



# ZEuS

28. Jahrgang 2025  
Seiten 357-535

# 03

---

## ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHTLICHE STUDIEN

---



### Herausgeber

Marc Bungenberg  
Christian Calliess  
Thomas Giegerich  
Michael Hahn  
Torsten Stein<sup>†</sup>

---

Markus Frischhut

**A Common Ethics Body for EU Institutions: A Glass Half-Full**

---

Tobias Schramm

**Die Kommission als Einziehungsbehörde von Vertragsverletzungsstrafen und ihre Kontrolle durch die Unionsgerichte**

---

Rahel Alia Müller und Prof. Dr. Michael Frey

**Die Verfahrensbeschleunigungsbestimmungen der TEN-E-VO im Zuge des Wasserstoffhochlaufs**

---

Marc Ziegler and Thomas Weck

**The EU and its Member States: increasing securitisation moves vis-à-vis China**

---

Berkay Doğu Yılmaz

**Applicability of the CISG to Asset Deals**

---

Elisabeth Hannah Woll

**Das Rahmenübereinkommen des Europarats über KI und Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit und die Verordnung der Europäischen Union über Künstliche Intelligenz: Parallelen und Unterschiede**



**Nomos**

Nomos  
**eLibrary**

**Herausgeber:** Prof. Dr. Marc Bungenberg LL.M. (Lausanne) | Prof. Dr. Christian Calliess LL.M.Eur. | Prof. Dr. Thomas Giegerich LL.M. (Virginia) | Prof. Dr. Michael Hahn LL.M. (Michigan) | Prof. Dr. Torsten Stein†

**Gründungsherausgeber:** Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress

Europa-Institut der Universität des Saarlandes · Sektion Rechtswissenschaft · Postfach 15 11 50 · D-66041 Saarbrücken

**Redaktion:** Dr. Bianca Böhme LL.M. | Prof. Dr. Jürgen Bröhmer | Dr. Christian von Buttlar LL.M. | Prof. Dr. Iris Canor | Karoline Dołgowski Master II en droit | Dr. Mareike Fröhlich LL.M. | Dr. Oskar Gstrein LL.M. | Prof. Dr. Robin van der Hout LL.M. | André Husheer | Dieter Lang LL.M.Eur. | Prof. Dr. Maria Meng-Papantoni | Prof. Dr. Zlatan Meškić | Dr. Kristina Müller | Prof. Dr. Alexander Proelß | Prof. Dr. Dagmar Richter | Rüdiger Sailer | Dr. Anne Thies LL.M. | Dr. Anja Trautmann LL.M. | Dr. Pieter Van Vaerenbergh LL.M. | Sebastian Ramelli LL.M.

## Inhalt

|                                                                                                                                                                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Markus Frischhut                                                                                                                                                                                                |            |
| <b>A Common Ethics Body for EU Institutions: A Glass Half-Full</b>                                                                                                                                              | <b>359</b> |
| Tobias Schramm                                                                                                                                                                                                  |            |
| <b>Die Kommission als Einziehungsbehörde von Vertragsverletzungsstrafen und ihre Kontrolle durch die Unionsgerichte</b>                                                                                         | <b>398</b> |
| Rahel Alia Müller und Prof. Dr. Michael Frey                                                                                                                                                                    |            |
| <b>Die Verfahrensbeschleunigungsbestimmungen der TEN-E-VO im Zuge des Wasserstoffhochlaufs</b>                                                                                                                  | <b>418</b> |
| Marc Ziegler and Thomas Weck                                                                                                                                                                                    |            |
| <b>The EU and its Member States: increasing securitisation moves vis-à-vis China</b>                                                                                                                            | <b>446</b> |
| Berkay Doğu Yılmaz                                                                                                                                                                                              |            |
| <b>Applicability of the CISG to Asset Deals</b>                                                                                                                                                                 | <b>482</b> |
| Elisabeth Hannah Woll                                                                                                                                                                                           |            |
| <b>Das Rahmenübereinkommen des Europarats über KI und Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit und die Verordnung der Europäischen Union über Künstliche Intelligenz: Parallelen und Unterschiede</b> | <b>509</b> |

## IMPRESSUM

### Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)

ISSN 1435-439X

**Schriftleitung:** Dr. Philipp Reinhold (V.i.S.d.P.)

**Lektorat:** Lisa Vita Landes

**Einsendungen bitte an:** Europa-Institut der Universität des Saarlandes | Sektion Rechtswissenschaft | Postfach 15 11 50 | D-66041 Saarbrücken | Telefon (0681) 302 6653 | Fax (0681) 302 4879 | E-Mail [zeus@europainstitut.de](mailto:zeus@europainstitut.de) | [www.zeus.nomos.de](http://www.zeus.nomos.de)

**Manuskripte und andere Einsendungen:** Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zur deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt. Eine eventuelle, dem einzelnen Beitrag oder der jeweiligen Ausgabe beigefügte Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter [www.nomos.de/urheberrecht](http://www.nomos.de/urheberrecht).

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der urheberrechtliche Schutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes oder über die Grenzen einer eventuellen, für diesen Teil anwendbaren Creative Commons-Lizenz hinaus ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben.

Der Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

**Anzeigen:** Verlag C.H. Beck GmbH & Co. KG | Media Sales | Dr. Jiri Pavelka | Wilhelmstraße 9 | 80801 München

Tel: (089) 381 89-687 | [mediasales@beck.de](mailto:mediasales@beck.de)

**Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:** Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG | Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden | Telefon (07221) 2104-900 | Fax (07221) 2104-899 | [www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Geschäftsführer: Thomas Gottlöber | HRA 200026, Mannheim

**Bankverbindung:** Sparkasse Baden-Baden Gaggenau: IBAN DE05 6625 0030 0005 0022 66 (BIC SOLADES1BAD)

**Erscheinungsweise:** Vierteljährlich

**Preise für die Druckausgabe:** Institutionen: Jahresabo 219,- €, Einzelheft: 37,- €.

Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil 18,- € bzw. Direktbeorderungsgebühr 1,90 € (Inland).

Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

Der Digitalzugang wird in der Nomos eLibrary bereitgestellt.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag

**Kundenservice:** Telefon: +49-7221-2104-222 | Telefax: +49-7221-2104-894 | E-Mail: [service@nomos.de](mailto:service@nomos.de)

**Kündigung:** Abbestellungen mit einer Frist von sechs Wochen zum Kalenderjahresende

**Adressenänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

# A Common Ethics Body for EU Institutions: A Glass Half-Full

Markus Frischhut\*

## Contents

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Point of departure and genesis                                                  | 360 |
| I. Trust, scandals, and normative point of departure                               | 360 |
| II. The long and difficult road thus far                                           | 363 |
| B. Analysis of the status quo of the Ethics body                                   | 365 |
| I. Legal bases                                                                     | 366 |
| II. Substance                                                                      | 369 |
| 1. Parties to the IIA and ‘members of the Parties’                                 | 370 |
| 2. IBES members and their independence                                             | 371 |
| 3. Independence in EU primary law                                                  | 373 |
| 4. Conflicts of interest                                                           | 375 |
| III. Tasks                                                                         | 377 |
| 1. Developing common minimum standards                                             | 377 |
| 2. Enforcement                                                                     | 379 |
| C. Analysis of what could have been added                                          | 380 |
| I. Potential obstacles                                                             | 380 |
| 1. The <i>Meroni</i> doctrine                                                      | 381 |
| 2. The institutional balance, the separation of powers and the independent mandate | 383 |
| II. Room for improvement                                                           | 385 |
| 1. Parties, members and staff                                                      | 385 |
| 2. Enforcement, monitoring, investigation and sanctions                            | 387 |
| D. Conclusion: a balanced step forward                                             | 391 |

\* Jean-Monnet-Prof. Dr. Markus Frischhut, Study Coordinator EU Law, head of the research group Responsibility & Sustainability at Management Center Innsbruck (Austria), and Adjunct professor at *Alma Mater Studiorum – Università di Bologna* (Italy); Jean-Monnet-Chairs on EU law and ethics (2016-2019) and on EU values (2019-2022). E-Mail: markus.frischhut@mci.edu. The author is grateful to the anonymous reviewers and to the editors for their valuable comments and suggestions that helped to improve this paper, which was finished beginning of June 2025. The author extends gratitude to the participants of the following events for their insightful discussions: ‘Thematic session’ of the ‘Ethics and Compliance Committee (ECC)’ of the European Central Bank (ECB), on 19 April 2024 in Frankfurt am Main; ‘Value added of Ethics – 20 years of Ethics at EIB’ event of the European Investment Bank (EIB) on 18 October 2024, online. All remaining errors are the sole responsibility of the author.

## Abstract

In the past, various scandals have undermined citizens' trust in the European Union (EU). Citizens will often not differentiate between the EU institutions affected by a particular scandal, instead they will rather blame the EU as a whole. Almost all EU institutions and advisory bodies (Article 13 TEU) have set up a new Inter-Institutional Agreement (IIA), creating an Inter-Institutional Body for Ethical Standards (IBES). The number of Parties to this IIA is remarkable. The main task of this body is to develop common minimum standards. While this ethics body is a significant first step, this contribution also explains why a more ambitious approach is both possible and desirable in the future. In some cases, this would not even require changes to EU secondary law (for example, Staff Regulations). Arguments often used against a strong ethics body, such as the *Meroni* doctrine on the delegation of powers or concerns about institutional balance, are unconvincing and not supported by an analysis of relevant case-law from the Court of Justice. In conclusion, the IBES can be seen as a half-full glass that could be further filled, particularly in light of a possible legal basis.

**Keywords:** Conflicts of Interest, Ethics, Independence, Integrity, Inter-institutional Agreements, Inter-institutional Body, Legal Basis, Meroni Doctrine, Scandals, Trust

### A. Point of departure and genesis

#### I. Trust, scandals, and normative point of departure

As aptly stated by ECJ President *Lenaerts*, “[i]t is said that ‘[t]rust takes years to build, seconds to destroy and forever to repair’”.<sup>1</sup> Numerous incidents that took place in various EU institutions,<sup>2</sup> including the European Commission (for example, concerning *Edith Cresson*,<sup>3</sup> *John Dalli*,<sup>4</sup> *José Manuel Barroso*,<sup>5</sup> or *Günther Oettinger*)<sup>6</sup> and the European Parliament (EP) (for example, ‘cash for amendments’),<sup>7</sup>

1 *Lenaerts*, CML Rev. 2017/3, p. 838.

2 For some examples concerning staff, see *Chiti*, in: Auby/Breen/Perroud (eds.), p. 258 ff.

3 ECJ, Case C-432/04, *Commission v. Cresson*, judgement of 11 July 2006, ECLI:EU:C:2006:455.

4 ECJ, Case C-615/19 P, *Dalli v. Commission*, judgement of 25 February 2021, ECLI:EU:C:2021:133. See also *Gräßle*, in: Dialer/Richter (Hrsg.), S. 213.

5 *Ad Hoc Ethical Committee*, Request for an opinion concerning the appointment of former President Barroso at Goldman Sachs International, available at: [https://commission.europa.eu/document/download/4772890b-acbb-4181-a92b-3ab3586ed190\\_en?filename=opinion-comite-adhoc-2016-10-26\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/document/download/4772890b-acbb-4181-a92b-3ab3586ed190_en?filename=opinion-comite-adhoc-2016-10-26_en.pdf) (7/6/2025).

6 *King*, Oettingate: Juncker's depressing spectacle, available at: <http://www.politico.eu/article/oettinger-controversy-a-depressing-spectacle/> (7/6/2025).

7 See generally, *Dialer/Richter*, in: Dialer/Richter (Hrsg.), S. 235.

Qatar-Gate,<sup>8</sup> and most recently Huawei-Gate),<sup>9</sup> have most likely decreased the trust of EU citizens.

Against this background, one can already nowadays identify various normative standards to avoid such scandals. In EU law these normative standards will often be found in EU primary law (for example, Article 2 TEU<sup>10</sup> on EU values;<sup>11</sup> Article 245 TFEU for Commissioners (referring to “integrity and discretion”); Article 41 CFR on good administration), Rules of Procedure,<sup>12</sup> the Staff regulations,<sup>13</sup> or related documents. Besides EU law, normative standards can also be found in other disciplines, such as ethics, as one branch of practical philosophy.<sup>14</sup> In EU law, one can find an increasing number of references to ethics.<sup>15</sup>

In ethics, there are three normative theories, deontology that focuses on the action itself (whether it is intrinsically right or wrong), consequentialism on the outcomes of this action, and virtue ethics on the actor.<sup>16</sup> As this can lead to different interpretations of what is considered ethical, another approach is to refer to ethical principles, such as integrity and discretion. Ethical standards will mainly address members or staff of EU entities.<sup>17</sup> In the case of lobbying, such rules can also affect those trying to influence EU entities. Especially in the regulation of lobbying<sup>18</sup> one can identify various ethical principles, such as ‘integrity’, ‘diligence’, ‘objectivity’, ‘honesty’ or ‘accountability’.<sup>19</sup>

8 Resolution (2022/3012(RSP)) on suspicions of corruption from Qatar and the broader need for transparency and accountability in the European institutions, OJ C 177 of 17 May 2023, p. 109; *Alemanno*, The Qatar scandal shows how the EU has a corruption problem, available at: <https://www.politico.eu/article/european-union-qatargate-alberto-alemanno-scandal-corruption-corruption-problem/> (7/6/2025).

