten Systeme unterschieden werden, wobei sich die beiden Systeme inzwischen teilweise angleichen.

⁸ Die EU-Kommission hat eine Übersicht über die nationalen Portale der EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Massnahmen während der Covid 19-Pandemie zusammengestellt, vgl. EU-Kommission, Gesundheitswesen, <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health_de>.

alschutzniveaus der EU einen zentralen Platz“ einnehmen und „einen Beitrag zu sozialem Zusammenhalt und sozialer Gerechtigkeit sowie zu nachhaltiger Entwicklung“ leisten würden.⁹ Die „Grundwerte Universalität, Zugang zu einer Gesundheitsversorgung von guter Qualität, Gleichbehandlung und Solidarität“ würden im Handeln der verschiedenen EU-Organen breite Zustimmung finden und bildeten „ein Wertgefüge, das in ganz Europa geteilt“ werde.¹⁰

Der Schutz der Gesundheit im Rahmen gesundheitspolitischer Ausgestaltungen stellt folglich aufgrund unterschiedlicher Traditionen und Strukturen der mitgliedstaatlichen Gesundheitssysteme, divergierender nationaler Prioritäten und Wertvorstellungen sowie verschiedener Finanzierungskonzepte des Gesundheitssektors einen besonders sensiblen Politikbereich der EU dar. Zwar sind damit grundsätzlich die EU-Mitgliedstaaten für ihre Gesundheitspolitik, die Ausgestaltung der nationalen Gesundheitsversorgungssysteme sowie allgemein für den Gesundheitsschutz auf nationaler Ebene zuständig, gleichwohl liegen den genannten Bereichen gemeinsame Werte zugrunde.

2. Entstehung einer Europäischen Gesundheitspolitik

Mit dem Vertrag von Maastricht¹¹ von 1992 zur Gründung der EU wurde der Gesundheitsschutz in den Gründungsvertrag aufgenommen, indem eine Rechtsgrundlage für die Einführung gesundheitspolitischer Massnahmen auf EU-Ebene geschaffen wurde. Damit wurde der Gesundheitsschutz erstmals auf EU-Ebene verankert.¹² Der Gesundheitsschutz wurde im Vertrag von Amsterdam¹³ von 1997 durch die Einführung neuer Bestimmungen weiter gestärkt,

⁹ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rats zum Thema „Gemeinsame Werte und Prinzipien in den Europäischen-Union Gesundheitssystemen“, ABl C 146 vom 22. Mai 2006, 1 ff.

¹⁰ Rat, ABl C 146 vom 22. Mai 2006, 1 ff.

¹¹ Vertrag über die Europäische Union, ABl C 191 vom 29. Juli 1992, 1 ff. (Vertrag von Maastricht).

¹² Für weitere Hinweise im Hinblick auf die Verankerung des Gesundheitsschutzes auf EU-Ebene und seine Entwicklung in den Verträgen wird auf die Kurzdarstellungen zur Europäischen Union verwiesen, vgl. EU-Parlament, Öffentlicher Gesundheitsschutz, <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/49/offentliche-gesundheit>>.

¹³ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl C 340 vom 10. November 1997, 1 ff. (Vertrag von Amsterdam).

wonach die EU erstmals Massnahmen mit dem Ziel erlassen konnte, ein „hohes Gesundheitsschutzniveau“ sicherzustellen und nicht nur – wie zuvor – darauf beschränkt war, hierzu nur beizutragen.¹⁴

Erstmals hat die Gesundheitspolitik auf der Ebene der EU jedoch durch den Vertrag von Lissabon¹⁵ von 2007 an Bedeutung gewonnen.¹⁶ Vor dem Hintergrund der Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Gesundheitssystemen und der unterschiedlichen Ausgestaltung des nationalen Gesundheitsschutzes weist Art. 2c) Abs. 2 lit. k des Vertrags von Lissabon der EU in diesem besonders sensiblen Politikbereich eine geteilte Zuständigkeit bei gemeinsamen „Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit“ hinsichtlich der im Vertrag von Lissabon genannten Aspekte zu. Somit wurden mit dem Vertrag von Lissabon die Gesetzgebungsbefugnisse des EU-Parlaments auf den Bereich „Gesundheit der Bevölkerung“ ausgeweitet. Gleichwohl wurden der EU keine umfassenden Kompetenzen im Bereich des Gesundheitsschutzes übertragen. Vielmehr kommt der EU grundsätzlich nur eine koordinierende und unterstützende Funktion im Bereich des Gesundheitsschutzes zu. So statuiert bereits Art. 2e) S. 1 des Vertrags von Lissabon, dass die Union „für die Durchführung von Massnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Massnahmen der Mitgliedstaaten zuständig“ ist, wobei diese Massnahmen „mit europäischer Zielsetzung“ im Bereich „Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit“ getroffen werden können (Art. 2e) S. 2 lit. a des Vertrags von Lissabon).

¹⁴ So statuiert Art. 129 Abs. 1 des Vertrags von Amsterdam: „Bei der Festlegung und Durchführung aller Gemeinschaftspolitiken und -massnahmen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt. Die Tätigkeit der Gemeinschaft ergänzt die Politik der Mitgliedstaaten und ist auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humanerkrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der menschlichen Gesundheit gerichtet.“

¹⁵ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, vom 13. Dezember 2007, ABl C 306 vom 17. Dezember 2007, 1 ff. (Vertrag von Lissabon).

¹⁶ Für einen Überblick über die Entwicklungsschritte hin zu einer EU-Gesundheitspolitik vgl. Kment, Martin, Die europäische Gesundheitspolitik und ihre Funktion als Querschnittsaufgabe: Eine Untersuchung des Art. 152 Abs. 1 UAbs. 1 EGV, EuR 2007, 275 ff.; Pitschas, Rainer, Europäisches Sozial- und Gesundheitsrecht „nach Lissabon“, NZS 2010, 177 ff.; von Schwanenflügel, Matthias, Gesundheit in Europa, EuR 1998, 210 ff.; ders., Die Entwicklung der Kompetenzen der Europäischen Union im Gesundheitswesen, Berlin 1996, 10 ff.

3. Hohes Gesundheitsschutzniveau bei EU-Politiken und Massnahmen

Auf der Ebene der EU hat die Gesundheitspolitik erstmals durch den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹⁷ an Bedeutung gewonnen: Art. 168 AEUV regelt den Beitrag der Union zur „Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus“ innerhalb der EU.¹⁸ Daneben umfasst Art. 169 AEUV den Verbraucherschutz. Beide primärrechtlichen Bestimmungen zeigen die Grundentscheidung der Verträge zur Schaffung und Erhaltung hoher Schutzstandards in den Bereichen Gesundheit und Verbraucherschutz.¹⁹ Ebenso bilden beide Bestimmungen einen eigenen Titel im dritten Teil des AEUV zu den „internen Politiken und Massnahmen der Union“. Sowohl der Gesundheits- als auch der Verbraucherschutz können damit nicht nur als Annex zu anderen Bereichen mit geregelt werden, sondern können stattdessen selbst zum Hauptgegenstand von Massnahmen der EU gemacht werden. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass sie auch Gegenstand von Harmonisierungsmassnahmen im Rahmen der Binnenmarktbestimmungen nach Art. 114 AEUV sein können.

Zentrale Vorschrift im Hinblick auf den Gesundheitsschutz ist Art. 168 Abs. 1 AEUV: „Bei der Festlegung und Durchführung aller Unionspolitiken und -massnahmen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt“. Art. 168 AEUV steht zwar unter der Überschrift „Titel XIV Gesundheitswesen“, erfasst wird jedoch nicht das „Gesundheitswesen“ an sich, sondern sämtliche Aktivitäten zum Gesundheitsschutz.²⁰ Die Bestimmung zielt auf den Schutz

¹⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung, ABl C 115 vom 9. Mai 2008, 47 ff. (AEUV).

¹⁸ Zur Geschichte und zum Umfang des EU-Gesundheitsrechts und der EU-Gesundheitspolitik vgl. Guy, Mary/Sauter, Wolf, *The History and Scope of EU Health Law and Policy*, in: Hervey, Tamara K./Young, Calum Alasdair/Bishop, Louise E. (Hrsg.), *Research Handbook on EU, Health Law and Policy*, Cheltenham 2017, 17 ff.; Hanika, Heinrich, *Europäische Gesundheitspolitik: Stärkung der Kompetenzen der Europäischen Union im Gesundheitswesen durch die Neufassung des Artikels 152 EG-Vertrag*, MedR 1998, 193 ff.; Sindbjerg, Martin, *Governing EU Health Law and Policy: On Governance and Legislative Politics*, in: Hervey, Tamara K./Young, Calum Alasdair/Bishop, Louise E. (Hrsg.), *Research Handbook on EU, Health Law and Policy*, Cheltenham 2017, 36 ff.

¹⁹ Vgl. Leidenmühler, Franz, *Die freiwillige „Übererfüllung“ unionsrechtlicher Vorgaben durch die Mitgliedstaaten*, EuR 2019, 383 ff. (398).

²⁰ Vgl. Schmidt am Busch, Birgit, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar*, 76. Ergänzungslieferung, München 2022, AEUV, Art. 168, Rz. 9. Die Überschrift des Titels XIV des AEUV „Gesundheitswesen“ ist insofern nicht präzise und in anderen Sprachfassungen teilweise weiter gefasst.

der Gesundheit der Bevölkerung und damit auf die öffentliche und nicht primär auf die individuelle Gesundheit ab.²¹ Die Ziele des Gesundheitsschutzes nach Art. 168 AEUV sind demnach klar auf die Gesundheit der Bevölkerung und mithin auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit i.S. des *public health*-Ansatzes gerichtet.

Der Gesundheitsschutz wurde auf der Ebene der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh)²² von 2000 noch verstärkt, da Art. 35 GRCh Grundsätze des Gesundheitsschutzes statuiert. So hat nach Art. 35 S. 1 GRCh jeder Mensch „das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Massgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“ Die Vorschrift sieht zwar kein Recht auf Gesundheitsschutz vor, jedoch ein „Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge“, begrenzt dieses Recht aber wiederum durch die Einschränkung der Massgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Des Weiteren statuiert Art. 35 S. 2 GRCh: „Bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Massnahmen der Union in allen Bereichen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.“ Art. 168 Abs. 1 AEUV ist demnach bis auf redaktionelle Abweichungen mit Art. 35 S. 2 GRCh identisch,²³ da sich die in Art. 35 GRCh enthaltenen „Grundsätze“ u.a. auf Art. 168 AEUV abstützen.²⁴

II. Kompetenzen im Bereich Gesundheitspolitik

1. Allgemeine Grundsätze der Kompetenzzuweisung an die EU

Im Hinblick auf die Kompetenzzuweisung in Art. 168 AEUV und der späteren Einordnung und Bewertung der Europäischen Gesundheitsunion soll kurz auf die allgemeinen Grundsätze der Zuweisung von Kompetenzen an die EU eingegangen werden: Nach Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV gilt als allgemeiner Grundsatz für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der „Grundsatz der begrenzten Ein-

²¹ Vgl. Lurger, Brigitta, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl., München 2018, Art. 168, Rz. 17; Schmidt am Busch, Birgit, Art. 168, Rz. 9.

²² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 364 vom 18. Dezember 2000, 1 ff. (Europäische Grundrechtecharta, GRCh).

²³ Vgl. hierzu die Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABl C 303 vom 14. Dezember 2007, 1 ff., 27: Art. 35 S. 2 GRCh „entspricht Artikel 168 Absatz 1“.

²⁴ Näher hierzu Sander, Gerald G., Europäischer Gesundheitsschutz als primärrechtliche Aufgabe und grundrechtliche Gewährleistung, ZEuS 2005, 253 ff.; Streinz, Rudolf, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl., München 2018, Art. 168, Rz. 17; Schmidt am Busch, Birgit, Art. 35 GRCh, Rz. 1.

zelermächtigung“, wonach die EU nur innerhalb der Grenzen der ihr im Primärrecht gesetzten Ziele und nach Massgabe der darin den EU-Organen zugewiesenen Befugnisse tätig werden darf.²⁵ Damit wird festgelegt, dass die EU nur über eine sog. enumerative Einzelzuständigkeit verfügt und nicht über eine allgemeine Kompetenz-Kompetenz.²⁶

Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 AEUV).²⁷ Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die EU nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, welche die EU-Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben (Art. 5 Abs. 1 S. 1 AEUV). Alle der EU nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den EU-Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 2 S. 2 AEUV). Im Bereich des Gesundheitsschutzes wurden der EU Kompetenzen übertragen, nach dem allgemeinen Grundsatz nach Art. 5 AEUV verbleiben, folglich alle nicht übertragenen Kompetenzen bei den EU-Mitgliedstaaten.

2. Kompetenzen der EU im Bereich Gesundheitspolitik

Die Gesundheitspolitik der EU hat durch Art. 168 AEUV eine Grundlage erhalten und dadurch an Bedeutung gewonnen. Zwar sind nach wie vor grundsätzlich die EU-Mitgliedstaaten für den Gesundheitsschutz und insbesondere die Gesundheitsversorgungssysteme zuständig, jedoch wurden der EU Kompetenzen im Hinblick auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, der Vorbeugung und Behandlung von Krankheiten, der Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der menschlichen Gesundheit sowie der Angleichung der einzelstaatlichen Gesundheitsstrategien übertragen, so dass die EU

²⁵ Zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV vgl. Breitenmoser, Stephan/Weyeneth, Robert, *Europarecht: Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz EU*, 4. Aufl., Zürich 2020, 182; Buschmann, Marco/Daiber, Birgit, *Subsidiaritätsrüge und Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*, DÖV 2011, 504 ff.; Calliess, Christin, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, *EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, 6. Aufl., München 2022, Art. 5 EUV, Rz. 6; Streinz, Rudolf, Art. 5 EUV, Rz. 8 ff.; Winter, Gerd, *Kompetenzverteilung und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung*, EuR 2005, 255 ff. (260).

²⁶ Vgl. Breitenmoser, Stephan/Weyeneth, Robert, 182.

²⁷ Zum Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EUV und seine Kontrolle vgl. Bickenbach, Christian, *Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle*, EuR 2013, 523 ff.; Ritzer, Christoph/Ruttloff, Marc, *Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven*, EuR 2006, 116 ff.

in den Bereichen des Gesundheitswesens und des Gesundheitsschutzes über eigene Gestaltungsspielräume im Rahmen der ihr in Art. 168 AEUV zugewiesenen Kompetenzen verfügt.

Generell liegt die Kompetenz für die Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung jedoch nach wie vor bei den EU-Mitgliedstaaten (Art. 168 Abs. 1 AEUV). Art. 168 Abs. 5 untersagt dem EU-Parlament und dem Rat sogar ausdrücklich Massnahmen zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der EU-Mitgliedstaaten in den Bereichen des Gesundheitswesens und des Gesundheitsschutzes.

Auf den ersten Blick scheinen die Aufgabenbereiche nach Art. 168 AEUV als sog. „Querschnittsklausel“ komplex und vielschichtig: Die Bestimmung umfasst horizontale sowie vertikale Aufgaben im Bereich der Gesundheitspolitik,²⁸ beinhaltet Kompetenzgrundlagen und sieht bestimmte Handlungsformen sowie Entscheidungsverfahren vor.²⁹ Der Anwendungsbereich ist zielbezogen umschrieben, wobei die Ziele primär auf den vorbeugenden Gesundheitsschutz ausgerichtet sind. Dies schließt jedoch Aspekte der kurativen oder rehabilitativen Medizin nicht aus, soweit es um die Verbesserung der menschlichen Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der körperlichen und geistigen Gesundheit geht.³⁰ Die EU „ergänzt“ die Massnahmen der EU-Mitgliedstaaten oder „fördert“ grundsätzlich die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten, so dass ihr mithin eine unterstützende Funktion im Bereich des Gesundheitsschutzes zukommt.³¹ Die Gestaltungsspielräume der EU nach Art. 168 AEUV betreffen in erster Linie den Bereich Gesundheitsförderung und Prävention und hier u.a. Massnahmen zur Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der menschlichen Gesundheit oder der Bekämpfung von weit verbreiteten schweren Krankheiten.

Die Aufgabenbereiche, in denen die EU eine unterstützende Funktion ausübt, umfassen insbesondere die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung und die Verhütung von Humankrankheiten (Art. 168 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV), die Bekämpfung der weit verbreiteten schweren Krankheiten (Art. 168 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV), die Beobachtung, frühzeitige Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren (Art. 168 Abs. 1

²⁸ Vgl. Calliess/Ruffert-Kingreen, EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, Rz. 2.

²⁹ Für einen Überblick über die einzelnen Kompetenztypen vgl. Calliess/Ruffert-Kingreen, EUV/AEUV, Art. 168 AEUV, Rz. 3 ff.

³⁰ Grabitz/Hilf/Nettesheim-Schmidt am Busch, AEUV, Art. 168, Rz. 8.

³¹ Vgl. Seitz, Claudia, Schutz vor Epidemien und Pandemien in der Europäischen Union – Das Coronavirus hCoV-19 als Testfall für den Gesundheitsschutz?, EuZW 2020, 449 ff. (450).

UAbs. 2. S. 2 AEUV), die Verringerung drogenkonsumbedingter Gesundheitsschäden (Art. 168 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV) sowie die Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten sowie Massnahmen, welche unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor Tabakkonsum und Alkoholmissbrauch zum Ziel haben (Art. 168 Abs. 5 AEUV). Diese Aufstellung zeigt, dass Art. 168 AEUV an verschiedenen Stellen konkrete gesundheitspolitische Handlungsfelder aufführt. Bei der Aufzählung der Handlungsfelder, die zum Teil schwer voneinander abgrenzbar sind oder als redundant erscheinen, handelt es sich lediglich um eine Prioritätensetzung, so dass eine genaue Abgrenzung der genannten Handlungsfelder nicht zwingend erforderlich ist.³²

Eigene Kompetenzen werden der EU nur in den eng umschriebenen Ausnahmen in Art. 168 Abs. 4 AEUV übertragen. Danach tragen das EU-Parlament und der Rat zu den im nachfolgenden Aufgabenkatalog genannten Massnahmen bei, wie den Massnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate (lit. a), Massnahmen in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz, die unmittelbar den Schutz der Bevölkerung zum Ziel haben (lit. b) und Massnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte (lit. c).

Für diese Bereiche legt Art. 168 Abs. 5 AEUV fest, dass das EU-Parlament und der Rat „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“ gemäss dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Fördermassnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit sowie insbesondere zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Massnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren sowie Massnahmen, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor Tabakkonsum und Alkoholmissbrauch zum Ziel haben, erlassen können.