9 *Roussi/Braun/Griera/Pollet*, Huawei bribery scandal rocks EU Parliament, available at: <https://www.politico.eu/article/belgian-police-raid-huawei-lobbyists-as-new-scandal-rocks-eu-parliament/> (7/6/2025).

10 See *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 2 EUV.

11 For the EU as a Community of values, see *Calliess*, JZ 2004/21, S. 1033.

12 For example, European Parliament decision (2023/2095(REG)), on amendments to Parliament’s Rules of Procedure with a view to strengthening integrity, independence and accountability, OJ C/2024/1770 of 22 March 2024 [hereinafter EP decision amendments RoP].

13 Regulation No 31 (EEC), 11 (EAEC), laying down the Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community, OJ P 45 of 14 June 1962, p. 1385, as amended by OJ L/2025/693 of 12 May 2025 [hereinafter Staff Regulations].

14 See *Frischhut*, Ethical Spirit, p. 9.

15 *Frischhut*, Ethical Spirit, p. 144.

16 See *Frischhut*, Ethical Spirit, p. 21 ff.

17 This term of ‘entities’ is used as an umbrella term to cover “institutions, bodies, offices and agencies”; cf. Art. 9 TEU (EU citizens and democracy), Art. 15 TFEU (transparency and right of access to documents), Art. 41 CFR (right to good administration), Art. 42 CFR (right of access to documents), etc.

18 See generally, *Chari/Hogan/Murphy/Crepez*.

19 *Grad/Frischhut*, in: *Dialer/Richter* (eds.), p. 312 f.

Such normative standards are not enough, if they are not properly enforced. The point of departure in terms of the EU's "ethical infrastructure"<sup>20</sup> can be described as fragmented<sup>21</sup> in the sense of each institution having its own set of rules and enforcement. Besides that, they rely on self-evaluation and this lack of independence<sup>22</sup> can lead to a reduced effectiveness and insufficient enforcement ("birds of a feather flock together").

Non-enforcement can even backfire, as the signal to others would be that rules exist but can be ignored. In the case of a scandal, citizens will often not differentiate between the EU institutions affected by a particular scandal and rather blame the EU as such. Therefore, the number of EU institutions being part of one uniform ethics body is key. The strength of such a body will depend on its members (expertise, independence, etc.), the competences of this body, and if it can only provide advice or also enforce the relevant rules. Can it collect necessary information and verify it? When rendering a decision, is this available to the public, like the judgement of a court? Besides the number of EU institutions affected, another question is whether the body is responsible for members and/or also staff of EU institutions. Of course, it could also be discussed whether to involve lobbyists who try to influence members and/or staff of EU institutions.

As a reaction to these scandals and after a long and difficult road (see below), in 2024 an Inter-Institutional Agreement (IIA)<sup>23</sup> for an Inter-Institutional Body for Ethical Standards (IBES), the IIA-IBES,<sup>24</sup> was finally adopted. The objective of this paper is to analyse how the questions addressed above have been answered in this IIA.

This paper is structured as follows. In EU law, form does not necessarily follow function; rather, the substance is largely determined by the legal basis and its scope. Therefore, after some introductory historical background, the next section (B.) will analyse the IIA-IBES, covering the question of possible legal bases, the substance (Parties to this IIA, people covered, etc.) and this body's tasks. Apart from this

20 OECD, Recommendation of the Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service Including Principles for Managing Ethics in the Public Service, available at: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0298> (7/6/2025).

21 Alemanno, Eur Law J 2024/30(4).

22 The so-called "Group of Twelve" had suggested independent experts from academia, civil society organisations or equivalent bodies at national level; *Franco-German Working Group on EU Institutional Reform*, Sailing on High Seas: Reforming and Enlarging the EU for the 21st Century, available at: [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20230919\\_group\\_of\\_twelve\\_report\\_updated14.12.2023\\_cle88fb88.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20230919_group_of_twelve_report_updated14.12.2023_cle88fb88.pdf) (7/6/2025).

23 See, more broadly, Alemanno; Hummer, ELJ 2007/1, p. 47; Hummer, in: Kietz/Slominski/Maurer/Puntscher (Hrsg.), p. 51; Kietz/Maurer, ELJ 2007/1, p. 20; Martínez Iglesias, ELJ 2020/1, p. 108; Monar, CML Rev. 1994/4, p. 693; Röttinger, in: Kietz/Slominski/Maurer/Puntscher Riekmann (Hrsg.), p. 297–311; Slominski, ELJ 2007/1, p. 2.

24 Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union, the European Commission, the Court of Justice of the European Union, the European Central Bank, the European Court of Auditors, the European Economic and Social Committee and the European Committee of the Regions, establishing an interinstitutional body for ethical standards for members of institutions and advisory bodies referred to in Art. 13 of the Treaty on European Union, OJ L/2024/1365 of 17/5/2024.

status quo, the question is whether more would have been possible (C.). This requires an analysis of potential obstacles in order to then identify possible room for improvement.

This contribution focuses on ethics regarding EU institutions, excluding other questions such as possible tensions between national law reflecting ethical principles and EU integration.<sup>25</sup> This contribution will also focus on the status-quo of the IBES and not so much on the fragmented initial situation.<sup>26</sup> To better analyse the status quo, it is necessary to understand what steps forward and backward have been taken so far.

## II. The long and difficult road thus far

EU integration in general follows a step-by-step approach,<sup>27</sup> and the same is true for the establishment of an EU ethics body. While a step-by-step approach can have its benefits, reforms driven by scandals are not proactive and therefore risk creating a system that lacks coherence. Even if the following overview is not exhaustive, it nevertheless provides an outline of some important milestones on the way to the IBES.

The nepotism scandal involving *Edith Cresson* led to the resignation of the *Santer-Commission* in March 1999. In November 2000 the Commission presented a proposal for an “Advisory Group on Standards in Public Life”.<sup>28</sup> According to Article 2, this group would have been tasked to “provide advice on standards of professional ethics relating to the functioning of the Parties”, providing advice “on general principles of professional ethics”. However, even an initiative to establish a purely advisory body could not be implemented.

In 2001, *Dercks* analysed the Commission’s proposed reform of “business ethics”, proposing a hybrid approach based on both values and compliance, the development of a single code of conduct, and the establishment of a single “Committee on Standards”, that is an independent ethics committee.<sup>29</sup> Such a single body would have been an example of a more centralized approach, instead of every institution having its own ethics rules and ways of enforcement. The advantage of a single body is the already mentioned fact that citizens will often not differentiate between the EU institutions affected by a scandal.

25 See, for example, *de Witte*, CML Rev. 2013/6.

26 For a more detailed analyses on the starting point, see *Alemanno*, Eur Law J 2024/30(4), pp. 547 ff.; *Frischhut*, IEB, p. 23 ff.

27 See, for example, *Pescatore*, p. 39.

28 *European Commission*, Proposal for an Agreement between the European Parliament, the Council, the Commission, the Court of Justice, the Court of Auditors, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions establishing an Advisory Group on Standards in Public Life, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593497891713&uri=CELEX%3A52000SC2077> (7/6/2025).

29 *Dercks*, Business Ethics 2001/4, p. 346, also referencing the various documents that she analysed in this paper.

Ethics in EU entities is also affected by lobbyists trying to influence them. The 2011 ‘cash for amendments’ scandal showcases the perspective of lobbying, which requires rules both for actors and targets of lobbying. In 2014, *Nettesheim* addressed the question of possible legal bases and a possible mandatory transparency register,<sup>30</sup> which is also of relevance for an EU ethics body.

The post-office employment situation (‘revolving doors’) of *José Manuel Barroso* and also *Günther Oettinger* (2016) led to a strengthening of the Commission’s code of conduct.<sup>31</sup> In its resolution of September 2017, the EP called for a mandatory transparency register,<sup>32</sup> more transparency, accountability and integrity in dealing with lobbyists, and rules on conflicts of interest.<sup>33</sup>

Already in July 2019, Commission President *von der Leyen* supported “the creation of an independent ethics body common to all EU institutions”, because EU institutions “should be open and beyond reproach on ethics, transparency and integrity”.<sup>34</sup> Commissioner *Jourová* has been tasked in her mission letter (from December 2019) “to work together with the European Parliament and the Council on an independent ethics body common to all EU institutions”.<sup>35</sup> This was the official kick-off and the EP’s Committee on Constitutional Affairs (AFCO) commissioned a study entitled ‘Strengthening transparency and integrity via the new ‘Independent Ethics Body’ (IEB)’, published in October 2020.<sup>36</sup> Besides an analysis of the status quo of EU entities, it also carried out a legal comparison covering the French *Haute Autorité pour la transparence de la vie publique* (HATVP), the Irish ‘Bill for a Public Sector Standards Commissioner’, and the Canadian Conflict of Interest and Ethics Commissioner (CIEC). The EP rapporteur for the IBES had commissioned a study (published in January 2021), which focused especially on the question of how to set up such a body in terms of legal basis.<sup>37</sup>

In September 2021, the EP demanded an “independent EU ethics body” and sketched its understanding of the applicable principles, scope and mandate, the

30 *Nettesheim*.

31 Commission Decision C/2018/0700 on a Code of Conduct for the Members of the European Commission, OJ C 65 of 21 February 2018, p. 7 [hereinafter Commission Code of Conduct].

32 See, now, Interinstitutional Agreement of 20 May 2021 between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on a mandatory transparency register, OJ L 207 of 11 June 2021, p. 1 [hereinafter IIA Mandatory Transparency Register].

33 Resolution (2015/2041(INI)) on transparency, accountability and integrity in the EU institutions, OJ C 337 of 20 September 2018, p. 120.

34 *European Commission*, Political guidelines of the Commission 2019–2024, available at: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_en) (7/6/2025).

35 *von der Leyen*, Mission letter of the President of the European Commission to Věra Jourová, available at: [https://commissioners.ec.europa.eu/document/download/2ffcc63a-42ea-4a02-9edf-55ac88de72ea\\_en?filename=mission-letter-jourova-2019-2024\\_en.pdf](https://commissioners.ec.europa.eu/document/download/2ffcc63a-42ea-4a02-9edf-55ac88de72ea_en?filename=mission-letter-jourova-2019-2024_en.pdf) (7/6/2025).

36 *Frischhut*, IEB.

37 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025). Other studies have been drafted but are not publicly available. On file with the author.

body's competences and powers, and its composition and relevant procedures.<sup>38</sup> In EU integration, steps forward are often triggered by crises, or in this context scandals. Against the background of the Qatar-scandal (2022)<sup>39</sup> affecting some members of the EP, the EP again called for an EU Ethics Body in February 2023.<sup>40</sup>

All of this led to the Commission's proposal in June 2023 for an "interinstitutional ethics body" (Proposal IIA-IBES),<sup>41</sup> which had been judged by the EP as "unsatisfactory and not ambitious enough".<sup>42</sup> However, a criticism of the substance (powers of the body, composition, etc.) also has to be seen against the background of a possible legal basis and what it enables (see below). Finally, in mid-May 2024, the IIA-IBES was signed in Brussels and published in the Official Journal (O.J.). Despite Huawei-Gate (March 2025), as of beginning of June 2025 the IBES still only exists on paper. Nonetheless, in the following the status quo of the IBES will be analysed.

### **B. Analysis of the status quo of the Ethics body**

This analysis will cover the already mentioned question of possible legal bases and the question, which entities can be bound by the respective rules established on the relevant legal basis (B.I.). In the next section, the composition and related substantive questions (B.II.) of the IIA-IBES will be depicted and analysed. Which entities are Parties to this IIA and who is covered (members and/or staff). This also covers the requirement of 'independence' as enshrined in EU primary law and conflict of interest situations. What are the tasks of this body, what are its competencies, and based on which substantive standards shall this body act? Does acting refer to providing advice, taking binding decisions, and enforcement (B.III.)?

38 Resolution (2020/2133(INI)) on strengthening transparency and integrity in the EU institutions by setting up an independent EU ethics body OJ C 117 of 11 March 2022, p. 159 [hereinafter EP resolution IBES 2021].

39 See above note 8. See also, Resolution (2023/2571(RSP)) on following up on measures requested by Parliament to strengthen the integrity of the European institutions, OJ C 283 of 11 August 2023, p. 27.

40 Resolution (2023/2555(RSP)) on the establishment of an independent EU ethics body, OJ C 283 of 11 August 2023, p. 31 [hereinafter EP resolution IBES Feb. 2023].

41 *European Commission*, Proposal for an interinstitutional ethics body, COM(2023) 311 final.

42 Resolution (2023/2741(RSP)) of 12 July 2023 on the establishment of the EU ethics body available at: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0281\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0281_EN.html) (7/6/2025), pt. 1 [hereinafter EP resolution IBES July 2023]. See also, on a broader scale, Resolution (2023/2034(INI)) of 13 July 2023 on recommendations for reform of European Parliament's rules on transparency, integrity, accountability and anticorruption available at: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0292\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0292_EN.html) (7/6/2025).