3. Kompetenzen der EU-Mitgliedstaaten im Bereich Gesundheitspolitik

Art. 168 Abs. 7 AEUV sieht vor, dass das Unionsrecht – sowohl das Primär- als auch das Sekundärrecht sowie die Rechtsprechung der Unionsgerichte zur Konkretisierung des EU-Rechts – die Zuständigkeiten der EU-Mitgliedstaaten

³² Schmidt am Busch, Birgit, AEUV, Art. 168, Rz. 11.

im Bereich des Gesundheitsschutzes wahr.³³ Art. 168 Abs. 7 S. 1 AEUV schreibt fest, dass die „Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung“ bei der „Tätigkeit der Union“ gewahrt wird. Nach Art. 168 Abs. 7 S. 2 AEUV umfasst die „Verantwortung der Mitgliedstaaten“ die „Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel“. Direkte Harmonisierungsmassnahmen der EU sind bis auf die genannten Ausnahmen ausgeschlossen, so dass die EU grundsätzlich nur ergänzend koordinierend oder unterstützend tätig werden kann.³⁴

Insgesamt sind die in Art. 168 AEUV aufgeführten Kompetenzen weitgehend auf ein gesundheitsbezogenes Vorsorge- und Gefahrenabwehrrecht und nicht auf die Gesundheitssysteme der EU-Mitgliedstaaten ausgerichtet.³⁵ Diese werden zwar durch diverse binnenmarkt- und haushaltsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der nationalen Gesundheitssysteme ergänzt: Während der EU gestützt auf Art. 168 AEUV nur eingeschränkte Kompetenzen zukommen, zeigt sich ihr Einfluss auf die nationalen Gesundheitssysteme der EU-Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten im Binnenmarkt. Gestützt auf Art. 114 AEUV und mit den Zielen, insbesondere der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, werden auf der Ebene der EU Waren und Dienstleistungen mit Bezug zur Gesundheit zum Schutz von Patienten und Verbrauchern reguliert. Die Regulierungen umfassen Waren, wie etwa Lebensmittel, Kosmetika und Tabakprodukte, und ebenso Dienstleistungen z.B. im Rahmen der Patientenmobilität.

Aus der Systematik, den Aufgabenbereichen sowie insbesondere aufgrund der Bestimmung nach Art. 168 Abs. 7 AEUV wird jedoch insgesamt deutlich, dass der Gesundheitsschutz grundsätzlich im Zuständigkeitsbereich der EU-Mitgliedstaaten verbleibt, da Art. 168 AEUV der EU keine umfassenden oder weitreichenden Kompetenzen überträgt.

Die Ausnahmen von dem Harmonisierungsverbot nach Art. 168 Abs. 7 AEUV gelten nur für die in Art. 168 Abs. 4 AEUV explizit aufgeführten Bereiche, in denen es um Massnahmen geht, die den „gemeinsamen Sicherheitsanliegen“ Rechnung tragen. Nur in diesen genannten eng umgrenzten Bereichen kommt

³³ Vgl. Cordula, Stumpf, in: Dausen, Manfred A./Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München, 54. EL, Stand: Oktober 2021, E.II.2.a) ccc) (3), Rz. 90.

³⁴ Vgl. Maass, Tobias/Schmidt, Florian, Die Entwicklung des EU-Gesundheitsrechts seit 2012, EuZW 2015, 85 ff.; Purnhagen, Kai P., EuR 2010, 438 ff. (439).

³⁵ Thorsten, Kingreen, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 6. Aufl., München 2022, Art. 168 AEUV, Rz. 1.

der EU eine vollwertige geteilte Gesetzgebungskompetenz zu, wie etwa bei Massnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte (Art. 168 Abs. 4 lit. c AEUV).³⁶ Grundprinzip der europäischen Gesundheitspolitik ist mithin eine komplementäre europäische Zuständigkeit, wonach die EU die nationalen Gesundheitspolitiken der EU-Mitgliedstaaten unterstützt, dabei aber keine eigenen Ziele verfolgen darf..³⁷

Folglich wird die EU auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 AEUV in den Bereichen, die nicht in ihre ausschliessliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Massnahmen von den EU-Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Entsprechend den Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips fallen nach Art. 4 Abs. 2 lit. k AEUV „gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte“ in die „geteilte Zuständigkeit“ der EU und der EU-Mitgliedstaaten.³⁸ Die geteilte Zuständigkeit bezieht sich jedoch nur auf den Bereich der „gemeinsamen Sicherheitsanliegen“, so dass andere Bereiche mit Bezug zum Gesundheitsschutz im Zuständigkeitsbereich der EU-Mitgliedstaaten verbleiben. Somit lässt das EU-Recht die Zuständigkeiten der EU-Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung des jeweiligen nationalen Gesundheitssystems – bis auf die genannten Bereiche – grundsätzlich unberührt.³⁹

³⁶ Zu den geteilten Gesetzgebungszuständigkeiten in den Ausnahmebereichen nach Art. 168 AEUV vgl. Calliess, Christian, Braucht die Europäische Union eine Kompetenz zur (Corona-) Pandemiebekämpfung? – Zugleich ein Beitrag zu Prüfkriterien in der europäischen Kompetenzdebatte, NVwZ 2021, 505 ff. Zu den weiteren Ausnahmebereichen nach Art. 168 AEUV, in denen der EU eine Gesetzgebungskompetenz zukommt, gehören „Massnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate“ (lit. a) sowie „Massnahmen in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zum Ziel haben“ (lit. b).

³⁷ Vgl. Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Bd. 6: Institutionen und Politiken, Heidelberg 2010, 1192; Schnell, Christoph/Wesenberg, Jörn, Der Reformvertrag von Lissabon und seine sozialpolitischen Auswirkungen – eine Bestandsaufnahme, DRV 2008, 275 ff. (283).

³⁸ Vgl. Voß, Ingrid, Schutz der Grundrechte in Medizin und Biologie durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Münster 2011, 52.

³⁹ Vgl. Kaman, Hans-Georg/Gey, Peter, Innovationsschutz und Erstattungsrechts: Off-Label Use, Aut-idem und verordnungssteuernde Massnahmen im Lichte europäischer Vorgaben, PharmR 2011, 368 ff. (369), mit Beispielen für Ausnahmen von der Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten nach Art. 167 Abs. 7 AEUV.

Des Weiteren stellt Art. 153 Abs. 4 AEUV im Hinblick auf die Ausgestaltung der Gesundheitssysteme ausdrücklich fest, dass im Bereich der Systeme der sozialen Sicherheit der EU keine Kompetenzen zukommen, da die Befugnis der EU-Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden darf.⁴⁰ Demnach verbleiben sämtliche Regulierungen und Entscheidungen, welche einen Zentralbereich der nationalen Steuerungskompetenz des Gesundheitssystems betreffen, im Zuständigkeitsbereich der EU-Mitgliedstaaten, da dieser Sachbereich traditionell unter die Funktionsgarantie für nationale Steuerungsentscheidungen der EU-Mitgliedstaaten nach Art. 168 Abs. 7 AEUV fällt.⁴¹

Insgesamt kommt der EU folglich keine generelle Kompetenz zu, autonome Gesundheitspolitik zu betreiben oder Einfluss auf die Gesundheitssysteme der EU-Mitgliedstaaten zu nehmen oder sie gar zu harmonisieren. Die Gesundheitspolitik, das Gesundheitswesen und mithin auch die Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes liegen damit – bis auf die genannten Ausnahmen – grundsätzlich im Kompetenzbereich der EU-Mitgliedstaaten.⁴²

C. Covid 19-Pandemie

I. EU-Gesundheitsschutz während der Covid 19-Pandemie

Die Covid 19-Pandemie mit ihren Folgen hat die Schwierigkeiten und Hürden aufgezeigt, vor denen die EU bei der Unterstützung der EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Koordinierung der Reaktionen und Massnahmen angesichts

⁴⁰ Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den EU-Mitgliedstaaten sowie zum Fehlen sog. „harter Kompetenzen“ vgl. Kurscheid, Clarissa/Beivers, Andreas, Gesundheits- und Sozialpolitik, Stuttgart 2014, 158.

⁴¹ Vgl. Schulte, Ortwin, Rechtsfragen der europäischen Nutzenbewertung von Arzneimitteln und Medizinprodukten, NZS 2020, 534 ff., im Zusammenhang mit der europäischen Nutzenbewertung von Arzneimitteln und Medizinprodukten im Hinblick auf Fragen der Kosteneffizienz, die in den Bereich der Erstattungsbedingungen für Gesundheitsprodukte fallen.

⁴² Vgl. Frenz, Walter/Götzkes, Vera, Europäische Gesundheitspolitik nach Lissabon, MedR 2010, 613 ff.; Purnhagen, Kai P., EuR 2010, 438 ff. (439); Schmidt, Florian/Sule, Satish, Von Patenten und Patienten: Die Entwicklung des EU-Gesundheitsrechts seit Lissabon, EuZW 2012, 369 ff.

der grenzüberschreitenden Gesundheitskrise steht.⁴³ Zu Beginn der Pandemie wurde die Koordinierung durch die EU als vielfach zu langsam kritisiert, etwa im Hinblick auf die Beurteilung der Prävalenz von SARS-CoV-2-Infektionen oder der Zulassung von Impfstoffen durch die Europäische Arzneimittel-Agentur (EMA).⁴⁴

Die der EU vorgeworfenen Verzögerungen bei der Reaktion auf die Covid 19-Pandemie beruhen jedoch auf der dargestellten Kompetenzsystematik und der begrenzten Kompetenzzuweisung an die EU im Rahmen von Art. 168 AEUV. Die Unzulänglichkeiten der EU, welche sich während der Covid 19-Pandemie gezeigt haben, spiegeln so – zumindest teilweise – die Grenzen der Kompetenzen wider, welche der EU in den Bereichen Gesundheitspolitik, Gesundheitswesen und Gesundheitsschutz nach Art. 168 AEUV zukommen.

Demnach war die EU während der Covid 19-Pandemie bei ihren Massnahmen weitgehend auf die Unterstützung der EU-Mitgliedstaaten beschränkt. So hat die EU-Kommission die „gemeinsame Corona-Krisenreaktion“ koordiniert, die EU-Mitgliedstaaten bei der Koordinierung ihrer nationalen Massnahmen unterstützt sowie über die Ausbreitung des Virus und wirksame Massnahmen zu dessen Eindämmung informiert.⁴⁵ Gleichwohl waren bereits vor der Covid 19-Pandemie bereits Institutionen – auch zur Prävention und Kontrolle von Krankheiten – geschaffen worden, welche auch während der Covid 19-Pandemie tätig waren auf die nachfolgend kurz eingegangen werden soll.

II. Gesundheitssicherheitsausschuss (HSC)

Die Prävention von Infektionskrankheiten bildete bereits früh eine Priorität der EU, die einen koordinierten Ansatz der EU-Mitgliedstaaten auf Unions-ebene erfordert. Zur Erreichung dieser Priorität wurde im Jahr 1998 mit der Entscheidung Nr. 2119/98/EG über die Schaffung eines Netzes für die epidemiologische Überwachung und die Kontrolle übertragbarer Krankheiten ein

⁴³ Zu den Massnahmen der EU im Hinblick auf die Covid 19-Pandemie im Einzelnen vgl. Alemanno, Alberto, The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?, EJRR 2020, 307 ff.; Gehler, Michael, Europa wachte langsam auf, handelte verspätet und ringt weiter mit sich: Die EU und ihr Umgang mit der Corona-Krise 2020, in: Rauchensteiner, Manfred/Gehler, Michael (Hrsg.), Corona und die Welt von gestern, Wien/Köln/Weimar 2021, S. 67 ff. (81 ff.).

⁴⁴ Zur Kritik vgl. Gehler, Michael, 67 ff. (81 ff.); Müller, Manuel, Die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie, Jahrbuch der Europäischen Integration 2020, 59 ff. (67).

⁴⁵ Für einen Überblick über die Massnahmen der EU während der Covid 19-Pandemie vgl. EU-Kommission, Corona-Krisenreaktion, <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response_de>.

System geschaffen, das neben der epidemiologischen Überwachung von übertragbaren Krankheiten auch als Frühwarn- und Reaktionssystem zur Verhütung und Kontrolle dieser Krankheiten dienen soll.⁴⁶ Die Entscheidung sah zur epidemiologischen Überwachung die systematische und kontinuierliche Sammlung, Analyse, Auswertung und Verbreitung von Gesundheitsdaten einschliesslich epidemiologischer Studien vor.⁴⁷

Die Entscheidung Nr. 2119/98/EG zur Schaffung des Netzes zur Überwachung und Kontrolle übertragbarer Krankheiten wurde durch den Beschluss Nr. 1082/2013/EU zu schwerwiegenden Gesundheitsgefahren aufgehoben.⁴⁸ Mit diesem Beschluss wurde der Gesundheitssicherheitsausschuss (*Health Security Committee*, HSC) geschaffen, dessen Aufgabe die kohärente und gut koordinierte Reaktion auf grenzübergreifende Gesundheitsbedrohungen ist.⁴⁹ Der Ausschuss der EU-Kommission, der nach den terroristischen Anschlägen in den USA im Jahr 2001 eingesetzt wurde, koordiniert die Massnahmen der Gesundheitssicherheit der EU allgemein und beschränkt sich nicht nur auf übertragbare Krankheiten. Der Ausschuss hat die Grundlage für verschiedene Bereitschaftsaktivitäten auf Unionsebene geschaffen. Dazu gehören insbesondere, es den Regierungen der EU-Mitgliedstaaten zu ermöglichen, Informationen auszutauschen und Ereignisse im Gesundheitsbereich zu bewerten sowie als Diskussionsforum zur Beratung von Gesundheitsministerien zu dienen und die koordinierte Krisenreaktion der EU-Mitgliedstaaten zu erleichtern.

Der Gesundheitssicherheitsausschuss besteht aus Vertretern aller nationalen Verwaltungen, der Generaldirektion der Kommission für Gesundheit und Verbraucher sowie weiterer Dienststellen und Agenturen der Kommission, so des Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten und der Europäischen Arzneimittelagentur.

Während der Covid 19-Pandemie wurde die Koordinierung durch den Gesundheitssicherheitsausschuss zwar erleichtert. Dennoch entscheiden die EU-Mitgliedstaaten aufgrund der ihnen zustehenden Kompetenzen im Gesundheits-

⁴⁶ Entscheidung Nr. 2219/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 1998 über die Schaffung eines Netzes für die epidemiologische Überwachung und die Kontrolle übertragbarer Krankheiten in der Gemeinschaft, ABl Nr. L 268 vom 3. Oktober 1998, 1 ff.

⁴⁷ Entscheidung Nr. 2219/98/EG, Art. 2.

⁴⁸ Beschluss Nr. 1082/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren und zur Aufhebung der Entscheidung 2119/98/EG, ABl. L 293 v. 5. November 2013.

⁴⁹ Gesundheitssicherheitsausschuss (*Health Security Committee*, HSC), <http://ec.europa.eu/health/preparedness_response/risk_management/index_de.htm>.

bereich selbst, ob und welche Massnahmen sie zur Prävention, Kontrolle und Bekämpfung von Pandemien auf nationaler Ebene ergreifen. Der EU kommt im Rahmen der Pandemiebekämpfung im Vergleich zu den EU-Mitgliedstaaten folglich nur eine unterstützende und mithin nachgeordnete Rolle zu.⁵⁰

III. Europäisches Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC)

Bereits bei früheren Bedrohungen der öffentlichen Gesundheit infolge von Infektionskrankheiten haben sich auf Unionsebene Unzulänglichkeiten gezeigt. So verdeutlichte die Ausbreitung von SARS 2002, dass der Umgang mit grenzüberschreitenden Gesundheitsbedrohungen, welche von Infektionskrankheiten ausgehen, nicht allein auf der Ebene der EU-Mitgliedstaaten angegangen werden kann und eine Institutionalisierung des Umgangs mit Gesundheitsbedrohungen auf Unionsebene erforderlich ist.

Im Jahr 2005 wurde infolgedessen das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (*European Centre for Disease Prevention and Control*, ECDC) gegründet.⁵¹ Das ECDC ist eine Agentur der EU mit Sitz in Stockholm, die mit dem Ziel der Prävention und der Bekämpfung von Infektionskrankheiten in der EU geschaffen wurde.⁵² Die Gründung dieser Agentur basiert auf der VO (EG) Nr. 851/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Errichtung eines Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten.⁵³ Ziel dieses Zentrums ist es, die EU bei der Ermittlung von Risiken zu unterstützen, die sich aus aktuellen und neuen Bedrohungen für die Gesundheit des Menschen durch Infektionskrankheiten ergeben. Zu diesem Zweck soll das ECDC mit den nationalen europäischen Gesundheitsbehörden zusammenarbeiten, um eine internationale Überwachung (*Surveillance*) von Krankheiten zu ermöglichen und Frühwarnsysteme zu erarbeiten.

Der erste Erwägungsgrund der VO (EG) Nr. 851/2004, wonach sich die Union verpflichtet hat, „vorrangig die menschliche Gesundheit durch die Verhütung

⁵⁰ So auch Kersten, Jens/Rixen, Stephan, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. Aufl., München 2021, 137 ff.; Mögele, Rudolf, *EuZW* 2020, 297 ff.

⁵¹ Verordnung (EG) Nr. 851/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Errichtung eines Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten, ABl L 142 vom 30. April 2004, 1 ff.

⁵² Europäisches Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (*European Centre for Disease Prevention and Control*, ECDC), <<http://ecdc.europa.eu/en/Pages/home.aspx>>.

⁵³ VO (EG) Nr. 851/2004, 1 ff.

menschlicher Erkrankungen, insbesondere übertragbarer Krankheiten, zu schützen und zu verbessern sowie möglichen Bedrohungen der Gesundheit zu begegnen, um ein hohes Niveau des Schutzes der Gesundheit der europäischen Bürger sicherzustellen“, veranschaulicht dies deutlich. „Eine wirksame Reaktion auf den Ausbruch von Krankheiten“, so der erste Erwägungsgrund, „erfordert ein gemeinsames, auf Gemeinschaftsebene koordiniertes Vorgehen der Mitgliedstaaten sowie die Mitarbeit erfahrener Experten im Bereich der öffentlichen Gesundheit.“

Zwar beruhte die Schaffung des ECDC nicht auf einer Änderung des bestehenden Kompetenzgefüges zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der EU, da die Agentur den EU-Mitgliedstaaten keine Rechte und Kompetenzen entzog. Gleichwohl führte sie zu einer Institutionalisierung des Gesundheitsschutzes bei der Prävention und Bekämpfung von Infektionskrankheiten in der EU.⁵⁴ So erscheint die Schaffung des ECDC als Ergebnis eines Prozesses und als Ergänzung zu den bereits bestehenden Netzwerken für die Überwachung von Infektionskrankheiten.⁵⁵

Während im Januar 2020 die EU-Mitgliedstaaten noch keine Notwendigkeit darin sahen, ihre Reaktionen auf die Covid 19-Pandemie auf Unionsebene zu koordinieren, da sie die Auswirkungen der Pandemie und die erforderlichen Ressourcen möglicherweise unterschätzten, verschärfte sich die Pandemie jedoch innerhalb kürzester Zeit und wurde zu einer grossen Bedrohung für die gesamte europäische Bevölkerung.⁵⁶ Eine so schnelle Eskalation wurde zu einem Hindernis für die Koordinierung auf Unionsebene, so dass das Beratungsgremium der EU-Kommission zu Covid 19 von den EU-Mitgliedstaaten erst am 16. März 2020 eingerichtet wurde.