## I. Legal bases

Choosing the right legal basis is always key, also in EU law. On the long path to this body, a significant part of the debate has focused on identifying the most suitable legal basis, as the possible substance depend very much on this. In the end, the decision was made in favour of an IIA. To answer the question of whether a more ambitious content would have been possible, the preliminary question of whether there would have been alternative legal bases must be answered first.

There would be a quite ‘strong’ legal basis and one might wonder, why it has not been chosen. As mentioned above, both for a mandatory transparency (or lobbying) register<sup>43</sup> and for an Ethics Body,<sup>44</sup> the question of the possible legal bases has been discussed. For a mandatory transparency register, *Nettesheim* has suggested Article 352 TFEU. This flexibility-<sup>45</sup> or gap-filling clause can be triggered if within the framework of the policies defined in the Treaties there is a necessity “to attain one of the objectives set out in the Treaties”, but the legal power is missing. The promotion of the EU’s values (Article 3(1) TEU) would be such an objective, but only if combined,<sup>46</sup> for example, with Article 11(2) TEU.<sup>47</sup> This possibility might be an alleviation against the background of the principle of conferral (Article 5[1] TEU). On the flipside, it requires unanimity in the Council and therefore remains challenging, not only if at least one Member State tries to link the topic at hand to any other issue it deems important. The advantage would be the possibility to also bind third parties. In the past, Article 352 TFEU has also been used to create other EU entities.<sup>48</sup> In conclusion, Article 352 TFEU would be legally possible and also desirable, but is currently politically unrealistic (unanimity).

Another legal basis would be possible but not desirable, as it does not cover enough institutions. Article 298 TFEU refers to “an open, efficient and independent European administration” and allows the EP and the Council to adopt regulations in accordance with the ordinary legislative procedure. Unfortunately, this provision

43 *Nettesheim*.

44 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025).

45 *Craig/Búrca*, p. 120 ff.

46 According to Declaration No 41 on Art. 352 TFEU, OJ C 202 of 7/6/2024, p. 350, it is “excluded that an action based on Art. 352 [TFEU] would only pursue objectives set out in Article 3(1) [TEU]”.

47 Art. 11(2) TEU requires an “open, transparent and regular dialogue with representative associations and civil society”. Arguing for a sufficient transparency objective for a mandatory transparency register, *Nettesheim*, p. 23 f. The ECJ seems to be more liberal in this regard. See ECJ, Case C-402/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgement of 3 September 2008, ECLI:EU:C:2008:461, paras 206–236.

48 *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 352 AEUV, p. 2670 f. For example, the EU Agency for Fundamental Rights (FRA) was based on the predecessor provision of Art. 308 TEC. Council Regulation (EC) No 168/2007 of 15 February 2007 establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, OJ L 53 of 22 February 2007, p. 1, as amended by OJ L 108 of 7 April 2022, p. 1.

does not cover the EP acting in its legislative capacity.<sup>49</sup> An Ethics Body that ideally comprises as many EU entities as possible cannot reasonably be based on Article 298 TFEU.

Other possibilities are too uncertain, such as the implied powers-doctrine<sup>50</sup> and the doctrine of undescribed competences by nature of the matter (*Natur der Sache*).<sup>51</sup> Both Article 11 TEU (participation of citizens) and Article 15 TFEU (transparency and right of access to documents) do not contain legal competences in themselves<sup>52</sup> to adopt binding rules.<sup>53</sup> The above-mentioned ‘staff regulations’<sup>54</sup> are binding on staff only, not on members and also not on external parties (for example, in the case of lobbying).

Article 352 TFEU would be legally possible and desirable, but is politically unrealistic, Article 298 TFEU does not cover all relevant stakeholders, and other approaches are not legally stable enough. This explains why the IBES was realised via an IIA. IIAs have already been concluded before the Lisbon Treaty.<sup>55</sup> Nowadays, introduced by the Lisbon Treaty, Article 295 TFEU foresees that the three main EU institutions, the EP, the Council of the EU, and the European Commission, can conclude IIAs for their cooperation,<sup>56</sup> “which may be of a binding nature”. For example, the IIA Mandatory Transparency Register<sup>57</sup> has been published in the L series of the Official Journal and mentions in Article 15(1) that it “shall be of a binding nature for the signatory institutions”. Although Article 295 TFEU mentions these three institutions, one can assume that not all three of them need to be part of an IIA.<sup>58</sup> In case more institutions want to be part of an IIA, then they would have to rely on their own procedural autonomy or self-organization. In the past, various EU institutions and other EU entities have concluded IIAs, as aptly analysed and displayed by *Hummer*, mentioning examples of up to eight parties.<sup>59</sup>

49 Gerig/Ritz, EuZW 2014/22, p. 853; Krajewski, Legal Framework for a Mandatory EU Lobby Register and Regulations, available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2284843](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2284843) (7/6/2025).

50 Gerig/Ritz, EuZW 2014/22, p. 854.

51 Nettesheim, p. 23; Krajewski, Legal Framework for a Mandatory EU Lobby Register and Regulations, available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2284843](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2284843) (7/6/2025), i.c.w. Art. 298 TFEU.

52 Above note 46.

53 Krajewski, Legal Framework for a Mandatory EU Lobby Register and Regulations, available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2284843](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2284843) (7/6/2025); Nettesheim, p. 14.

54 Above note 13.

55 Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, OJ C 306 of 17 December 2007, p. 1 [hereinafter Treaty of Lisbon].

56 Not only this provision refers to the “cooperation” between them as a more general obligation; Art. 13(2) foresees an obligation of “mutual sincere cooperation”. On the vertical relation of the EU and the Member States, see Art. 4(3) TEU.

57 Above note 32.

58 Cf. opinion A.G. Wathelet, Case C-425/13, *Commission v. Council*, ECLI:EU:C:2015:174, at para. 83.

59 *Hummer*, Kietz/Slominski/Maurer/Puntscher (Hrsg.), p. 67.

For IIAs surpassing the three EU institutions mentioned in Article 295 TFEU, the question arises as whether they are legally binding. Based on an analysis of their content and the right to procedural autonomy or self-organization, also other EU entities could be part of such an IIA.<sup>60</sup> Article 295 TFEU also states the obvious by requiring that IIAs have to be “in compliance with the Treaties”. This might rather be a problem for questions of the EU decision-making process, where agreements could hamper the institutional cooperation between these three EU institutions, as foreseen in the Treaties. In our context, an IIA on an Ethics Body could rather fill various provisions related to ethics (etc.) of EU primary<sup>61</sup> and secondary law (Rules of Procedure, etc.) with life. *Alemanno* mentions that in this case, such an IIA could be qualified as one “directly derived from Treaty provisions” and therefore makes it “legally binding”.<sup>62</sup> Therefore, such an IIA would enjoy a legal mezzanine-rank between EU primary and secondary law.<sup>63</sup> This qualification has important consequences in case EU institutions are reluctant to adopt their rules of procedure or related documents following an IIA.<sup>64</sup>

The above-mentioned right of procedural autonomy or self-organization could be used by various EU entities to set-up such an inter-institutional body. These EU entities could bind themselves, but not the authorities of Member States or third parties. The signature or later accession to an IIA by one EU entity would require that, as the case might be, it adapts its internal Rules of Procedure, or related documents.<sup>65</sup> EU agencies could voluntary join an IIA or be bound to an IIA by changing their underlying EU regulation.

60 See also *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025).

61 For example, Art. 245 TFEU on integrity and discretion of Commissioners; similar Art. 268(4) TFEU concerning the Court of Auditors, Art. 4(3) of Protocol No 3 on the Statue of the CJEU, OJ C 202 of 7/6/2016, p. 10.

62 *Monar*, CML Rev. 1994/4, p. 697.

63 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025).

64 See below at note 129.

65 In the case of the above-mentioned (note 63) mezzanine-rank, one could argue that this is not necessary. Nonetheless, it would clearly be advisable to have both an agreement to the IIA and an adaptation of the EU entity’s internal documents.

Such inter-institutional bodies are not new and have been created via an “arrangement”<sup>66</sup> or via a “decision”.<sup>67</sup> They can be seen as “an entity which does not form an integral part of one of the Institutions and is designed to carry out tasks that are common to several or all Institutions”; their advantage can be seen in an “accumulation of know-how, of economies of scale (especially for smaller entities) and of a coherent practice throughout the Institutions”.<sup>68</sup>

As other legal bases are legally possible (and desirable) but politically unrealistic (Article 352 TFEU), legally uncertain (e.g., implied powers-doctrine), or do not cover all relevant stakeholders (Article 298 TFEU), in the end the IBES was realised via an IIA. The IIA-IBES does not explicitly mention Article 295 TFEU (or any other legal basis). For all Parties to the IIA-IBES, procedural autonomy or self-organization can be seen as the legal basis. For the Commission, the EP and the Council, one could have also used Article 295 TFEU.

## II. Substance

The finally adopted IIA-IBES raises the question of the institutions participating, or Parties (e.g. Council), as well as the question, which ‘members of the Parties’ are subject to this ethics body (e.g. only the High Representative). As the terminology is similar, it is important to distinguish the ‘members of the Parties’ from the IBES members. Next, how are the latter appointed, how is the body composed, what are the requirements concerning their qualifications, how independent are they, especially what is foreseen to avoid possible conflicts of interest?

66 Arrangement between the European Parliament, the European Council, the Council of the European Union, the European Commission, the Court of Justice of the European Union, the European Central Bank, the European Court of Auditors, the European External Action Service, the European Economic and Social Committee, the European Committee of the Regions and the European Investment Bank on the organisation and operation of a computer emergency response team for the Union’s institutions, bodies and agencies (CERT-EU), OJ C 12 of 13/1/2018, p. 1.

67 Decision 2009/496/EC, Euratom of the European Parliament, the Council, the Commission, the Court of Justice, the Court of Auditors, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 26 June 2009 on the organisation and operation of the Publications Office of the European Union, OJ L 168 of 30/6/2009, p. 41, as amended by OJ L 179 of 11/7/2012, p. 15. Decision 2002/620/EC of the European Parliament, the Council, the Commission, the Court of Justice, the Court of Auditors, the Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Ombudsman of 25 July 2002 establishing a European Communities Personnel Selection Office, OJ L 197 of 26/7/2002, p. 53. Decision 2005/118/EC of the European Parliament, the Council, the Commission, the Court of Justice, the Court of Auditors, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the Ombudsman of 26 January 2005 setting up a European Administrative School, OJ L 37 of 10/2/2005, p. 14.

68 *European Commission*, Communication ‘A new type of office for managing support and administrative tasks at the European Commission’, COM(2002) 264 final, p. 6.

## 1. Parties to the IIA and ‘members of the Parties’

The number of Parties to this IIA is clearly remarkable. Looking back at the related topic of lobbying, only the EP and the Commission started this project in 2011, with the reluctant Council joining the IIA Mandatory Transparency Register only in 2021. For the IBES, the Commission had initially proposed to include all EU institutions plus the two advisory bodies (Article 13[4] TEU), the Economic and Social Committee (ECOSOC) and the Committee of the Regions (CoR). In the end, now all of them except for the European Council (EUCO) are on board. Given the current fragmentation of ethics standards, it should be welcomed that besides the three main EU institutions for decision-making (EP, Council, Commission), a big number of Parties is part of this IIA.

Other Parties could join in the future. Article 20 IIA-IBES provides for an opening clause for the voluntary involvement of Union bodies, offices, and agencies, other than the Parties, who must notify the Body of their wish to join. In case they wish to join, they have to accept the entire set of common minimum standards. Hence, no cherry-picking concerning current or future common minimum standards is permitted.

Apart from the IIA Parties themselves (e.g. ECOSOC), another important question concerns their members (i.e. ‘members of the Parties’) covered by this IIA (e.g. only in exercise of members’ EU mandate). First, the IIA-IBES only covers ‘members of the Parties’ and not staff. It will be elaborated below if staff could have been included.<sup>69</sup> Concerning ‘members of the Parties’, the final IIA falls short of the Commission’s proposal on several occasions. The EUCO is not covered, although the proposal would have only covered its President. Another major difference concerns the Council of Ministers, where the Commission would have foreseen “the representatives at ministerial level of the Member State holding the Presidency of the Council”, whereas the final IIA-IBES only covers the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (Article 18 TEU), including in her or his function as President of the Foreign Affairs Council. Both the EUCO and the Council could and should be covered, including all members.

One institution that is not listed in Article 2 IIA-IBES anymore is the Court of Justice of the EU (CJEU).<sup>70</sup> For the author, this is the one exception that is justified on the basis of the “independence of the judiciary”, as mentioned in recital 5.<sup>71</sup> Therefore, the CJEU is a Party of the IIA-IBES, but its members are not listed in

<sup>69</sup> See below section C.II.1.

<sup>70</sup> This means that in this regard, the final IIA falls behind the Commission’s proposal.

<sup>71</sup> *Alemanno*, Eur Law J 2024/20(4), p. 553 argues that the Court could be bound in its administrative function and that even the Court’s judicial function would not be affected. See also *Alemanno*, in: *Alemanno* (ed.), p. 282.