Eine Überlegung im Nachgang zur Covid 19-Pandemie war, die Aufgaben des ECDC zu stärken.⁵⁷ Das Mandat des ECDC ist nach der Verordnung Nr. 851/2004 jedoch auf die Überwachung von Risiken für die menschliche Gesundheit durch übertragbare Krankheiten beschränkt, wobei Massnahmen im Hinblick

⁵⁴ So auch Deruelle, Thibaud/Engeli, Isabelle, *The COVID-19 crisis and the rise of the European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC)*, *West European Politics* 44 (2021), 1376 ff., mit weiteren Hinweisen auf die Entwicklung der Covid 19-Pandemie.

⁵⁵ So auch Deruelle, Thibaud/Engeli, Isabelle, *West European Politics* 44 (2021), 1376 ff.

⁵⁶ So auch Jordana, Jacint/Triviño-Salazar, Juan Carlos, *Where are the ECDC and the EU-wide response in the COVID-19 pandemic?* *The Lancet* 2020, P 1611 ff.

⁵⁷ Zur Stärkung des Netzes vor dem Hintergrund der Covid 19-Pandemie vgl. Purnhagen, Kai P./de Ruijter, Anniek/Flear, Mark L./Hervey, Tamara K./Herwig, Alexia, *More Competences than you knew? The Web of Health Competences for European Union Action in Response to the COVID-19 Outbreak*, *EJRR* 2020, 297 ff. (303).

auf ein Risikomanagement ausdrücklich ausgeschlossen sind. Öffentliche Gesundheitsmechanismen auf EU-Ebene, wie das ECDC, können jedoch nur dann eine aktivere Rolle übernehmen, wenn sich die wichtigsten Akteure in der EU-Politik auf eine gemeinsame Reaktion einigen.⁵⁸

IV. Covid 19 und der Gesundheitsschutz in der EU

Die Gesundheitskrise durch die Covid 19-Pandemie und die Bedrohung für die öffentliche Gesundheit in der EU, welche durch die bisherigen Infektionskrankheiten, wie SARS oder frühere Influenzainfektionen, ausgelöst wurden, waren bei weitem nicht mit dem Ausmass und den Folgen der Covid 19-Pandemie vergleichbar. So betont die EU-Kommission, dass die Pandemie gezeigt habe, wie wichtig die Koordinierung zwischen den europäischen Ländern für den Gesundheitsschutz sei.⁵⁹ Dies gelte jedoch nicht nur für Krisen, sondern auch in normalen Zeiten, die Gelegenheit bieten, verbreitete Vorerkrankungen zu behandeln, in leistungsfähige Gesundheitssysteme zu investieren und Arbeitskräfte im Gesundheitswesen auszubilden.⁶⁰

Vor dem Hintergrund dieser Schwierigkeiten und Verzögerungen, welche sich im Verlauf der Covid 19-Pandemie gezeigt haben, wurden verschiedene Überlegungen zu neuen Mechanismen, wie insbesondere die Schaffung einer „Europäischen Gesundheitsunion“ sowie einer neuen Agentur, der EU-Behörde für die Krisenvorsorge und -reaktion bei gesundheitlichen Notlagen (*Health Emergency Preparedness and Response Authority*, HERA), vorgenommen, die nachfolgend dargestellt und im Hinblick auf den Infektionsschutz auf Unions-ebene analysiert werden.

D. Europäische Gesundheitsunion

I. Hintergrund und Ziele

Um innerhalb der EU grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren besser begegnen zu können, plant die EU bereits seit Mitte 2020, eine „Europäische

⁵⁸ So auch Deruelle, Thibaud/Engeli, Isabelle, *West European Politics* 44 (2021), 1376 ff.

⁵⁹ EU-Kommission, Europäische Gesundheitsunion – Schutz der Gesundheit der Europäer/-innen und gemeinsame Reaktion auf grenzüberschreitende Gesundheitskrisen, <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union_de>.

⁶⁰ EU-Kommission, Europäische Gesundheitsunion, <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union_de>.

Gesundheitsunion“ zu errichten.⁶¹ Die Schaffung einer Europäischen Gesundheitsunion stellt insbesondere eine Reaktion auf die Herausforderungen der Covid 19-Pandemie dar.⁶² Die Bedeutung der Europäischen Gesundheitsunion für den Gesundheitsschutz in der EU wird durch das Zitat der Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen deutlich: „Wir können nicht das Ende der Pandemie abwarten, ehe wir uns daran machen, ihre Folgen zu bewältigen und Vorsorge für die Zukunft zu treffen. Deshalb schaffen wir die Grundlagen für eine verstärkte europäische Gesundheitsunion, in der 27 Länder bei Prävention, Diagnostik und Reaktion an einem Strang ziehen.“⁶³

Die Idee zu einer Europäischen Gesundheitsunion entstand im Laufe der Covid 19-Pandemie: Angesichts der Defizite forderte der Europäische Rat die EU-Kommission bereits im März 2020 dazu auf, Reformvorschläge für ein „ehrgeizigeres und breiter gefächertes Krisenmanagement in der EU“ vorzulegen.⁶⁴ Auch das EU-Parlament forderte in einer Resolution im Juli 2020 eine Europäische Gesundheitsunion, welche gemeinsame Mindeststandards für die nationalen Gesundheitssysteme, einen Reaktionsmechanismus für künftige Krisen

⁶¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 11. November 2020 zur Schaffung einer europäischen Gesundheitsunion: Die Resilienz der EU gegenüber grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren stärken, COM (2020) 724 final.

⁶² Zur Europäischen Gesundheitsunion vgl. Ambrosius, Markus/Klement, Lukas, Lehren aus der Pandemie: Vorschläge zur Verbesserung und Beschleunigung im Zusammenhang mit der Zulassung von Arzneimitteln zur Behandlung von COVID-19 und zur Bekämpfung der Pandemie, PharmR 2021, 237 ff.; Henke, Karin, Der Aufbau der Europäischen Gesundheitsunion: Lernen aus der Corona-Krise, MedR 2021, 890 ff.; Müller, Manuel, Jahrbuch der Europäischen Integration, 2020, 59 ff. Zu den Herausforderungen der Versorgung in Krisenzeiten und der Koordination von Massnahmen zwischen der EU und den EU-Mitgliedstaaten vgl. Bossung, Raphael/Rudloff, Bettina, Resiliente Versorgung in Krisenzeiten: Mehrpolitikfeldübergreifende Koordination zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten, in: Lippert, Barbara/Mair, Stefan/Perthes, Volker (Hrsg.), Internationale Politik unter Pandemie-Bedingungen: Tendenzen und Perspektiven für 2021, Berlin 2020, 64 ff.; Brooks, Eleanor/Geyer, Robert, The development of EU health policy and the Covid-19 pandemic: trends and implications, Journal of European Integration 2020, 1057 ff.

⁶³ von der Leyen, Ursula, Präsidentin der Europäischen Kommission, beim Weltgesundheitsgipfel (25. Oktober 2020) <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union_de>.

⁶⁴ Europäischer Rat, Gemeinsame Erklärung der Mitglieder des Europäischen Rates, 26. März 2020, <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/26/joint-statement-of-the-members-of-the-european-council-26-march-2020>>. Für einen Überblick vgl. Müller, Manuel, Jahrbuch der Europäischen Integration 2020, 59 ff. (67).

sowie einen europäischen Fonds zur Stärkung der Krankenhausinfrastruktur beinhalten sollte.⁶⁵ Dem kam die EU-Kommission mit der Mitteilung zur Errichtung einer Europäischen Gesundheitsunion nach.

Die Europäische Gesundheitsunion besteht in einer Reihe von Vorschlägen für den Ausbau der bestehenden Massnahmen der EU und insbesondere in einer Stärkung der Funktionen und Aufgaben wichtiger EU-Agenturen bei der Krisenvorsorge und -reaktion. Kernelemente der Europäischen Gesundheitsunion umfassen insbesondere die Neugestaltung des geltenden Rechtsrahmens für schwerwiegende grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren sowie die Aufwertung der Aufgaben und Funktionen der wichtigsten EU-Agenturen bei der Krisenvorsorge und -reaktion, insbesondere des Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC) und der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA) sowie in der Errichtung einer neuen EU-Behörde für die Krisenvorsorge und -reaktion bei gesundheitlichen Notlagen (HERA).

Von grundsätzlicher Bedeutung bei der Ausgestaltung der Europäischen Gesundheitsunion ist, dass sie künftige Pandemien erfassen soll, gleichwohl aber nicht auf übertragbare Krankheiten beschränkt ist. Vielmehr möchte die EU-Kommission eine starke Europäische Gesundheitsunion aufbauen, in der alle EU-Mitgliedstaaten an der Krisenbereitschaft und -bewältigung mitwirken, zur sicheren Versorgung mit erschwinglichen und innovativen medizinischen Produkten beitragen und in enger Zusammenarbeit die Prävention, Behandlung und Nachsorge bei Krankheiten wie Krebs verbessern.⁶⁶ So sollen mit der Europäischen Gesundheitsunion insbesondere ein besserer Gesundheitsschutz für die Unionsbürgerinnen und -bürger erreicht werden, europäische und nationale Kapazitäten zur besseren Vorbeugung und Bewältigung künftiger Pandemien sowie widerstandsfähigere europäische Gesundheitssysteme erreicht werden.⁶⁷ Die einzelnen Kernelemente sollen nachfolgend kurz dargestellt und analysiert werden.

⁶⁵ Europäisches Parlament, Pressemitteilung: Parlament will eine Europäische Gesundheitsunion, 10. Juli 2020, <<https://europa.eu/news/de/press-room/20%20200710IPR83101/parlament-will-eine-europäische-gesundheitsunion>>. Vgl. hierzu Müller, Manuel, Jahrbuch der Europäischen Integration 2020, 59 ff. (67).

⁶⁶ EU-Kommission, Europäische Gesundheitsunion: Schutz der Gesundheit der Europäer/-innen und gemeinsame Reaktion auf grenzüberschreitende Gesundheitskrisen, <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union_de>.

⁶⁷ EU-Kommission, Europäische Gesundheitsunion.

II. Koordinierungsmassnahmen

Wie die EU-Kommission in ihrer Mitteilung zur Europäischen Gesundheitsunion betont, erfordern die gemeinsamen Anstrengungen zur Bekämpfung der Covid 19-Pandemie, ebenso wie anderer zukünftiger Gesundheitskrisen, eine stärkere Koordinierung auf EU-Ebene.⁶⁸ Die Massnahmen im Bereich der öffentlichen Gesundheit müssten kohärent und koordiniert sein, um ihre Wirkung zu maximieren und den Schaden für die Menschen und Unternehmen zu minimieren.⁶⁹ Die Gesundheitslage eines jeden EU-Mitgliedstaates sei abhängig von der Gesundheitslage in den anderen EU-Mitgliedstaaten, wobei die fragmentierte Bekämpfung grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren alle EU-Mitgliedstaaten kollektiv anfälliger machen würden.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund möchte die EU-Kommission eine starke Europäische Gesundheitsunion aufbauen, in der alle EU-Mitgliedstaaten an der Krisenbereitschaft und -bewältigung mitwirken.⁷¹

Die Massnahmen der EU im Rahmen der Europäischen Gesundheitsunion umfassen die wichtigsten Bereiche, in welchen die EU eine koordinierende und unterstützende Rolle einnehmen kann, und basieren auf den Erfahrungen mit der Covid 19-Pandemie. So sind insbesondere Massnahmen wie die gemeinsame Beschaffung oder die Behebung von Lieferengpässen vorgesehen.⁷² Die mit der europäischen Gesundheitsunion verbundenen Vorteile sind insbesondere ein besserer Gesundheitsschutz, der Aufbau europäischer und nationaler Kapazitäten zur besseren Vorbeugung und Bewältigung künftiger Pandemien sowie widerstandsfähigere europäische Gesundheitssysteme.⁷³

⁶⁸ Mitteilung, COM (2020) 724 final, 2.

⁶⁹ Mitteilung, COM (2020) 724 final, 2.

⁷⁰ Mitteilung, COM (2020) 724 final, 2.

⁷¹ EU-Kommission, Europäische Gesundheitsunion – Schutz der Gesundheit der Europäer/-innen und gemeinsame Reaktion auf grenzüberschreitende Gesundheitskrisen, <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union_de>.

⁷² Für einen Überblick über die geplanten Massnahmen im Rahmen der Europäischen Gesundheitsunion vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 11. November 2020 zur Schaffung einer europäischen Gesundheitsunion: Die Resilienz der EU gegenüber grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren stärken, COM (2020) 724 final, 9 ff.

⁷³ Vgl. EU-Kommission, Europäische Gesundheitsunion: Schutz der Gesundheit der Europäer/-innen und gemeinsame Reaktion auf grenzüberschreitende Gesundheitskrisen, <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/european-health-union_de>.

III. Vorsorge- und Reaktionsplanung

Die EU-Kommission weist in ihrer Mitteilung zur Schaffung einer Europäischen Gesundheitsunion auf die bisherigen Schwachpunkte bei der Vorsorge- und Risikoplanung hin: So habe Covid 19 gezeigt, dass die Vorsorge- und Reaktionskapazitäten auf nationaler Ebene unzureichend gewesen seien, was deutlich wurde, als viele EU-Mitgliedstaaten festgestellt hätten, dass ihre Bevorratung nicht genügend sei, ihnen sofort verfügbare Kapazitätspuffer für ihre Gesundheitssysteme, das Testen, die Nachverfolgung von Kontaktpersonen und Überwachung fehlten, es keine durchführbaren Notfallpläne für das Gesundheitswesen gegeben habe, um eine Verschiebung der geplanten stationären Behandlungen zu vermeiden und qualifiziertes medizinisches Personal knapp gewesen sei.⁷⁴

Zudem habe Covid 19 auch aufgedeckt, dass es klar an einem Überblick über die operative Durchführung der Vorsorge- und Reaktionspläne der EU-Mitgliedstaaten mangelte, die zudem durch ihre fehlende Kohärenz nicht immer kompatibel gewesen seien.⁷⁵ Dies sei darauf zurückzuführen, dass die EU nicht in der Lage gewesen wäre, die Pläne unionsweit anhand einheitlicher Kriterien zu vergleichen, da es keine EU-Mindeststandards und Basisindikatoren gegeben habe.⁷⁶

Mit der Schaffung der Europäischen Gesundheitsunion sollen diese bisherigen Mängel und Schwachpunkte beseitigt werden, indem auf EU-Ebene eine Koordinierung erfolgt. Die Massnahmen, welche die EU zur Vorsorge- und Reaktionsplanung auf der Ebene der EU vorsieht, sind mithin ausschliesslich koordinierender Natur zur Unterstützung der EU-Mitgliedstaaten.

IV. EU-Behörde für Krisenvorsorge und -reaktion (HERA)

Als ein zentrales Element der Europäischen Gesundheitsunion hat die EU-Kommission im September 2021 eine neue EU-Behörde für die Krisenvorsorge und -reaktion bei gesundheitlichen Notlagen (*Health Emergency Preparedness and Response Authority*, HERA) eingerichtet, um Krisen im Gesundheitsbereich, wie die Covid 19-Pandemie, künftig verhüten, erkennen und rasch dar-

⁷⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 11. November 2020 zur Schaffung einer europäischen Gesundheitsunion: Die Resilienz der EU gegenüber grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren stärken, COM (2020) 724 final, 1 ff. (14).

⁷⁵ Mitteilung der Kommission, COM (2020) 724 final, 1 ff. (14).

⁷⁶ Mitteilung der Kommission, COM (2020) 724 final, 1 ff. (14).

auf reagieren zu können.⁷⁷ Eine der Hauptaufgaben von HERA besteht darin, Gefahren und potenzielle Notlagen im Gesundheitsbereich mittels Informationsgewinnung und des Aufbaus der erforderlichen Reaktionskapazitäten in Zukunft zu antizipieren.⁷⁸ Bei Eintreten einer Notlage wird HERA die Entwicklung, Herstellung und Verteilung von Arzneimitteln, Impfstoffen und anderen medizinischen Massnahmen, wie Handschuhen und Masken, sicherstellen, die in der ersten Phase der Covid 19-Pandemie fehlten. Wie die EU-Kommission betont, sei HERA eine wichtige Säule der Europäischen Gesundheitsunion und werde eine Lücke in der Notfallreaktion und -vorsorge in der EU schliessen.⁷⁹

Vor einer Gesundheitskrise wird HERA in der „Vorbereitungsphase“ eng mit anderen EU- und nationalen Gesundheitsbehörden, der Industrie und internationalen Partnern zusammenarbeiten, um die Bereitschaft der EU für Gesundheitsnotfälle zu verbessern, Bedrohungsbewertungen und Informationssammlungen durchführen, Modelle zur Vorhersage eines Ausbruchs entwickeln und die Forschung und Innovation für die Entwicklung neuer medizinischer Gegenmassnahmen unterstützen, unter anderem durch unionsweite Netzwerke für klinische Versuche und Plattformen für den schnellen Datenaustausch.⁸⁰

Daneben sind HERA auch Notfallmassnahmen während einer Gesundheitskrise übertragen. Falls ein Gesundheitsnotstand auf EU-Ebene ausgerufen wird, kann HERA unter der Leitung eines Gesundheitskrisenausschusses zügig Notfallmassnahmen vornehmen, wie etwa Notfallfinanzierungen aktivieren, Mechanismen für die Überwachung einführen sowie die gezielte Entwicklung, Beschaffung und den Kauf medizinischer Gegenmassnahmen und Rohstoffe übernehmen.⁸¹

⁷⁷ EU-Kommission, Beschluss vom 16. September 2021 zur Errichtung einer EU-Behörde für die Krisenvorsorge und -reaktion bei gesundheitlichen Notlagen (*Health Emergency Preparedness and Response Authority*, HERA), C(2021) 6712 final. Zur EU-Behörde für Krisenvorsorge und -reaktion (HERA) vgl. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_4672>.

⁷⁸ Mitteilung, COM (2020) 724 final, 2.

⁷⁹ EU-Kommission, European Health Emergency preparedness and Response Authority (HERA): Getting ready for future health emergencies, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4672>.

⁸⁰ EU-Kommission, European Health Emergency preparedness and Response Authority (HERA).

⁸¹ Vgl. EU-Kommission, European Health Emergency preparedness and Response Authority (HERA).

V. Bewertung der Europäischen Gesundheitsunion

Im Hinblick auf eine Analyse der Europäischen Gesundheitsunion ist zunächst festzustellen, dass sich die Europäische Gesundheitsunion mit ihren Initiativen, ihren Aufgaben, den geplanten Massnahmen und insbesondere ihren Akteuren im Rahmen des vorhandenen Kompetenzgefüges nach Art. 168 AEUV bewegt. Da die Kompetenzen der EU, wie dargelegt, im Bereich des Gesundheitsschutzes eingeschränkt sind und der EU insbesondere keine generelle Kompetenz zukommt, autonome Gesundheitspolitik zu betreiben, wird vor diesem Hintergrund deutlich, dass ihr aus Art. 168 AEUV keine Kompetenz für weitergehende Massnahmen zum Schutz und zur Bekämpfung von Epidemien und Pandemien zukommt. Dies gilt auch für die Schaffung einer Europäischen Gesundheitsunion und sämtlicher damit zusammenhängender Massnahmen und Initiativen, welche sich sämtlich im bestehenden Kompetenzgefüge des Art. 168 AEUV bewegen.

Zwar kann die EU nach Art. 168 Abs. 5 AEUV zur frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren verbindliche Massnahmen treffen, was sie bislang auch bereits getan hat.⁸² Art. 168 Abs. 5 AEUV sieht jedoch ausdrücklich vor, dass die EU nicht rechtsangleichend tätig werden darf.

Mit der Errichtung einer Europäischen Gesundheitsunion als Reaktion auf die Covid 19-Pandemie werden folglich keine neuen Kompetenzgrundlagen geschaffen und der EU-Kommission und ihren Agenturen keine weiteren Kompetenzen gegeben, als jene Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungskompetenzen, die ihr nach Art. 168 AEUV übertragen worden sind. Folglich ist die EU auch im Rahmen der Europäischen Gesundheitsunion grundsätzlich auf beratende und koordinierende Massnahmen zur Unterstützung der EU-Mitgliedstaaten beschränkt.

Auch im Rahmen einer Europäischen Gesundheitsunion sind für entsprechende Massnahmen zum Gesundheitsschutz und zur medizinischen Versorgung nach wie vor grundsätzlich die EU-Mitgliedstaaten zuständig. Diese müssen bei gesundheitspolitischen Überlegungen und Diskussionen darüber entscheiden, ob eine weitere Koordinierung von Massnahmen auf der Ebene der EU im Falle künftiger Pandemien erfolgen soll und ob der EU hierzu entsprechende Kompetenzen übertragen werden sollten oder nicht. Vor diesem Hintergrund stellt die Europäische Gesundheitsunion eine Weiterentwicklung der vorhandenen Massnahmen, Programme, Agenturen und Netzwerke dar,

⁸² So etwa mit dem Beschluss Nr. 1082(2013)/EU zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren.

die zwar wichtige und wesentliche neue Schritte unternimmt, inhaltlich und institutionell jedoch im bisherigen Kompetenzgefüge des Art. 168 AEUV verbleibt.

E. Weitere EU-Kompetenzen nach Covid 19?

I. Ausgangspunkt der Überlegung

Vor dem Hintergrund der Covid 19-Pandemie stellen sich Fragen nach einem Recht auf Gesundheitsschutz durch die EU in einem neuen Kontext. So kann insbesondere die Frage gestellt werden, ob der EU – angesichts der Bedrohung und der Folgen der Covid 19-Pandemie und künftiger, möglicherweise noch schwerwiegenderer, da tödlicherer Pandemien – ein grösseres Gewicht im Hinblick auf ein koordinierteres und entschlosseneres Handeln im Gesundheitssektor zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, insbesondere von Epidemien und Pandemien, zukommen soll.⁸³

Wie die Reaktionen der EU auf die Bedrohung, Probleme und Folgen der Covid 19-Pandemie im Hinblick auf die Europäische Gesundheitsunion zeigen, können auf EU-Ebene die vorhandenen Massnahmen verbessert, intensiviert und insgesamt effektiver gestaltet werden. Wie bereits analysiert, bewegen sich diese Massnahmen jedoch aufgrund der Kompetenzsystematik und den der EU im Bereich der Gesundheitspolitik zugewiesenen begrenzten Kompetenzen nach Art. 168 AEUV, welche sich im Wesentlichen auf die Bereiche der Koordinierung und Unterstützung der EU-Mitgliedstaaten beschränken. Die Massnahmen können daher grundsätzlich nur der Koordinierung und Ergänzung der Politik der EU-Mitgliedstaaten dienen, wobei jegliche Harmonisierung nationaler Vorschriften der EU-Mitgliedstaaten ausgeschlossen bleibt.⁸⁴

Die Massnahmen der EU im Rahmen der Covid 19-Pandemie haben gezeigt, dass die EU-Institutionen dort, wo sie eigene Kompetenzen besaßen, meist schnell und zielführend handelten.⁸⁵ Aufgrund der gegenwärtigen Kompetenzregelung im Bereich der Gesundheitspolitik und den eingeschränkten Kompetenzen der EU in diesem Bereich, war ein zügigeres Handeln in den einschlägigen Bereichen jedoch oftmals nicht möglich.

⁸³ Vgl. Calliess, Christian, NVwZ 2021, 505 ff.; Müller, Andreas Thomas, Europa und die Pandemie. Zuständigkeitsdefizite und Kooperationszwänge, VVDStRL 80 (2021), 105 ff.; Seitz, Claudia, EuZW 2020, 449 ff.

⁸⁴ Vgl. Mögele, Rudolf, EuZW 2020, 297 ff.; Seitz, Claudia, EuZW 2020, 449 ff.

⁸⁵ Vgl. Müller, Manuel, Jahrbuch der Europäischen Integration 2020, 59 ff. (67).

Stattdessen lag die Hauptverantwortung für die Krisenpolitik im Rahmen der Covid 19-Pandemie bei den Regierungen der EU-Mitgliedstaaten, die zwar ihre grundsätzliche Bereitschaft zur Kooperation und gemeinsamen Massnahmen auf der Ebene der EU erklärten, jedoch auch starke nationale Ansätze zeigten, welche gerade nicht zu einer Koordination auf EU-Ebene führten.⁸⁶ So konnte während der Covid 19-Pandemie beobachtet werden, dass die EU-Mitgliedstaaten oftmals unkoordiniert und unabgestimmt gehandelt haben, was zur Folge hatte, dass eine Koordinierung der Massnahmen oft erst nachträglich stattgefunden hatte oder gänzlich unterblieb.⁸⁷ Ob dies aus Zeitgründen oder aus politischen Motiven heraus geschah, ist für die Frage einer weiteren Kompetenzübertragung an die EU von Bedeutung – im Hinblick auf die Frage eines effizienten Vorgehens im Falle einer Pandemie mit dem Potential einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite aber unerheblich. Die Covid 19-Pandemie macht vielmehr deutlich, dass die EU im Bereich der Gesundheitspolitik nach wie vor grundsätzlich nur eine Koordinierungskompetenz hat und daher bei ihren Massnahmen auf den Konsens und die Mitwirkung aller EU-Mitgliedstaaten angewiesen ist.⁸⁸

II. Kompetenzen und indirekte Gesetzgebung

Die Kernfrage vor diesem Hintergrund ist, ob der EU – unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips – weitere Kompetenzen für ein Handeln auf EU-Ebene in diesem Bereich übertragen werden sollten.⁸⁹ Zwar kommt ECDC nach der VO 851/2004⁹⁰ eine besondere Bedeutung bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zu, so insbesondere bei der Errichtung eines europäischen Frühwarn- und Reaktionssystems und der Überwachung der Kontrolle übertragba-

⁸⁶ Vgl. Müller, Manuel, Jahrbuch der Europäischen Integration 2020, 59 ff. (67).

⁸⁷ Vgl. Müller, Manuel, Jahrbuch der Europäischen Integration 2020, 59 ff. (67).

⁸⁸ So auch Calliess, Christian, NVwZ 2021, 505, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass die politischen Akteure auf der Ebene der EU dazu neigen würden den Unionsbürgern zu viel zu versprechen, die EU-Institutionen aber aufgrund ihrer Zuständigkeiten nicht in der Lage seien, zu liefern.

⁸⁹ Zur derzeitigen rechtlichen Ausgangslage vgl. Calliess, Christian, NVwZ, 2021, 505 ff.; Mögele, Rudolf, EuZW 2020, 297; Seitz, Claudia, EuZW 2020, 449 (450).

⁹⁰ Verordnung (EG) Nr. 851/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Errichtung eines Europäischen Zentrums für die Prävention und Kontrolle von Krankheiten, ABl L 142 vom 30. April 2004, 1 ff.

rer Krankheiten.⁹¹ Gleichwohl kann die EU sich nicht auf eine grundsätzliche Kompetenz für eine eigenständige und unionsweite Bekämpfung der Pandemie abstützen.⁹²

Einen interessanten Aspekt stellt in diesem Zusammenhang die Bedeutung der Binnenmarktvorschriften nach Art. 114 AEUV dar, welche in anderen Bereichen, so z.B. bei Lebensmitteln, Gebrauchsgegenständen und Tabakprodukten, zu einer Harmonisierung auf der Ebene der EU geführt haben. Damit verbunden ist die Möglichkeit einer indirekten Gesetzgebung, welche auch Aspekte zum Schutz der Gesundheit (mit-)reguliert.

Die Mitteilung der EU-Kommission zur Schaffung einer Europäischen Gesundheitsunion enthält hierzu einen interessanten Hinweis. So weist die EU-Kommission darauf hin, dass eine starke Europäische Gesundheitsunion „unsere Lebensweise, unsere Wirtschaften und unsere Gesellschaften“ schützen werde, da unweigerlich auch die Wirtschaft leide, wenn die öffentliche Gesundheit gefährdet sei.⁹³ In diesem Zusammenhang betont die EU-Kommission, dass die Vorschläge zur Europäischen Gesundheitsunion auch „zu einem widerstandsfähigeren EU-Binnenmarkt und einer nachhaltigen wirtschaftlichen Erholung“ beitragen werden.⁹⁴ In diesem Zusammenhang erscheint es möglicherweise sinnvoll, eine explizite Überlegung zu den Kompetenzen der EU im Bereich des Infektionsschutzes vorzunehmen. Dies würde gleichzeitig auch die Problematik einer indirekten Gesetzgebung in diesem Bereich über die Binnenmarktvorschriften des Art. 114 AEUV lösen.

III. Argumente für eine Kompetenzerweiterung

Insgesamt hat die Covid 19-Pandemie verdeutlicht, dass die EU im Bereich der Gesundheitspolitik grundsätzlich nur eine Koordinierungskompetenz hat und daher bei ihren Massnahmen auf den Konsens und die Mitarbeit aller EU-Mitgliedstaaten angewiesen ist.⁹⁵ Zugleich kann jedoch nur eine gemeinsame europäische Strategie effektive Massnahmen im Umgang mit der Pandemie gewährleisten.⁹⁶ Dadurch kann in einigen Bereichen, wie der Impfstoffbeschaffung, in welchen eine Diskrepanz zwischen europäischer Aufgabe und

⁹¹ Vgl. Seitz, Claudia, EuZW 2020, 449 ff.

⁹² So auch Calliess, Christian, NVwZ, 2021, 505 ff.

⁹³ Mitteilung der Kommission, COM (2020) 724 final, 1 ff. (2).

⁹⁴ Mitteilung der Kommission, COM (2020) 724 final, 1 ff. (2/3).

⁹⁵ So Mögele, Rudolf, EuZW 2020, 297.

⁹⁶ So auch Calliess, Christian, NVwZ, 2021, 505 ff.

Kompetenz besteht, diese unter Beachtung der Kriterien des Subsidiaritätsprinzips mittels einer Kompetenzergänzung in Art. 168 AEUV aufgelöst werden.⁹⁷

Zwar verfügt die EU, wie bereits dargelegt und analysiert, in einigen spezifischen Bereichen, wie bei bestimmten Arzneimitteln und Medizinprodukten, gestützt auf Art. 114 und 168 AEUV bereits über eine ergänzende Zuständigkeit, die es ihr ermöglicht, verbindliche Rechtsvorschriften für bestimmte Arzneimittel, wie Arzneimittel für neuartige Therapien, sog. *Advanced Therapy Medicinal Products* (ATMP), sowie für Medizinprodukte zu erlassen. Damit unterliegen diese spezifischen Bereiche den Regeln des Binnenmarkts.⁹⁸

Nach der Ausgestaltung von Art. 168 AEUV scheiden jedoch weitere Massnahmen der EU zum Gesundheitsschutz im Rahmen der Covid 19-Pandemie, sowie auch im Hinblick auf künftige Pandemien, derzeit aus. Das Ziel des Gesundheitsschutzes auf der Ebene der EU ist zwar nach Art. 168 Abs. 1 AEUV die Sicherstellung eines „hohen Gesundheitsschutzniveaus“, dies allerdings nur im Hinblick auf die Festlegung und Durchführung sämtlicher Politiken und Massnahmen der EU, also mithin nur soweit der EU auch Kompetenzen zugewiesen sind. Insofern sind „Ziele“ nicht mit „Kompetenzen“ gleichzusetzen.

Aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 EUV können die Organe der EU nur dann Rechtsnormen erlassen, wenn sie durch das Primärrecht explizit dazu ermächtigt sind. Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Danach kann die EU selbst keine Kompetenzen begründen, sie besitzt keine Kompetenz-Kompetenz. Die EU wird nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, welche ihr die EU-Mitgliedstaaten übertragen haben. Alle der EU nicht im Primärrecht übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den EU-Mitgliedstaaten. Für die im Pandemiefall relevanten Bereiche „Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit“ nach Art. 6 lit. a AEUV und „Katastrophenschutz“ nach Art. 6 lit. f AEUV ist die EU nach Art. 2 Abs. 5 AEUV nach „Massgabe der Verträge“ nur dafür zuständig, „Massnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Massnahmen der Mitgliedstaaten durchzuführen, ohne dass dadurch die Zuständigkeit der Union für diese Bereiche an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten tritt“.

Im Hinblick auf den Umstand, dass die EU über das Binnenmarkt- und Freizügigkeitsrecht – zumindest teilweise – einen indirekt regulierenden Zugriff auf

⁹⁷ So Calliess, Christian, NVwZ, 2021, 505 ff., mit einem Formulierungsvorschlag für eine Ergänzung von Art. 168 Abs. 1 AEUV.

⁹⁸ Seitz, Claudia, EuZW 2020, 449 ff.

das Gesundheits- und Infektionsschutzrecht der EU-Mitgliedstaaten vornehmen kann und angesichts der aufgezeigten Problembereiche, welche im Rahmen der Schaffung einer Europäischen Gesundheitsunion gelöst werden sollen, scheint es angebracht, die derzeitige Kompetenzzuweisung an die EU – zumindest im Bereich des Infektionsschutzes – auf politischer Ebene zu überdenken und gegebenenfalls zu ergänzen.

IV. Lösungsansatz

Ein Lösungsansatz bestünde darin, die Ausnahmen vom Harmonisierungsverbot zu ergänzen. Grundsätzlich kommen der EU nur die genannten koordinierenden Kompetenzen zur Unterstützung der EU-Mitgliedstaaten zu. Art. 168 Abs. 4 AEUV sieht jedoch Ausnahmen vom Harmonisierungsverbot in den dort explizit aufgeführten Bereichen vor, in denen es um Massnahmen geht, welche den „gemeinsamen Sicherheitsanliegen Rechnung tragen“. In diesen eng umgrenzten Bereichen kommt der EU, wie bereits zuvor ausgeführt, eine vollwertige geteilte Gesetzgebungskompetenz zu.

Da die Bereiche der Prävention, Kontrolle und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, insbesondere von Pandemien, dem gemeinsamen Sicherheitsanliegen der EU-Mitgliedstaaten zugerechnet werden könnten, sollte darüber nachgedacht werden, die Ausnahmen vom Harmonisierungsverbot nach Art. 168 Abs. 4 AEUV um einen weiteren eng begrenzten vierten Fall von „Massnahmen zur Prävention, Kontrolle und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten mit pandemischem Potential“ zu ergänzen.⁹⁹

Dies würde nicht nur dazu führen, dass das in Art. 168 Abs. 5 AEUV statuierte Harmonisierungsverbot weiterhin beibehalten bleibt, da sich die Ergänzung auf einen Ausnahmefall von diesem Verbot bezieht. Es würde darüber hinaus auch Fördermassnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit sowie insbesondere zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Massnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren sowie Massnahmen, wie es Art. 168 Abs. 5 AEUV auch vorsieht, ermöglichen. Dieser Lösungsansatz würde auch dazu beitragen, dass die EU bei zukünftigen grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren im Fall von übertragbaren Krankheiten mit pandemischem Potential besser vorbereitet wäre.

⁹⁹ Vgl. Calliess, Christian, NVwZ, 2021, 505 ff.

F. Ergebnis und Würdigung

Eine Analyse des Gesundheitsschutzes auf der Ebene der EU muss zunächst von dem Kompetenzgefüge nach Art. 168 AEUV ausgehen, wonach der EU im Bereich der Gesundheitspolitik und des Schutzes der öffentlichen Gesundheit grundsätzlich nur koordinierende Kompetenzen zur Unterstützung der EU-Mitgliedstaaten übertragen worden sind. Es gilt der Grundsatz, wonach die EU-Mitgliedstaaten ihre nationale Gesundheitspolitik, die Ausgestaltung und Finanzierung des Gesundheitswesens sowie grundsätzlich auch den Schutz der öffentlichen Gesundheit in ihrem Staatsgebiet selbst bestimmen.