Article 2, as the CJEU's role in in the context of this IIA is "limited to that of an observer" (recital 5; Article 1[2] IIA-IBES).<sup>72</sup>

One challenge can be how to deal with bodies located at the national and EU interface. This concerns two that are not (EUCO) or only partially (Council) covered, as well as the two advisory bodies. For the latter two, the IIA-IBES has found the following solution.<sup>73</sup> Going in a similar direction, one can first find a positive wording in case of the members of the ECOSOC ("in relation to the exercise of their European Union mandate"). Second, one can find a negative one concerning the members (and alternates) of the CoR ("except in relation to the exercise of their local or regional mandate"). In the future, one of these two solutions could also be envisaged for the Council and the EUCO.

## **2. IBES members and their independence**

Inside the IBES, each Party is represented by one high-level member, at the level of a Vice-President or at an equivalent level,<sup>74</sup> and the IBES decides by consensus<sup>75</sup> (Article 3 IIA-IBES). This is reminiscent of the EUCO, who also decides by consensus. As one knows from the Council of Ministers,<sup>76</sup> the Chair<sup>77</sup> of the body is also based on a rotating system. Only that in this case it is easier, because one can simply refer to the order in Article 13 TEU, and in the case of the IBES the presidency lasts one year (Article 4 IIA-IBES), not just six months as in the Council of the EU.

The question of the independence of the IBES members warrants a comparison to another ethics body at EU level, even if the latter has a different role. In the case of the Ethics Body advising the European Commission on ethical issues in field of biotechnology and new technologies at large, the so-called European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), its members are independent

72 The CJEU "shall attend the meetings of the Body, without participating in the decision-making process, and shall receive the information made available to the members of the Body, insofar as those meetings and that information relate to the application of [the development of common minimum standards]" (Art. 1[2] IIA-IBES). According to Art. 17(2) IIA-IBES (entitled 'resources'), the observer status of the CJEU shall be taken into account financially "through a downward adjustment of its contribution by 50%".

73 See also Article 1(4) IIA-IBES.

74 In this context, "each Party shall appoint a representative and an alternate representative who shall sit as a member of the Body when the representative is absent or impeded. The representatives and their alternates shall be appointed at the maximum 2 months after the date of entry into force of this Agreement. Each Party shall strive to ensure gender balance in the appointment of its representatives and alternate representatives" (para. 1 *leg. cit.*).

75 Unless the Rules of Procedure (cf. Art. 14 IIA-IBES) explicitly provide otherwise.

76 Council Decision (EU) 2016/1316 amending Decision 2009/908/EU, laying down measures for the implementation of the European Council Decision on the exercise of the Presidency of the Council, and on the chairmanship of preparatory bodies of the Council, OJ L 208 of 2 August 2016, p. 42.

77 See also Art. 12 IIA-IBES.

experts from the relevant disciplines.<sup>78</sup> In the case of the IBES, the high-level members are only “assisted by five independent experts who shall attend all meetings of the Body as observers and shall advise the members of the Body on any ethical question related to the mandate of the Body” (Article 5[1] IIA-IBES). Hence, we have the CJEU as an observer, without Article 1(2) IIA-IBES specifying the number of persons, as well as these assisting independent experts participating also as observers. They shall designate a “speaker” among them. Note the symbolic wording: a speaker could be seen less than a Chair, and a Chair less than a President, as we have also seen in the case of the EGE’s history.<sup>79</sup>

While the IIA-IBES does not stipulate qualitative but only hierarchical (Vice-President or equivalent) criteria for its members, it does foresee criteria for the independent experts. These independent experts “shall be appointed taking into account their competence, experience, independence and professional qualities” and “shall have an impeccable record of professional behaviour as well as experience in high-level positions in European, national, or international public organisations” (Article 5[2] IIA-IBES). Comparing the IBES to the EGE, the latter also requires “wisdom and foresight”.<sup>80</sup> The independent experts shall be selected upon a proposal by a Party and by consensus of the Parties (cf. also Article 3[4] IIA-IBES) following a procedure which consists of seeking in a transparent manner the best available individuals, where the Parties can reach consensus.<sup>81</sup> This procedure is clearly not as far-reaching but at least to some extent reminiscent of the selection panel foreseen in Article 255 TFEU for candidates for Judge or Advocate-General at the ECJ and the General Court.<sup>82</sup>

Other than described so far, Article 22 IIA-IBES foresees a different method of appointment for the first round of independent experts. In the year in which the Body is set up, the independent experts are appointed amongst current or former members of the Parties. This side-lines the (external) independent experts in an initial phase, but it can make sense to consolidate the status quo and define the

78 See *Busby/Hervey/Mohr*, EL Rev. 2008/33, p. 803. On the new mandate, see *Frischhut*, The new mandate of the European Commission’s ethics advisory body for science and new technologies. Further developments and larger context, available at: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/04/the-new-mandate-of-european-commissions.html> (7/6/2025).

79 See *Plomer*, ELJ 2008/6, p. 846. See also *Frischhut*, Ethical Spirit, p. 104.

80 Commission Decision (EU) 2016/835 on the renewal of the mandate of the European Group on Ethics in Science and New Technologies, OJ L 140 of 27 May 2016, p. 21, Art. 4(6)(a) (this is the previous mandate). While the current mandate, Commission Decision (EU) 2021/156 on renewing the mandate of the European Group on Ethics in Science and New Technologies, OJ L 46 of 10 February 2021, p. 34, as amended by OJ L/2024/1997 of 24 July 2024, does not mention these two criteria, they can be found in the corresponding call for applications. In addition to these qualifications, the IIA Parties “shall strive to ensure gender balance and geographical diversity” (Art. 5[4] IIA-IBES).

81 The details of the procedure shall be laid down by the Body.

82 See *Dumbrowsky/Petkova/van der Sluis*, CML Rev. 2014/2, p. 455; *Sauvé*, in: Bobek (ed.), p. 78; *Bobek*, in: Bobek (ed.), p. 279. See also recently, ECJ, Case C-119/23, *Valančius*, judgement of 29 July 2024, ECLI:EU:C:2024:325.

common minimum standards before taking the next step.<sup>83</sup> Hence, even within the IIA-IBES one can identify a step-by-step approach.

It is consistent that the independent experts themselves “shall observe the highest ethical standards, at least equivalent to the common minimum standards” (Article 5[1] IIA-IBES), to be elaborated by the IBES.<sup>84</sup> The term of the independent experts shall be three years, renewable once (Article 5[5] IIA-IBES). Obviously, a longer term of office without a possible renewal could increase the independence of these experts.