Gleichwohl sind der EU bestimmte Kompetenzen im Bereich der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten nach Art. 168 Abs. 1 UAbs. 2 und Art. 168 Abs. 5 AEUV übertragen worden. Auf der Grundlage dieser Kompetenzen hat die EU das Netz für die epidemiologische Überwachung und die Kontrolle übertragbarer Krankheiten, den Gesundheitssicherheitsausschuss (*Health Security Committee, HSC*), ein Frühwarn- und Reaktionssystem (*Early Warning Response System, EWRS*) sowie das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (*European Centre for Disease Prevention and Control, ECDC*) geschaffen.

Vor diesem Hintergrund ist jedoch zu beachten, dass es sich bei Pandemien – wie die Covid 19-Pandemie nochmals verdeutlicht hat – um ein genuin globales Problem handelt und gerade nicht um eine ausschliesslich europäische Angelegenheit. Pandemien sind von ihrer Natur und Definition her und auch aus rechtlicher Sicht so wenig ein Problem der EU, wie es ein ausschliessliches Problem für einzelne Nationalstaaten ist. Es handelt sich vielmehr um ein globales Problem, welches vorrangig ein Handeln der Staaten zur Prävention, Kontrolle und Bekämpfung auf globaler Ebene erfordert.

Aufgrund des Binnenmarkts mit den Grundfreiheiten, insbesondere der Personenfreizügigkeit, bedarf es jedoch einer Koordination auf der Ebene der EU. Für eine erfolgreiche und zuverlässige Prävention, Kontrolle und Bekämpfung von grenzüberschreitenden Infektionskrankheiten sind daher umgehende, planmässige und koordinierte Massnahmen nicht nur auf nationaler Ebene der EU-Mitgliedstaaten, sondern insbesondere auch auf Unionsbene unumgänglich. Diese Notwendigkeit ergibt sich insbesondere aufgrund des einheitlichen Raums ohne Grenzen mit freiem Personen-, Dienstleistungs- und Warenverkehr. Bereits vor der Covid 19-Pandemie wurde diese Notwendigkeit erkannt und insbesondere durch den Gesundheitssicherheitsausschuss und das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (*European Centre for Disease Prevention and Control, ECDC*) adressiert.

Eine Möglichkeit für eine weitere Kompetenzübertragung an die EU – unter weitgehender Beachtung des bestehenden Kompetenzgefüges nach Art. 168 AEUV und unter Berücksichtigung des Harmonisierungsverbots nach Art. 168 Abs. 5 S. 1 AEUV – wäre eine Ergänzung des Ausnahmekatalogs nach Art. 168 Abs. 4 AEUV um eine weitere Ausnahme hinsichtlich Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit im Falle von Infektionskrankheiten mit pandemischem Potential in der EU. Dies hätte nicht nur den Vorteil, dass der EU keine weiteren, über die Kompetenzergänzung hinaus gehende Kompetenzen ausserhalb einer Infektionskrankheit mit pandemischem Potential übertragen werden. Zudem wäre diese Kompetenzübertragung in einem Ausnahmekatalog enthalten und damit grundsätzlich eng auszulegen.

Die Covid 19-Pandemie kann daher als Wendepunkt betrachtet werden – eine Zäsur bedeutet sie – angesichts der Europäischen Gesundheitsunion – in dessen (noch) nicht. Gleichwohl kann auf der Grundlage der Europäischen Gesundheitsunion eine Weiterentwicklung des Gesundheitsschutzes auf EU-Ebene – und vielleicht auch eine weitere Kompetenzübertragung an die EU – erfolgen.



EuZ
ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

AUSGABE:
11 | 2022

LEITARTIKEL:

**Frank Schimmelfennig /
Thomas Winzen
Differentiated Integration in
the European Union: Trends
and Patterns**

Differentiated Integration in the European Union: Trends and Patterns

Frank Schimmelfennig/Thomas Winzen*

Content

A. Introduction	M 1
B. Differentiations and modes of differentiated integration: key concepts	M 4
I. Differentiations	M 4
II. Modes	M 5
C. The historical development of differentiated integration	M 6
D. Multi-speed integration: transitory differentiation, common destination	M 11
E. Multi-tier integration: inclusive core, reclusive periphery	M 17
F. Multi-menu integration: uniform market, differentiated core state policies	M 23
G. Outlook: a period of consolidation	M 29
Appendix	M 32

A. Introduction

Differentiation is a constitutive feature of legal integration in the European Union (EU). Not all member states participate in all EU policies to the same extent. Some have negotiated 'opt-outs' or exemptions from entire EU policies or specific EU rules. The Danish opt-outs from the Maastricht Treaty regarding the Economic and Monetary Union (EMU), the Common Foreign and Security Policy (CFSP), Justice and Home Affairs (JHA), and Union citizenship

* Prof. Dr. Frank Schimmelfennig is Professor of European Politics at ETH Zurich. He works on European integration and has conducted research projects on EU enlargement, democracy promotion and democratization, differentiated integration and boundary (re)construction. Prof. Dr. Thomas Winzen is Professor of European Politics and International Relations at Heinrich Heine University Düsseldorf. His research topics include differentiated European integration, the effects of democratic backsliding on the institutions and decisions of the European Union, and the role of parliaments in European and international politics.

are the prototypical example. Others are excluded from participation in EU policies for a fixed period – as it is typically the case for the free movement of labour from new member states – or until they meet certain conditions, such as the convergence criteria of the Euro area. To add to the complexity, non-member states can participate selectively in EU policies through the conclusion of international agreements and the domestic adoption of EU law. The European Economic Area (EEA) is the deepest version of such ‘external differentiation’; the Swiss ‘bilateral way’ constitutes an alternative setting. In sum, the EU has evolved into a ‘system of differentiated integration’, in which membership in the EU and legal adherence to EU policies do not coincide in most policy areas.¹

In this article, we describe the main trends and patterns in the development of differentiated integration in the EU. It is based on the most recent updates of the EUDIFF datasets. EUDIFF1 covers differentiated integration in the primary law of the EU. It starts from a list of all EU treaty articles in force each year from 1952 to 2022 and identifies whether each member state was legally exempted or excluded from the article. EUDIFF2 covers the relevant secondary law of the EU. It lists all EU legislation in force each year from 1958 to 2018 and codes differentiations for each member state. We treat a piece of legislation as differentiated for a country if this country is legally excluded or exempted from at least some part of this law.² In addition, we discuss current developments in differentiated EU integration.³

¹ Schimmelfennig, Frank / Leuffen, Dirk / Rittberger, Berthold, *The European Union as a System of Differentiated Integration: Interdependence, Politicization, and Differentiation*, in: *Journal of European Public Policy* 22, 2015, 764-782; Leuffen, Dirk / Rittberger, Berthold / Schimmelfennig, Frank, *Integration and Differentiation in the European Union: Theory and Policies*, London 2022.

² The datasets and codebooks can be accessed at the ETH Research Collection at <<https://doi.org/10.3929/ethz-b-000538188>> and <<https://doi.org/10.3929/ethz-b-000538562>>. The datasets are further described in Schimmelfennig, Frank / Winzen, Thomas, *Instrumental and Constitutional Differentiation in the European Union*, in: *Journal of Common Market Studies* 52, 2014, 354-370 (for EUDIFF 1) and Duttler, Thomas / Holzinger, Katharina / Malang, Thomas / Schäubli, Thomas / Schimmelfennig, Frank / Winzen, Thomas, *Opting out from European Union Legislation: The Differentiation of Secondary Law*, in: *Journal of European Public Policy* 24, 2017, 406-428.

³ This article updates the descriptive analyses in Schimmelfennig, Frank / Winzen, Thomas, *Ever Looser Union? Differentiated European Integration*, Oxford 2020, Chapter 4 and Schimmelfennig, Frank / Winzen, Thomas, *Differentiated EU Integration: Maps and Modes* (Working Paper, EUI RSCAS, 2020/24, European Governance and Politics Programme), Florence 2020, <<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/66880>>).

After defining our key concepts – differentiation and its modes – in [Section B](#), we describe the main trends of differentiated integration (DI) throughout the EU's history since the 1950s, in treaty law as well as in EU legislation ([Section C](#)). [Sections D](#), [E](#) and [F](#) map differentiated integration by duration, country (groups) and policy (areas) and assess the extent to which DI corresponds to the modes of multi-speed, multi-tier and multi-menu differentiation. In [Section G](#), we provide an outlook on the development of differentiation in the near future, taking into account its recent trajectory, important current events such as Brexit and the Ukraine war, and likely developments in treaty change.

Our most important findings are, first, that while the absolute number of differentiations has increased in the course of European integration, it has remained stationary relative to the growth of the EU's membership, policy portfolio and legal production. Second, differentiated integration in the EU is predominantly multi-speed integration. Most differentiations negotiated in the history of the EU by far have expired after a few years. Multi-speed integration originates in enlargement, focuses on internal market policies and affects comparatively poor Southern and Eastern new member states predominantly. Moreover, durable differentiations have created a multi-tier core-periphery structure among the EU's membership, but the EU core has proven inclusive and open. Multi-tier integration originates in treaty revisions, concerns the integration of core state powers and consists of opt-outs for comparatively Eurosceptic Northern and Eastern member states. By contrast, differentiated integration in the EU is not multi-menu integration. The differentiated EU has preserved common institutions and a large core membership that participates in all policies.

We conclude that differentiation has been a companion of integration. It has facilitated intergovernmental agreement on the expansion of the EU's membership, policy portfolio and competencies by introducing exceptions that accommodate the increasing heterogeneity of member state preferences and capacities under conditions of consensus-based decision-making. Currently, we are witnessing a period of consolidation in the EU's system of differentiated integration. New accession treaties and revisions of the EU's main treaties, traditionally the most important drivers of DI, are improbable in the near term. And apart from the Eurozone crisis, which has reproduced and deepened the rift between euro area and non-euro area countries, the more recent crises of the EU have either not introduced additional differentiation or even rendered EU integration less differentiated. Ironically, the Brexit crisis,

which started with Prime Minister Cameron's demand for a legal guarantee exempting the UK from the EU's treaty principle of 'ever closer union' has had the strongest de-differentiation effect.

B. Differentiations and modes of differentiated integration: key concepts

I. Differentiations

Our descriptive analysis is based on 'differentiations'. We count differentiations over time, across member states and integrated EU policies. What then is a 'differentiation'? We begin with a legal definition of European integration: the body of binding formal rules of the EU to which states agree to adhere. These rules can be uniform or differentiated. Uniform rules are equally valid in all member states, whereas differentiated rules are not uniformly legally valid across the EU's member states.⁴ For a legal rule to count as differentiated, at least one member state must be legally exempt or excluded from the rule for some time. Thus, our basic operational definition of a differentiation is a member state-legal rule-year triad. Each instance of an EU legal rule that is not legally valid in a given member state in a given year counts as one differentiation. Starting from this basic approach, we use different methods in EU treaties and legislation to aggregate legal rules into differentiations.

In the case of treaty-based differentiations, the EUDIFF1 dataset codes the main treaties of the EU and its predecessor organizations, starting with the Treaty establishing the European Coal and Steel Community in 1952 and moving on to the Treaties of Rome, the Treaty on European Union (TEU) and their various revisions up to the Treaty of Lisbon. EUDIFF1 further includes treaties that were incorporated eventually into the main treaties (such as the Schengen agreement) or are intended to be incorporated at a later stage (such as the Fiscal Compact or the ESM Treaty). In addition, it considers accession treaties insofar as they introduce differentiation into the main treaties. The records in the EUDIFF1 dataset code differentiated integration by treaty article and year.

While it would seem straightforward to base the count of differentiations on the number of treaty articles that exempt any of the member states each year,

⁴ We do not take into consideration 'external differentiation' in this paper, i.e. the selective adoption of EU rules by non-member states.

we decided in favour of a more aggregated measure. The obvious problem is that the number of articles that regulate treaty policy regimes such as the free movement of workers, the Eurozone or the Schengen area can differ dramatically. The freedom of movement of workers is regulated in a single article, the Eurozone in some 30 articles, and Schengen in 175. This difference clearly does not reflect the importance of these policy regimes. Moreover, when countries negotiate opt-outs from the EU treaties, they do not do so article by article but rather policy by policy. Correspondingly, our approach is to categorize the treaty into its many distinct policy regimes (42 in 2022). Here we follow the structure of the treaties themselves, which also constitutes the basis for intergovernmental negotiations over treaty reform and enlargements.⁵ Each time a country is not bound by the EU treaty rules on a policy, we count a differentiation. In other words, the Irish opt-out from the Schengen area counts as one rather than as 175 differentiations.⁶ We thus arrive at 233 distinct treaty-based differentiations in the history of the EU. In the case of legislative differentiations, we code regulations and directives (of the Council or the Council and the Parliament)⁷ and use the legal act (rather than its individual articles) as the unit of analysis. Each exemption or exclusion of a member state from the regulation or directive (no matter how many articles are affected) counts as one differentiation.

Our datasets and analyses further distinguish differentiations by their origins (enlargement or widening vs. treaty revisions or deepening), their durability, the (groups of) countries they concern and the policies they affect. These features are important to examine the modes of differentiation to which we now turn.

II. Modes

Following *Alexander Stubb* but relabelling his categories, we distinguish three modes of differentiated integration: multi-speed, multi-tier and multi-menu

⁵ See [Table A1](#) in the Appendix for an overview and typology of these policy areas.

⁶ We do allow for a limited number of cases of multiple differentiations from a policy area. That is, differentiations that start at distinct points in time are counted as distinct differentiations even if they are in the same policy area and for the same country.

⁷ In addition, decisions adopted by the Council or the Council and the European Parliament jointly in the Third Pillar (Police and Judicial Co-operation in Criminal Matters (PJCCM)) between 1993 and 2009 must be considered as a third source of legal rules and, hence, of differentiation as they have the same function as regulations in the First Pillar (European Community).

differentiation.⁸ Differentiation by *time* generates a pattern in which DI is a transitional phenomenon. Integration converges towards uniformity. When member states decide to accept new members or deepen integration, they agree on initial exemptions for some states and rules, which will expire over time. According to this pattern, we should observe that differentiations for each legal rule and each member state decrease over time and disappear eventually. This is ‘multi-speed’ integration.

Differentiation by *space* generates a pattern in which DI is permanently structured along groups of states, hierarchically ordered from core to periphery or from inner to outer circles of integration. Within each group of states, the level of integration is similar. The core is uniformly integrated; it has no or only minor differentiations. As we move out from the core to the periphery, the extent of differentiation increases. We call this differentiation ‘multi-tier’ integration.

Finally, differentiation by *matter* produces a pattern in which policies structure DI permanently. In this pattern, integration within each policy or policy area is roughly uniform. The participating states vary, however, from policy to policy. States pick and choose from the menu of policies, and each state puts together its own set of ‘courses’. There is no general convergence towards uniformity, nor is there a stable core of uniformly integrated member states. This is ‘Europe à la carte’. In contrast with multi-speed and multi-tier integration, we speak of ‘multi-menu’ integration.

C. The historical development of differentiated integration

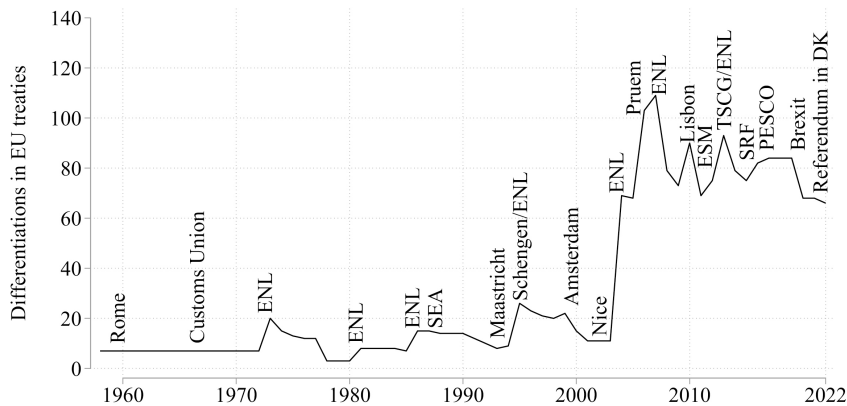
[Figure 1](#) shows the results of counting differentiations in EU treaties (panel a) and legislation (panel b) over time. The overall picture is indeed one of increasing differentiation in primary and secondary law. Generally, both revisions of the main treaties and accession treaties have driven up the number of treaty-based differentiations. After a long initial period of low and stable differentiation, the enlargements of 1973, 1981 and 1986 are responsible for the first spikes in the line. Yet, only the 2004 accession of ten new member states constitutes a watershed in terms of the number of treaty differentiations. When Bulgaria and Romania joined in 2007, the number of treaty-based differentiations reached an all-time high.

⁸ Stubb, Alexander, A Categorization of Differentiated Integration, in: Journal of Common Market Studies 34, 1996, 283–295.

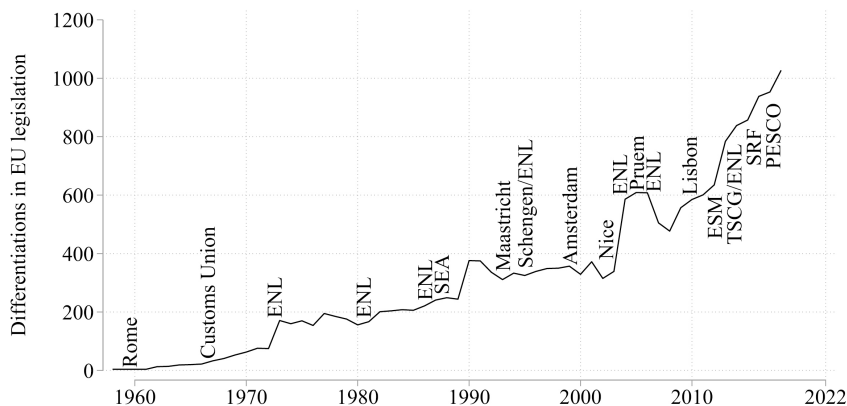
In addition, precipitous changes follow from the adoption of the intergovernmental Schengen Agreement and Prüm Convention as well as the Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM), the TSCG and the Intergovernmental Agreement on the Single Resolution Fund (SRF) of the Banking Union.

Figure 1 The development of differentiation in EU treaties and legislation

a) Differentiation in EU treaties, 1958-2022



b) Differentiation in EU legislation, 1958-2018



Note: ENL: Enlargement (1973: Denmark, Ireland, United Kingdom. 1981: Greece. 1986: Portugal and Spain. 1995: Austria, Finland, Sweden. 2004: Eight central and East European countries, Cyprus, Malta. 2007: Bulgaria and Romania. 2013: Croatia).

By contrast, revisions of the main treaties from the Single European Act (SEA) in 1987 to the Treaty of Nice in 2003 increased DI only mildly. The marked rise of differentiations in the Treaty of Lisbon in 2010 is an exception. The introduction of Permanent Structured Cooperation (PESCO) in the area of security and defence has been the most recent source of differentiation. The British exit from the EU in January 2020 and the Danish referendum in June 2022 to abolish the country's opt-out from EU defence policy have since reduced differentiation.

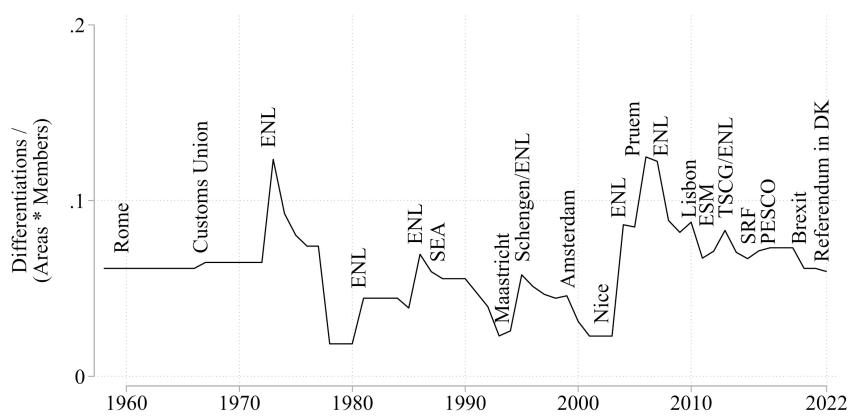
Whereas treaty-based DI has experienced a major step change in differentiation levels in the mid-2000s, the picture in secondary law is one of long-term gradual accumulation for most of the EU's history. In addition, every enlargement round has resulted in new differentiations. In addition to Eastern enlargement, German unification in 1990 has contributed strongly to legislative differentiation – an effect we do not see in the treaties at all. Finally, after a temporary decline after the 2007 Eastern enlargement round, we observe a steep increase in legislative differentiation in the period in which the EU faced the global financial, Eurozone, and migration crises. In both treaties and legislation, we see that the number of differentiations does not rise linearly. Enlargement peaks in particular are followed by gradual decline as differentiations expire over a period of a few years.

The development of differentiation in absolute numbers overstates the trend towards more DI, however, because it does not take into account the expansion of European integration that has taken place in the same period. Since 1958, the number of EU policies and laws as well as member states has multiplied, and each additional treaty article, piece of legislation and new member state creates additional differentiation opportunities. [Figure 2](#) therefore shows DI relative to the number of member states and issue-areas in the EU treaties (panel a) and legislation in force (panel b).

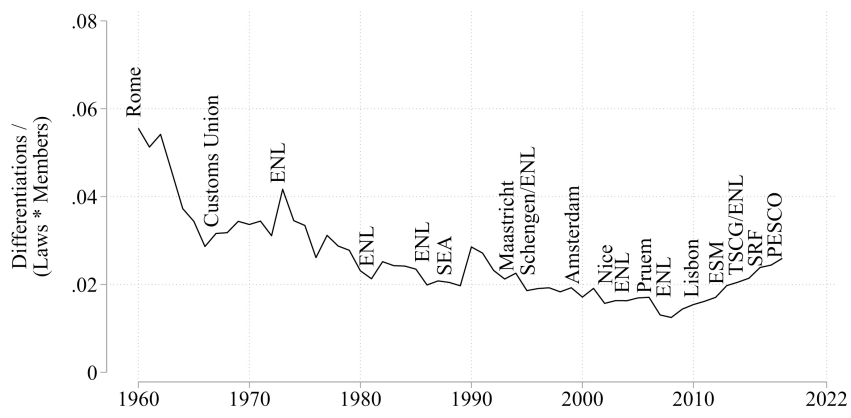
The tendency of differentiation to rise and decline after enlargements is still visible in [Figure 2](#). However, we cannot speak of an unambiguous long-term trend towards ever more differentiation. In 2022, member states used about six percent of differentiation opportunities in EU treaty law, nearly the same as at the 1958 foundation of the European Economic Community (EEC). In relative terms, Eastern enlargement has not led to a higher level of DI than the Northern enlargement of 1973. It seems, however, that DI has established a higher base level after 2004 and will not return to the two-percent level, as after earlier enlargement rounds.

Figure 2 Differentiations in the EU relative to opportunities

a) Differentiation in EU treaties



b) Differentiation in EU legislation



Note: Panel b omits 1958 and 1959. The share of differentiation was above 20 percent in 1958 and still 10 percent in 1959 but EU secondary law consisted of only 20 (1958) and 40 (1959) pieces of legislation.

In secondary legislation, the seeming upward trend we saw above in fact turns into a long-term trajectory towards uniformity that lasted until 2008. The early 1960s in which the EU's *acquis* contained very few laws makes this trend appear somewhat more extreme than it is. Yet, at the very latest the late 1960s, after the completion of the Customs Union, constitute a valid starting point. Even since then a clear downward trend has materialized. By 2008,

member states were using just above one percent of their legislative differentiation opportunities. [Figure 2](#), in comparison to [Figure 1](#), makes clear that law production outpaced the accumulation of legislative differentiations for most of the Union's history.

However, this situation has changed with the rise in differentiation since 2008. Since then, the share of legislative differentiation has more than doubled from 1.2 to 2.6 percent. While this trend has been accentuated by a decline in EU legislative activity (and corresponding differentiation opportunities) between 2010-2012, it is predominantly driven by a large increase in ongoing differentiations from 477 in 2008 to 1027 in 2018. This post-2008 rally has largely jeopardized the long-term trend towards uniformity. The 2018 level had last been exceeded in 1990-1991 after German unification and, before then, in 1979 before differentiation related to the Northern Enlargement expired. Yet even the rise in relative legislative differentiation since 2008 remains within the long-term range of secondary-law DI established since the late 1960s. We do not see the same post-2004 step change as in treaty-law DI. It is possible, however, that this step change has 'trickled down' to secondary law to some extent.

Taken together, the two figures suggest that differentiation increases with integration progress in general and instances of EU deepening and widening in particular. Quantitatively, the effect of EU enlargements has been particularly pronounced. Yet, the figures warrant caution as to the unconditional interpretation that differentiation is becoming ever more widespread in the EU. More cases of DI in treaty and secondary law, especially in the 2000s, after enlargements, and after intergovernmental treaties constitute one side of the story. The other is the stability of treaty-based DI relative to differentiation opportunities, the growing relative uniformity in EU legislation until 2008 and the transitory nature of the differential treatment of new member states. The stability of weighted treaty-based DI indicates that differentiation has largely served to facilitate – and compensate for – the growth of European integration. In our interpretation, it has accommodated the increasing heterogeneity of EU member states and the contestation about the European integration of core state powers. Moreover, the long-term decrease of weighted legislative differentiation testifies to the harmonizing capacity of EU law-making – at least at the level of the formal validity of legislation. The rapid increase in weighted and absolute legislative differentiation after 2008 puts this observation into perspective, however. Understanding whether this development is a temporary result of the multiple crises of this period or a more lasting feature, for instance as a consequence of the higher level

of treaty-based DI, requires further analyses at the country and policy level. Finally, the differential treatment of new member states appears to be transitory for the most part.

D. Multi-speed integration: transitory differentiation, common destination

Multi-speed integration is characterized by temporal differentiation. If European integration conformed to the multi-speed mode of differentiation, we should observe that differentiations are temporary and have a moderate duration, and that differentiations in new member states decrease over a reasonable period of time. Multi-speed integration further assumes that European integration will become uniform (again) in the end. Because the EU continues to admit new member states, expand its tasks, and centralize decision-making, we cannot observe, however, whether this assumption is correct. The analysis will therefore focus on the duration and termination of individual differentiations.

Of the total of 233 treaty-based differentiations, 171 (or 73%) had expired by the end of 2022⁹, up from 63% in 2020. Of the 62 differentiations that will remain active, more are likely to expire at some point in the future. In sum, the great majority of differentiations follow the pattern of multi-speed integration: temporary exemptions from eventually uniform EU rules.

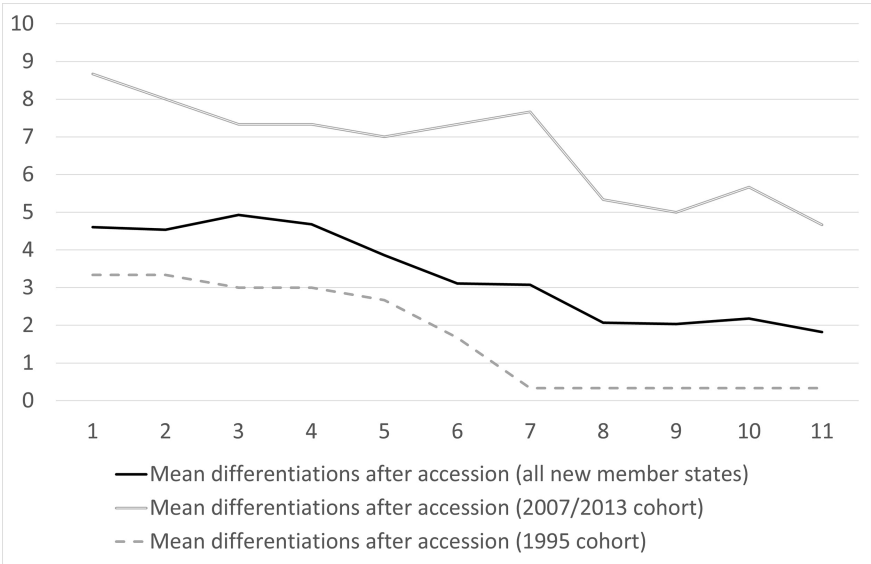
The mean duration of treaty-based differentiations is eight years and ten months. The 171 terminated differentiations have even expired after less than six and a half years on average. Only 32 differentiations (14 percent of the total) have lasted for 17 years or longer (i.e., more than one standard deviation above the mean). Of the 62 differentiations still active from 2023, 25 meet this threshold for durable differentiations. Almost half of these durable differentiations (12) result from the non-participation of member-states in the 2005 Prüm Convention ('on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration'), which has only been partly incorporated in the EU treaties. The others comprise the Eurozone non-membership of Denmark, Sweden, the Czech Republic, Hungary, and Poland; the Schengen non-membership of Cyprus and Ireland; exemptions from the free movement of capital (mainly relating to foreign ownership of land property) for Denmark, Estonia, Hungary and Malta; and exemptions in the Justice and Home Affairs domain for Denmark

⁹ Here we include the differentiations of Croatia from the Economic and Monetary Union, which end on 31 December 2022 as Croatia will adopt the euro from 1 January 2023.

and Ireland. The list suggests that durable differentiations cluster in a limited number of member states and specific policy areas (especially monetary and interior policies). These differentiations are the most likely to defy the mode of multi-speed integration.

Multi-speed integration implies that member states have most differentiations when they join, and that the number of differentiations decreases over the duration of membership. In this case, DI serves to facilitate intergovernmental agreement both by postponing the effects of heterogeneity and based on the expectation that heterogeneity will decrease over time. In line with this implication of multi-speed integration, [Figure 3](#) shows that the average number of treaty-based differentiations of new member states drops from 4.6 in the year of accession to 1.8 eleven years later. As the figure also shows, new member states often acquire additional differentiations in the first years of membership; then the number of differentiations drops sharply between years 3 and 8, i.e., around the average duration of terminated differentiations. Yet the mean for all member states masks significant variation across accession cohorts. Whereas the 1995 accession countries (Austria, Finland and Sweden) had ended almost all differentiations in the first seven years of membership, the most recent members (Bulgaria, Croatia and Romania) not only started, but also remained at a much higher level of initial differentiation during the same period.

Figure 3 Treaty-based differentiation in new member states



Note: Mean number of differentiations of new member states in the first eleven years after accession.

Shifting our attention from EU treaties to legislation, we again see evidence of a consolidation trajectory and declining differentiation after enlargements until the 2008 change in the overall trend. [Figure 4](#) shows separate graphs for each accession cohort, which reveal a broadly similar picture. The Northern (panel b) and Southern (panel c) accession cohorts joined the EU with many legislative differentiations or accumulate these in the first years of membership. The EFTA cohort followed this pattern, albeit far less clearly. For the countries that joined the EU after 2000, opt outs from legislation were initially very rare – in line with or below the levels of differentiation of older member states at the time. With one exception, all cohorts quickly converged towards the long-term consolidation trend led by the founding member states. This is also true for a special kind of enlargement: the ‘accession’ of the former German Democratic Republic to the Federal Republic Germany and, thus, to the EU. While German unification caused an extraordinary amount of special treatment in EU legislation, these differentiations quickly dissipated during the 1990s.

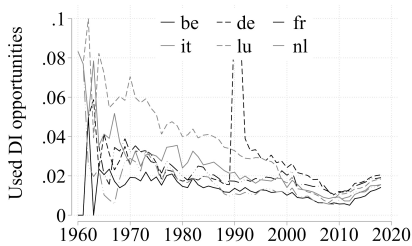
The Northern cohort constitutes the one clear-cut exception from the otherwise remarkably uniform development of legislative differentiation. After their accession in 1973, Britain, Denmark and Ireland initially converged

towards levels of differentiation similar to the founding and Southern cohorts. However, in the 1990s, unlike these member states, the Northern countries began to accumulate new differentiations and have since followed this path. This is a deviation from the mode of multi-speed integration.

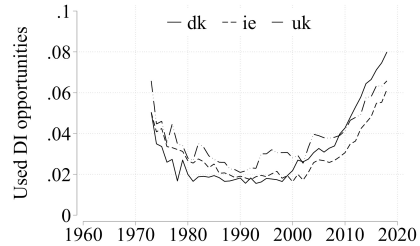
Finally, since 2008 all member state cohorts have left the paths towards uniform integration and instead contributed about equally to growing differentiation. The trends continue to be notably similar, and the Northern cohort continues to follow a more extreme trajectory than the other countries, but the direction has changed from progress towards integration to growing differentiation.

Figure 4 Legislative differentiation in accession cohorts

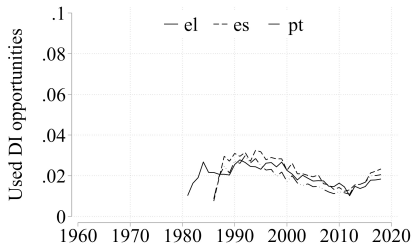
a) Founding members



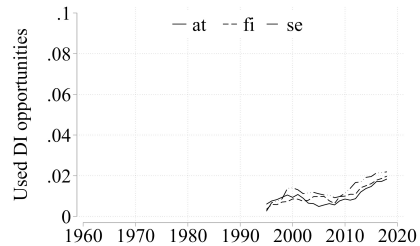
b) Northern enlargement



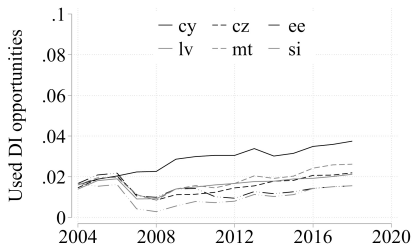
c) Southern enlargement



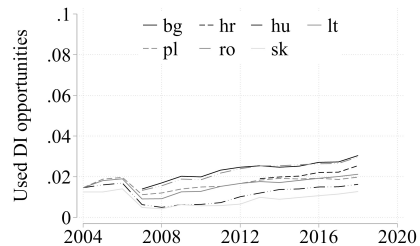
d) EFTA enlargement



e) Eastern enlargement I



f) Eastern enlargement II



Note: The share of differentiation opportunities used by EU member states, separated by accession cohorts.

Finally, we observe that duration and termination vary with the origins of differentiation in either EU enlargement or treaty reform. Overall, the 124 differentiations from accession treaties have lasted for a little over seven years on average. Only seven (6%) have been in force for 18 years or longer, and 110

(89%) had ended before 2023. The 109 differentiations agreed on in the context of treaty reform have not only lasted significantly longer on average (10 years and 10 months), but 24 of them (22%) have already been in force for at least 18 years, and only 61 (56%) were terminated by the end of 2022. All differentiations that have been in place for a very long time (more than 20 years) started in the context of treaty revisions.

It should be said, however, that as the most recent enlargements recede into history – the Eastern enlargement wave took place in 2004 and 2007, and since then only Croatia joined in 2013 – the temporal difference between accession- and reform-based differentiations becomes less pronounced. Some of the accession-based differentiations that were meant to be transitional have turned out to be durable, either because new member states have lost interest in full integration – as in the case of Czechia, Hungary, Poland and Sweden refraining from adopting the euro in spite of a legal obligation to do so – or because the other member states have blocked their full integration – as in the case of Bulgaria's and Romania's full accession to the Schengen area. At the same time, a large number of long-lasting differentiations disappeared with the UK's withdrawal from the EU in 2020.

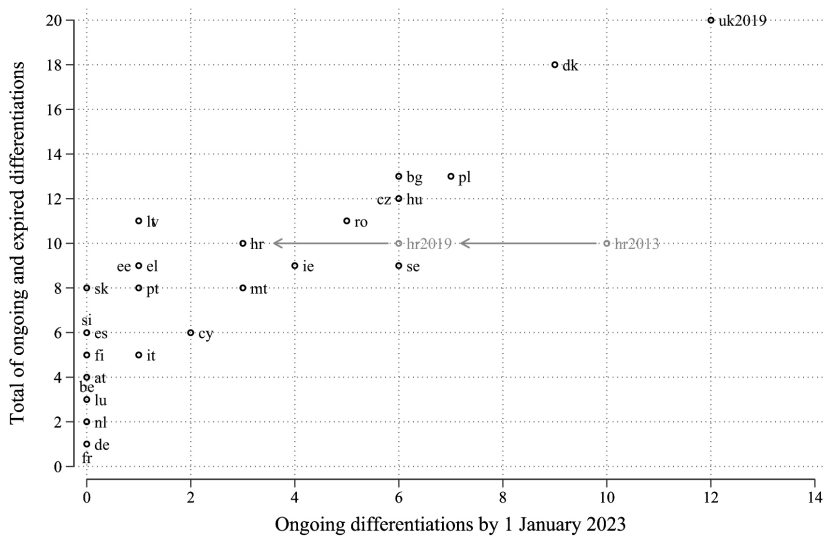
In sum, internal differentiation in the EU is predominantly multi-speed DI. A large majority of differentiations agreed on by the member states in the treaties and laws of the EU have already expired; and they have done so after a reasonable period of time. Our data reinforce the earlier conclusion that DI mostly serves as a temporary facilitator of EU integration and is not the harbinger of ever looser union. However, it remains too early to say conclusively whether the recent rise of differentiation at the level of both treaties and legislation will disappear over time as the EU emerges from a turbulent period, stabilize at the current levels, or continue. At the same time, we observe significant differences in the duration and termination of DI between accession and treaty reform. Multi-speed DI is typical of EU enlargement and the trajectory of EU member states in the post-accession period. Afterwards, however, treaty reforms introduce more long-lasting differentiations among the member states. Do these long-term differentiations constitute the distinct strata of member states that the idea of multi-tier integration suggests?

E. Multi-tier integration: inclusive core, reclusive periphery

In order to capture the potential multi-tier structure of EU integration, [Figure 5](#) shows both the number of differentiations that each member state has had since the beginning of its membership in the EU and the number of ongoing differentiations in 2023.

The figure suggests that we can currently broadly distinguish three distinct tiers or circles of membership: a core group of member states with at most a single ongoing differentiation, a second tier with 5-7 differentiations (the 'semi-periphery') and a peripheral group with over 9 differentiations. Croatia, Cyprus, Ireland and Malta (2-4 differentiations) are in between the core and semi-periphery. Upon accession, Croatia was close to the periphery but quickly moved towards the semi-periphery following the end of the free movement transition periods and the adoption of the Euro. As we move from the core to the periphery, the size of the groups becomes smaller: 16 in the first tier, six in the second tier, and only two (Denmark and the UK) in the third. After Brexit, the peripheral group has become a peripheral country. Denmark has, moreover, moved closer to the semi-periphery by abolishing its defence opt-out in 2022. The Danish Euro and Justice and Home Affairs opt-outs are likely to anchor it in the periphery for the near future, however. Overall, this top-heavy pattern indicates that EU multi-tier integration is not dominated by a small vanguard of highly integrated core countries but produced by a small group of laggards and refusers. This is not the pyramid structure typical of hierarchical core-periphery relations, but rather an inverted pyramid.

Figure 5 Multi-tier integration in the EU



Note: The vertical axis shows all differentiations a country has had between 1958–2022 regardless of whether these have expired or are ongoing. The horizontal axis only shows differentiations ongoing by 1 January 2023, when Croatia adopted the Euro. For the United Kingdom, differentiation ongoing by the end of the last full year of membership, 2019, are shown. For Croatia, the figure also shows ongoing differentiations when it joined the EU in 2013 as well as when it joined the Single Resolution Fund of Banking Union and transition periods in the free movement of workers and services expired in 2019.

Numerically, the differences between these three tiers appear small, but they represent qualitative distinctions in EU membership. The core group countries participate in all EU policies at the highest level of integration. They are both in the Eurozone and the Schengen area and adhere fully to the internal and external security *acquis*. Their differentiations are minor (restrictions to land ownership of foreigners and non-participation in the Prüm Convention). By contrast, Denmark and the UK have had opt-outs from EMU, JHA, defence (Denmark) and Schengen (UK). The semi-periphery is less coherent as a circle of integration but entirely outside the Eurozone. The four countries in-between the core and the semi-periphery are in the Eurozone but have sporadic differentiations in areas of internal (Cyprus and Ireland) and external

security domains (Malta). While Croatia remains outside of the Schengen area, it now meets the necessary conditions for accession according to the Council and is likely to join in the near future.¹⁰

In contrast to the mode of multi-speed integration, the distribution of member states across the three tiers does not simply reflect the duration of membership. Whereas all founding members and all countries of the Southern enlargement of the 1980s are in the core, Northern, EFTA, and Eastern enlargement countries are located in different tiers. Third-tier UK and Denmark have been EU members since 1973, whereas six core members only joined in 2004. Even though the correlation between a country's total and ongoing differentiations is strong, the core countries show considerable variation. Whereas the integration of the founding members (and some later joiners such as Austria and Finland) has never been strongly differentiated, other core member states have started from levels of differentiation that were as high as those of the more peripheral members. For instance, Latvia and Lithuania have had as many differentiations as Denmark currently has, but they have reduced them to a single differentiation in the course of time. Other successful cases of catching up are Greece, Estonia, and Slovakia. Together with the inverted-pyramid shape of DI, the core countries with a high number of initial differentiations, as well as Croatia's quick movement from periphery to semi-periphery, testify to significant permeability and upward mobility in the system of differentiation integration and to high inclusiveness of the core.

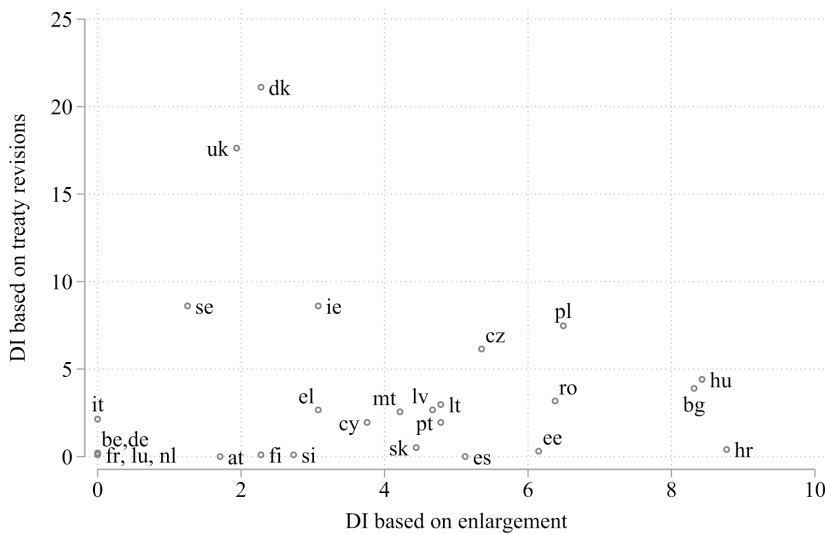
[Figure 5](#) represents a snapshot of 2022/23. However, ten years earlier (in 2013), the picture looked very similar, except that Latvia and Lithuania had not joined the core yet and Bulgaria and Croatia were still in the third tier. Just before Eastern enlargement (in 2003), the founding members, Austria, Finland and the Southern member states already constituted the core; the Northern enlargement countries were in the periphery; and Sweden in-between. The same stratification still holds 20 years later. While enlargement and the post-accession period always introduce movement into the system, long-term members occupy remarkably stable positions.

Moreover, we observe a marked difference in the relative contribution member states have made to differentiations based on accession and reform treaties. [Figure 6](#) sums up all the differentiations ever observed in the EU's treaty law and multiplies them by their duration. The result is a stock of the EU's total differentiation time resulting from treaty reforms and enlargements. The figure shows each member state's share in this differentiation stock.

¹⁰ See Conclusions of the Council of the European Union of 9 December 2021 (14883/21).

By definition, the six founding members of the EU did not contribute to accession-based DI. Yet, they have almost never stayed out of any deepening of European integration either.

Figure 6 Member states' contributions to differentiation in accession and reform treaties



Note: The horizontal axis shows the percentage of enlargement differentiation each EU member state has produced, where 100 percent would be all instances of differentiation in enlargement treaties multiplied by how long they have lasted. The vertical axis shows the same for treaty revisions.

In stark contrast, Britain, Denmark, Ireland and Sweden account for well over 50 percent of all differentiation time in the history of EU treaty reform – Britain and Denmark alone for nearly 40 percent – whereas their contribution to DI based on enlargement has been weak. With the exception of Ireland, this finding resonates with the common perception of these countries' citizens and parties as relatively Eurosceptic. The Irish case is explicable insofar as maintaining its special relationship with Britain, manifested institutionally in a common travel area, has required it to stay out of the Schengen area.

Most differentiation in enlargement treaties, on the other hand, can be found among the, at the time of their accession, relatively poor and less well-governed countries of the Southern and Eastern enlargements. The wealthier accession states in 2004, Cyprus and Malta, produced less differentiation than

the rest of their cohort. The EU's Northern and EFTA enlargements comprising wealthy Britain, Denmark, Ireland, Austria, Finland and Sweden also gave rise to comparatively little DI upon accession.

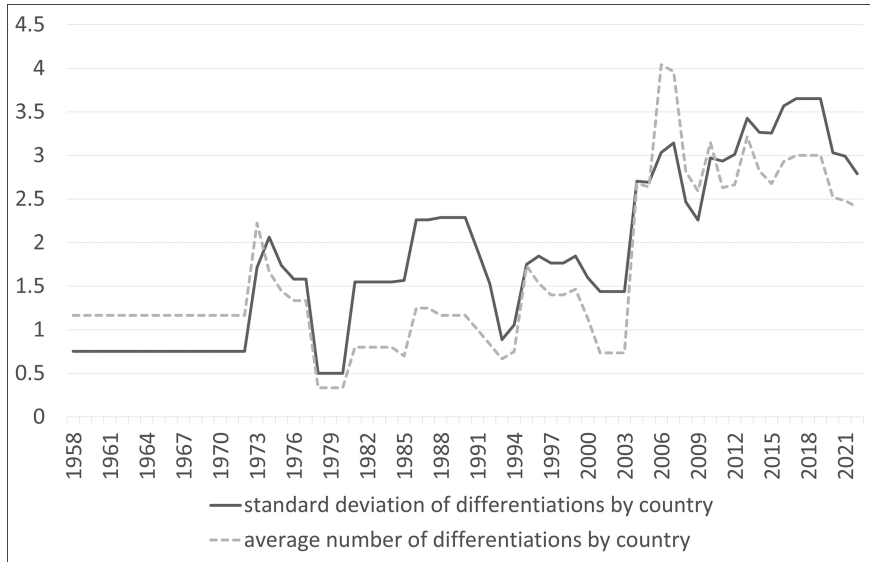
However, it is worth noting that some of the 2004 accession countries might be in the process of transitioning into trajectories similar to Britain and Denmark. The Polish refusal to be bound by the EU's Charter of Fundamental Rights is a sign of such a development. Moreover, countries such as the Czech Republic, Hungary, or Poland were initially excluded from the Eurozone, but now remain outside at least in part because they are sceptical of monetary integration. While the fact that countries join the EU while being poor compared to the then old member states seems to imply that they become subject to temporary DI, it does not rule out that other factors shape their behaviour in subsequent treaty reform negotiations.

The distinct position of the Northern group of countries in the landscape of treaty-based DI mirrors our findings on EU legislation. Not only do Northern countries (Denmark and the UK) populate the outer circle of member states and, together with Sweden and Ireland, share the bulk of opt-outs from EU treaty reforms. They also defied the long-term trend towards uniformity in EU legislation until 2008 and have contributed the most to the subsequent differentiation rally. Indeed, there are many examples suggesting that the Northern differentiations at the treaty and legislative level are institutionally connected. For instance, the Danish decision to opt out of the Union's treaty provisions on internal security policy also implies that it does not participate in legislation adopted on the basis of these treaty provisions. Member states that have not adopted the Euro also do not take part in legislation elaborating the rules of the common currency.

Finally, has the stratification of the EU increased or decreased over time? Based on the annual standard deviation of the number of treaty-based differentiations for each member state, [Figure 7](#) shows that we can actually observe a process of overall divergence. Whereas there have been periods, in which the differentiated integration of the member states has become more alike (e.g. between 1973 and 1980 or 1990 and 1993), the overall trend is one of member states drifting apart. Until the mid-1990s, short periods of divergence were followed by a return to earlier levels of similarity, but divergence has outpaced convergence ever since. This trend suggests that the multi-tier structure of the EU has become more pronounced over time. The figure shows that both the level of DI (measured as the mean number of differentiations across member states) and the variation in DI across member states have increased markedly in the mid-2000s, reaching a record high in the years 2017-2019.

Afterwards, the decrease of divergence was mainly a result of Brexit. It is not clear yet whether 2020 marks the beginning of a new trend towards further convergence among the tiers of integration.

Figure 7 Divergence in multi-tier EU integration



In sum, the dominant multi-speed mode of EU differentiated integration has been accompanied by the establishment and consolidation of a multi-tier structure since the 1990s. Multi-tier integration features a large and open core of (almost) uniformly integrated member states, which started with the founding members. Yet its ranks are continuously expanded by the multi-speed integration of new member states when the exemptions and exclusions of their accession period expire. While legislative differentiation has also increased in the core since 2008, it has done so equally across countries. By contrast, the periphery is a small (group of) integration-sceptic member state(s) with opt-outs from the reform treaties and the accompanying secondary legislation – it has also contributed the most to growing legislative differentiation since 2008. The semi-periphery, finally, consists of aspiring core member states, which have not been capable of overcoming their accession-based differentiations yet (such as Bulgaria and Romania), or member states that are unwilling to commit to the deepening of integration required for joining the core (such as the Czech Republic, Hungary, Poland and

Sweden). The core-periphery structure of European integration has, mostly, become more pronounced in the past decade but has weakened with the exit of one of the two members of the periphery.

F. Multi-menu integration: uniform market, differentiated core state policies

Multi-tier and multi-menu integration both assume durable differentiation, but multi-menu integration draws the boundaries along policies rather than groups of states. In multi-menu integration, sectoral unions form with distinct and variable groups of states for each integrated policy. This is not what we see in the durable component of differentiated European integration in the EU. Rather, a large group of core member states participate in all EU policies, whereas the peripheries participate in subsets of EU policies. That does not exclude a policy dimension of differentiated integration. In keeping with the menu metaphor, core and periphery share the two main courses (institutional and market policies), but the core indulges in an extra course of core state power integration. Moreover, the policies affected by differentiation vary considerably between enlargement and treaty reform.

For our analysis of the policy dimension of DI, we aggregate 42 individual policy issues reflecting the structure of European treaties and headings of treaty sections into policy areas and further into policy domains (see [Table A1](#) in the Appendix). [Table 1](#) lists these policy areas and domains and shows how primary-law differentiations and their durability are distributed across them.

Table 1 Differentiations across policies

Domain	Policy	Differentiations	Avg. duration	% ongoing
Institutions		0	0	0
Regulation	Social policy	1	6	0
Expenditure	Agriculture	7	10.7	0
Market	Free movement	75	8.7	8
	Flanking policies	16	4.7	0
	Market total	91	8.0	7
Core state powers	Foreign policy	4	12.8	25
	Interior policies	72	8.6	32
	Monetary policy	58	10.2	55
	Core state total	134	9.4	42

Note: The numbers reflect the state of differentiation as of 1 January 2023.

In the domain of ‘institutions’, we find no differentiation at all. All member states share the EU’s principles, organizational bodies and the EU budget. This would not be the case had the majority of British voters backed Remain and the ‘New Settlement’ negotiated between the Cameron government and the European Council, which conceded that ‘the references to ever closer union do not apply to the United Kingdom’ (European Council 2016). A Eurozone Parliament or a Eurozone budget, as proposed by Eurozone reformers, would also introduce DI in the domain of institutions (unless it was codified only in the policy-specific sections of the treaties, as is the ECB and the Eurogroup of finance ministers).

In expenditure and regulation, more precisely agriculture and social policy, we find few differentiations, all of which have expired. The market and core state policies thus remain as the two relevant policy domains for differentiated integration. Almost 40 percent of all differentiations belong to the domain of the market, whereas nearly 60 percent refer to core state powers: foreign and defence, interior and justice, and monetary policies. Typical market examples include limits to the free movement of workers or the freedom to provide services for the eastern European countries that have joined the EU since 2004. Schengen and Eurozone differentiation are widely known and visible as is the fact that, for instance, Denmark and Ireland do not participate fully in the Union’s internal security policies. Less well-known examples include restrictions on the cross-border acquisition of agricultural land (limiting the

freedom of movement of capital). Overall, the average duration of core state power differentiations (9.4 years) is somewhat longer than that of market differentiations (8 years). More remarkably, whereas only 7 percent of market differentiations are ongoing, 42 percent of differentiations in the domain of core state powers (55 percent) are still in effect at the beginning of 2023. Whereas the market is the typical domain of multi-speed integration, core state powers are the typical domain of durable multi-tier integration.

Moreover, certain differentiated policy areas are also more relevant in enlargement than in treaty reform and vice versa (Figure 8). Market policy differentiations (free movement and flanking policies) arise nearly exclusively in the context of enlargements. These differentiations, as we saw earlier, govern the gradual inclusion of relatively poor newcomers into the EU market. In contrast, treaty reforms produce almost no market differentiation but many opt-outs in core state powers, notably in interior and monetary policy. As the previous sections have shown, these cases of differentiation are generated predominantly by the Union’s comparatively sovereignty-sensitive Northern member states. It is nevertheless important that core state powers also give rise to concerns over adequate border protection and currency management by relatively poor member states. Indeed, we also observe noteworthy numbers of differentiation cases in core state powers in the context of accession treaties.

Figure 8 Differentiations originating in accession and reform treaties, by policy area

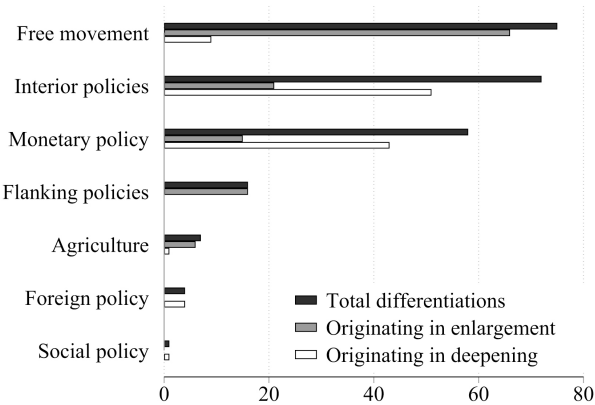
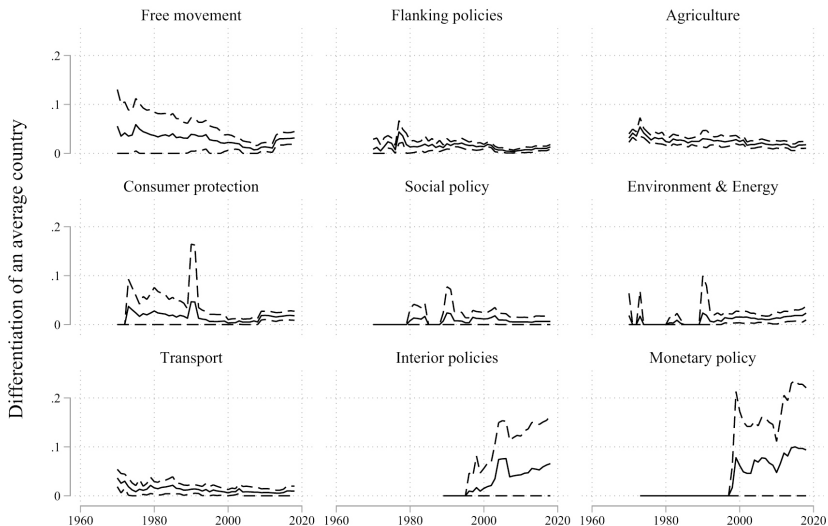


Figure 9 examines policy variation in the differentiation of EU legislation. It offers a nuanced perspective on the initial, long-term trend towards uni-

formity and the post-2008 rise in legislative differentiation. The long-term trend towards uniformity is visible in most of the EU's market and regulatory policies. In these areas, the overall amount of DI as well as the differences between countries had shrunk to near irrelevance by 2008. Environment and energy policies and (albeit at a low level) consumer protection policies have been more long-standing exceptions from this trend with stable or slightly increasing differentiation. The impact of German unification has been especially pronounced in policies that impose regulatory burdens on the economy. Moreover, these exceptions notwithstanding, the strong rise of differentiation after the 2008 that we saw earlier is hardly visible in the EU's market, spending and regulatory policies – rather we see the consolidation of differentiation at a very low level and at most mild increases. The strongest increase – in the free movement of goods, services, workers, and capital – is predominantly a spill-over from the Eurozone crisis and EU efforts to regulate financial markets, banking, and budgets. Legislation on the Single Supervisory Mechanism, capital requirements, or monitoring of draft budgets and excessive deficits relied on legal bases in the single market sections of the treaties, for example.

Figure 9 Legislative differentiation by policy areas



Note: The figure shows the differentiation opportunities used by an average country plus/minus one standard deviation (dashed lines). It omits legislation in cohesion and foreign policies and institutional matters since there is little legislation in these areas.

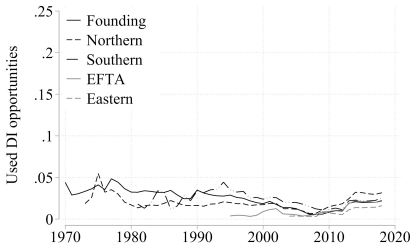
Core state powers are the main exception from the growth and consolidation of uniform integration in EU legislation – and the dominant driver of the differentiation rally since 2008. In interior and monetary policies, legislative differentiation grew quickly in the 1990s and early-2000s alongside developments at the treaty level such as the entry into force of the Schengen Area, the third stage of monetary union, and enlargements. After a consolidation period as new member states joined Schengen and the Eurozone, differentiation has been on the rise again. The main differentiation phases encompass 2011-2014 (monetary policy) and 2013-2017 (interior policies). In monetary policy, legislation on budgetary surveillance, macroeconomic imbalances, and banking union has given rise to differentiation. In interior policies, legislation related to migration and refugee flows has been one key driver – the Dublin III regulation, rules on border surveillance and the European Border and Coast Guard, the registration of entry and exit data for third-country nationals, and travel documents for the return of illegally staying third-country nationals fall into this category. Burgeoning, post-Lisbon legislative activity in justice policies has also contributed to differentiation. Examples include legislation related to the Roadmap for strengthening procedural rights in criminal proceedings, the European Public Prosecutor's Office, fraud against the Union's financial interests, or attacks against information systems.

Northern European member states have driven core state power differentiation not only at the level of treaties but also in the Union's legislation. [Figure 10](#), which aggregates the EU's competences into four broad domains, shows that Britain, Denmark and Ireland have on average used over 25 percent of their legislative differentiation opportunities in core state powers compared to less than 5 percent in the case of all other groups of member states. Overall, the other cohorts have remained at low levels even in recent years but have all contributed to growing differentiation. The Eastern and EFTA cohorts in which several countries retain Eurozone and interior policy opt-outs have been the main sources of differentiation except for the Northern cohort.

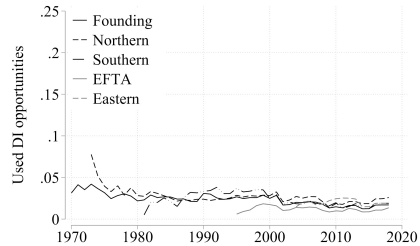
In sum, internal differentiation in the EU does not follow the mode of multi-menu DI, in which we would see varying groups of countries organized by different policy areas. Rather, policies are embedded in a hierarchical, multi-tier structure, in which the core is integrated in all policies at the highest level, whereas the lower tiers opt out, or are excluded, from one or more policies.

Figure 10 Legislative differentiation for groups of members in the EU's major policy domains

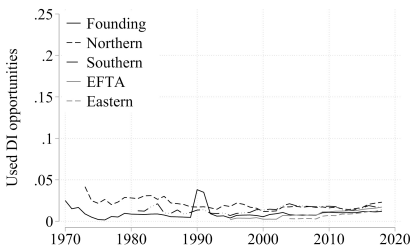
Market legislation



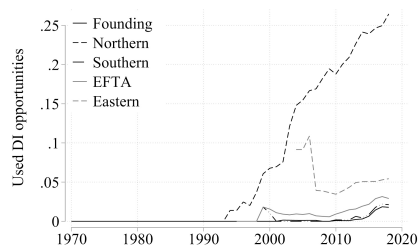
Expenditure legislation



Regulatory legislation



Core state power legislation



Note: The figures show the share of differentiation opportunities used by member states. The domain 'Institutions' is omitted since it contains very little EU legislation.

Yet, DI clearly has a policy dimension. First, formal institutions are the domain of (almost) uniform treaty-based integration. New member states enjoy full member status in the EU's institutions from day one of membership, and opt-outs do not pertain to the general institutional principles, bodies and procedures of the EU. Participation in the institutions and procedures defines what it means to be an EU member state beyond varying participation in the EU's policies. Second, the market is the domain of multi-speed Europe. Differentiations in market freedoms and the market-correcting regulatory and redistributive policies are highly likely to end after a reasonable period of time. Member states of all tiers participate (nearly) uniformly in the market and related policies. These areas have contributed little to the recent rise of differentiation and, if so, mainly as a result of spill-overs from the governance and

reform of the Eurozone. Finally, core state powers are the domain of multi-tier Europe. Core member states make core state policies, and (the integration of) core state powers makes core member states.

G. Outlook: a period of consolidation

This article is based on data ending in 2022 for EU treaties and 2018 for EU legislation. Yet differentiated integration is an ongoing process shaped by processes of enlargement, treaty reform and legislation. Moreover, it is by no means clear that the future development of DI will necessarily continue the trends and patterns that we have observed. In the past, the Treaty of Maastricht establishing the European Union and the expansion of European integration from market to core state policies constituted a breaking point in the development of DI. The withdrawal of the UK from EU membership and the Ukraine war might generate new ones. Whether the recent rise of differentiation in the aftermath of the multiple crises that the EU has faced over the past decade will continue, consolidate or decline remains to be seen as well. In this section, we will therefore take a look at recent developments in DI and speculate about its future trajectory.

Enlargement has always been a major source of differentiation in European integration. Future enlargement is therefore likely to increase the number of total and ongoing differentiations in the EU. Conversely, the fact that enlargement has been on hold since Croatia's accession in 2013, has had a mitigating effect on DI. The Russian war against Ukraine has strengthened the geopolitical rationale for EU enlargement, revived the enlargement process of the Western Balkans, and earned the 'Association Trio' of Georgia, Moldova and Ukraine the status of (potential) candidates for membership.

If and when these countries join, they will likely produce a step change in DI similar to, or even surpassing, the effect of the 2005/2007 Eastern enlargement. The current group of accession hopefuls is similar in number to Eastern enlargement. Moreover, those countries that have joined the EU most recently – Bulgaria, Croatia and Romania – have not only started their membership with a comparatively high level of differentiation, but also remained at this high level for a long time (see [Figure 3](#)). This observation lets us expect that future members from the same region (Southeast Europe) are likely to repeat the same pattern. Future enlargements may thus deviate from the past pattern of multi-speed differentiation and quick approximation of old member states' levels of differentiation. Rather, enlargement may become an additional source of durable, multi-tier differentiation in the future. Yet, none of these countries will be able to join the EU in the near term. The

conclusions are therefore ambivalent: whereas additional enlargement-based differentiations are unlikely to appear in the near future, they will likely be more numerous and more durable if and when enlargement happens.

Considering future treaty revisions produces similar predictions. Major treaty revisions are unlikely to happen but prone to produce significant differentiation if they do. The Treaty of Lisbon of 2009 was the most recent major revision of the EU's basic treaty framework. A similar overhaul of the main treaties is not on the cards – both because of disagreement among the member states about the desirability and the direction of such a revision and because of high uncertainty about domestic ratification in a highly politicized EU.

Change is more likely to be driven by the shocks and crises the EU has experienced in recent years, rather than from long-planned processes of institutional development. But have these crises put the EU on a slippery slope of 'ever looser union' or generated more uniformity? The record is heterogeneous but points to increasing consolidation. Our data show that the Eurozone crisis has been a major driver of DI both at the treaty level (e.g. in the ESM Treaty and Fiscal Compact) and in legislation (above all on the European Banking Union). For one, however, the additional differentiation has mainly reproduced existing divides in EMU. Whereas core member states faced pressure to respond to the crisis with new treaty-based or legislative instruments, the non-Euro area countries in the periphery and semi-periphery typically refrained from adopting these measures.¹¹ In addition, whereas no state has left the Eurozone, the Baltic countries and Croatia have joined. Finally, the remaining legislative projects related to the banking union stagnate.

Other crises have not proven to be drivers of DI. The migration crisis has not generated significant additional differentiation in spite of the already differentiated nature of the internal security policy domain. One reason is that, in contrast to extensive Eurozone reforms, the member states were unable to agree on a major overhaul of the EU's asylum system in the first place.¹² By contrast, in response to the Covid-19 pandemic, the EU did achieve agreement – and its instruments of fiscal and health solidarity comprised all the member states. In the Ukraine crisis, the EU has focused on sanctions against Russia and support for Ukraine – which have been overwhelmingly uniform again. In

¹¹ Schimmelfennig/Winzen, *Ever Looser Union*, Chapter 2020, Chapter 8.

¹² Frank Schimmelfennig/Thomas Winzen, *Cascading Opt-Outs? The effect of the Euro and migration crises on differentiated integration in the European Union*, in: *European Union Politics* 24, 2023, forthcoming.

contrast to earlier failed attempts to terminate its Maastricht opt-outs from the euro and JHA, Denmark even voted to abolish its thirty-year old defence opt-out – and it took national measures paralleling the EU's Temporary Protection Directive for Ukrainian refugees, which falls under the Danish JHA opt-outs.

It is the Brexit crisis, however, that has had the most important impact on the EU's system of DI. In quantitative terms, in January 2020, Brexit removed twelve treaty-based differentiations (14% of all ongoing differentiations; see [Fig. 1](#)) and the member state with the highest share of exemptions from EU legislation in force (roughly 8%; see [Fig. 4](#)). Yet the qualitative effects are equally if not more important. First, Brexit has had a visible effect on the multi-tier structure of DI (see [Fig. 5](#)). Without the UK, Denmark will remain the only country in the peripheral tier of DI, and we might more appropriately speak of a two-tier system with Denmark as an outlier. In addition, the Irish opt-out from Schengen and JHA – and the Polish opt-out from the Charter of Fundamental Rights – will look more awkward after the UK leaves.

Second, as a large member state with a high number of opt-outs from integration in core state policies, the UK has served as an anchor country of DI in the EU. It has stood for and propagated DI as an alternative to 'ever closer union' and put critical mass behind this alternative. It has thereby lent DI both viability and legitimacy. Without being able to rally behind the UK, smaller countries will find it more difficult to achieve DI in EU negotiations. It is conceivable, for instance, that the member states would not have been able to agree on a uniform Next Generation EU program in the Covid-19 crisis with the UK at the negotiating table. Third, the EU-27 reacted to Brexit with a unified response and with a hard negotiation stance in defence of the integrity of the EU's internal market and legal system. This reaction not only frustrated British attempts to negotiate bilaterally with individual member states and strike a 'cakeist' deal. It also deterred Eurosceptic parties that had played with the idea of following the UK out of the EU or out of certain integrated policies.¹³ And it signalled resolve to other non-member states negotiating 'external differentiation' with the EU – such as Switzerland.

In sum, current conditions of European integration point to consolidation and more uniformity in the EU system of differentiated integration. The stagnation in the EU's widening and deepening, the pressures of solidarity in the recent

¹³ See Laffan, Brigid, How the EU27 Came to Be, in: *Journal of Common Market Studies* 57, 2019, SI, 13-27; Chopin, Thierry / Lequesne, Christian, Disintegration reversed: Brexit and the cohesiveness of the EU27, in: *Journal of Contemporary European Studies* 29, 2020, 419-431.

crises of the EU, and the exit of the ‘champion’ of DI, suggest that the dynamics of differentiation will pause as well. If the EU has used DI to facilitate the deepening and widening of integration to more contested policy areas and diverse member states, it is only consequential that differentiation declines if integration slows down and the most Eurosceptic member state leaves. This consolidation is clearly visible in the most recent data on treaty-based differentiation. Whereas DI will not decline to pre-Eastern enlargement levels, it has already reached a post-Eastern enlargement low.

Appendix

Table A1 Policy areas in European integration

Policy domain	Policy area	Policy issue (42)
Market	Free movement	Free movement of goods, services, workers, and capital, freedom of establishment (5)
	Flanking policies	Competition, taxation, economic policy, industry, tourism, research and technology (6)
Expenditure	Agriculture	Agriculture (1)
	Cohesion	Economic and social cohesion (1)
Regulation	Consumer protection	Consumer protection, public health. civil protection (3)
	Social policy	Social policy, employment policy (2)
	Environment & energy	Environment, energy (2)
	Transport	Transport, Trans-European Networks (2)
Core state powers	Foreign policy	Common foreign and security policy; development cooperation (2)
	Interior policies	Justice and home affairs; visa, asylum, immigration Schengen; Prüm; Charter of Fundamental Rights (5)
	Monetary policy	Monetary policy; ESM Treaty; Fiscal Compact; Single Resolution Fund (4)
Institutions	Institutions	Principles, institutional provisions, financial provisions, general provisions, final provisions, approximation of laws, administrative cooperation, Protocol European Investment Bank, Protocol privileges and immunities, overseas territories (9)

Source: Schimmelfennig and Winzen (2020).

EuZ

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT

24. Jahrgang

Herausgeber

Europa Institut an der
Universität Zürich
Hirschengraben 56
8001 Zürich
Schweiz
eiz@eiz.uzh.ch

Institut für deutsches und
europäisches Gesellschafts-
und Wirtschaftsrecht der
Universität Heidelberg
Friedrich-Ebert-Platz 2
69117 Heidelberg
Deutschland

LL.M. Internationales
Wirtschaftsrecht
Universität Zürich
Hirschengraben 56
8001 Zürich

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. (em.) Dr. Heinz-Dieter Assmann, Universität Tübingen (Bank- und Kapitalmarktrecht); Prof. (em.) Dr. Peter Behrens, Universität Hamburg (Gesellschaftsrecht); Prof. Dr. Andreas Glaser, Universität Zürich (Staatsrecht und Demokratie); Prof. Dr. Michael Hahn, Universität Bern (Wirtschaftsvölkerrecht); Prof. Dr. Waltraud Hakenberg, Universität des Saarlandes (EuGH); Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich (Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht); Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, Universität Zürich (Umwelt, Energie); Prof. Dr. Bernd Holznagel, Universität Münster (Telekommunikation, Medien); Prof. Dr. Dr. Dr. Waldemar Hummer, Universität Innsbruck (Auswärtige Beziehungen); Prof. Dr. Andreas Kellerhals, Universität Zürich (Gemeinsame Handelspolitik); Prof. Dr. Helen Keller, Universität Zürich (EMRK); Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Universität Freiburg i. Br. (Arbeits- und Sozialrecht); Prof. Dr. Francesco Maiani, Universität Lausanne (Strafjustiz und öffentliche Verwaltung); Prof. Dr. René Matteotti, Universität Zürich (Steuerrecht); Prof. Dr. Frank Meyer, Universität Zürich (int. Strafprozessrecht); Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, Universität Heidelberg (Binnenmarkt und Industriepolitik); Prof. Dr. Matthias Oesch, Universität Zürich (Institutionelles, Rechtsstaatlichkeit); Prof. Dr. Roger Rudolph, Universität Zürich (Arbeits- und Privatrecht); Prof. Dr. jur. Dres. h.c. Jürgen Schwarze, Universität Freiburg i. Br. (Allgemeine, institutionelle und finanzielle Fragen); Prof. Dr. Florent Thouvenin, Universität Zürich (Datenschutz); Prof. (em.) Dr. Rolf H. Weber, Universität Zürich (Digitale Transformation); Prof. (em.) Dr. Roger Zäch, Universität Zürich (Konsumentenschutz)

Redaktion

Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt (Leitung)

MLaw Sophie Tschalèr

Dr. Wesselina Uebe, Rechtsanwältin

Urheberrechte

Alle Beiträge in diesem Open Access-Journal werden unter den Creative Commons-Lizenzen CC BY-NC-ND veröffentlicht.

Cover-Fotos: 01/2022: Maximalfocus, [Unsplash](#), 02/2022: Greg Rosenke, [Unsplash](#), 03/2022: Dmytro Varavin / iStock (Stock-Fotografie-ID: 1176974184), 04/2022: Kin Wai Cheung, [Unsplash](#), 05/2022: Ian Beckley, [Pexels](#), 06/2022: Lucas Kapla, [Unsplash](#), 07/2022: Michelle Si, [Pexels](#), 08/2022: Albin Biju, [Pexels](#), 09/2022: Michael Dziedzic, [Unsplash](#), 10/2022: Myriam Zilles, [Unsplash](#), 11/2022: asim alnamat, [Pexels](#)

Erscheinungsweise

EuZ – Zeitschrift für Europarecht erscheint zehnmal jährlich online. Die Leitartikel werden zu Beginn des Folgejahres zusätzlich in Form eines Jahrbuchs als eBook sowie im Wege des print on demand veröffentlicht.

Zitierweise

EuZ, Ausgabe 1/2022, A 13.

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

AUTORINNEN / AUTOREN:

**Andri Abbühl / Sebastian Heselhaus /
Matthias Horst / Peter M. Huber /
Waldemar Hummer / Thomas Jutzi /
Angela Müller / Kurt Pärli / Sarah Progin-
Theuerkauf / Frank Schimmelfennig /
Claudia Seitz / Uwe Trafkowski / Rolf H.
Weber / Thomas Winzen / Corinne
Zellweger-Gutknecht / Tadas Zukas**