A body without appropriate resources<sup>85</sup> could be seen as a ‘toothless tiger’. Therefore, Article 17 provides that the Body should receive the “necessary human, administrative, technical and financial resources”. Independence of the IBES is not only linked to its resources, for EU institutions independence is also firmly rooted in EU primary law and important to avoid conflicts of interest (see below).

### 3. Independence in EU primary law

In EU primary law, one can identify various provisions referring to a requirement of independence. Of the provisions relevant to EU institutions, Article 282(3) TFEU mentions that the European Central Bank (ECB) “shall be independent in the exercise of its powers and in the management of its finances” and that this “independence” must be respected by others.<sup>86</sup>

Nevertheless, some formulations provide for an intensification, either referring to “independence that is beyond doubt” or “complete independence”, as covered

<sup>83</sup> See below section C.II.

<sup>84</sup> See below section B.III.1.

<sup>85</sup> The resources must be seen against the background of the number of members affected. Currently, the European Parliament is the largest Party with 720 members, followed by the two advisory bodies (ECOSOC and CoR) with a maximum of 350 members each (Art. 301(1) TFEU and Art. 305(1) TFEU). At the end of this scale, we have institutions where the number of members corresponds to the number of Member States (e.g. European Commission, Court of Auditors), respectively, only the High Representative in case of the Council.

<sup>86</sup> “Independence” is also the Title of Art. 7 of Prot. No 4 ECB. See also Art. 130 TFEU (neither take nor seek instructions). The latter provision has been covered in ECJ, Case C-62/14, *Gauweiler and Others*, judgement of 16 June 2015, ECLI:EU:C:2015:400, para. 40: “Article 130 TFEU is, in essence, intended to shield the ESCB [i.e. the European System of Central Banks] from all political pressure in order to enable it effectively to pursue the objectives attributed to its tasks, through the independent exercise of the specific powers conferred on it for that purpose by primary law”.

in an ECJ case<sup>87</sup> concerning the Court of Auditors.<sup>88</sup> In the case of the following institutions one can find both intensified forms of independence: European Commission,<sup>89</sup> Court of Justice of the EU,<sup>90</sup> Court of Auditors,<sup>91</sup> and European Investment Bank.<sup>92</sup> For these four examples, the following pattern concerning independence can be identified. For potential members it is required that their “independence is beyond doubt”, whereas for the (then composed) body as such, the requirement is that it “shall be completely independent”. One can certainly derive a meaning from the distinction between ordinary and increased independence. This overview of EU primary law requiring a normal or intensified form of independence is important, because the ECJ seems to prefer linking topics that (also) have an ethical dimension, such as conflicts of interest, to provisions of EU primary law. In the ECJ’s *Pinxten* case, the link was to Article 285 TFEU,<sup>93</sup> in a case concerning the European Medicine Agency (EMA),<sup>94</sup> the ECJ linked this topic to Article 41 CFR (right to good administration).

87 ECJ, Case C-130/19, *Court of Auditors v. Pinxten*, judgement of 30 September 2021, ECLI:EU:C:2021:782; see below at notes 93 and 105.

88 There is one body where EU primary law only refers to one intensified form of independence and that is the European Ombuds[wo]man, who “shall be completely independent in the performance” of her duties (Art. 228(3) TFEU). The same is true for the two EU’s advisory bodies (Art. 13(4) TEU), the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, where Art. 300(4) TFEU mentions that they “shall be completely independent in the performance of their duties, in the Union’s general interest”.

89 In the case of qualification criteria for potential Commissioners, Art. 17(3)(2) TEU refers to “persons whose independence is beyond doubt”. The Commission as an institution “shall be completely independent” (Art. 17[3][3] TEU). The above-mentioned objective (“complete”, referring to an institution) vs. subjective (“beyond doubt”, potential members) distinction also applies here. Concerning the obligation of Member States to respect this requirement of Commissioners, Art. 245(1) TFEU only refers to their “independence”.

90 At the CJEU (Art. 19[2][3] TEU), Judges and Advocates-General of the Court of Justice (Art. 253[1] TFEU), members of the General Court (Art. 254[2] TFEU), members of the specialized courts (Art. 257[4] TFEU), and Assistant Rapporteurs (Art. 13[2] Prot. No 3 CJEU) “shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt”. In making their “reasoned submissions”, Advocates General shall act “with complete impartiality and independence” (Art. 252[2] TFEU; Art. 49[2] Prot. No 3 CJEU).

91 At the Court of Auditors, it is mentioned that its “Members shall be completely independent in the performance of their duties” (Art. 285[2] TFEU), but concerning the selection process, the future members “shall be chosen from among persons” who are qualified and whose “independence must be beyond doubt” (Art. 286[1] TFEU). In brief, Art. 287[3][1] TFEU (cooperation between the Court of Auditors and the national audit bodies of the Member States) only refers to “independence”.

92 At the European Investment Bank (EIB), Members of the Board of Directors shall be chosen from persons “whose independence and competence are beyond doubt” (Art. 9[2] [8] Prot. No 5 EIB) and the “Management Committee and the staff of the Bank shall be responsible only to the Bank and shall be completely independent in the performance of their duties” (Art. 11[8] Prot. No 5 EIB).

93 ECJ, Case C-130/19, *Court of Auditors v. Pinxten*, judgement of 30 September 2021, ECLI:EU:C:2021:782, para. 868.

94 ECJ, Case C-291/22 P, *D & A Pharma v. Commission and EMA*, judgement of 14 March 2024, ECLI:EU:C:2024:228, para. 72.

In conclusion, EU primary law foresees an obligation of independence for almost all EU institutions covered by the IIA-IBES. This includes the European Commission, the CJEU, the ECB, the Court of Auditors, the ECOSOC, and the CoR. EU primary law also stipulates the independence of two EU entities not covered by the IIA-IBES, the European Investment Bank and the European Ombudsman. The Council of the EU is the only EU institution that does not have an obligation of independence. In the case of the EP, one can find the independent mandate in EU secondary law.<sup>95</sup>

Therefore, the emphasis on independence in EU primary law serves as a further argument for the need to ensure ethical conduct within EU institutions. This independence is at risk of being compromised in situations involving conflicts of interest.

#### 4. Conflicts of interest

According to the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), a “‘conflict of interest’ involves a conflict between the public duty and private interests of a public official, in which the public official has private-capacity interests which could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities”.<sup>96</sup> In literature, one can find three categories of a conflict of interest:<sup>97</sup> In the case of an actual conflict of interest, “a public official is in a position to be influenced by his private interests in the performance of his official duties”, whereas an apparent (or perceived) conflict of interest “refers to a situation where there is a personal interest that might reasonably be considered by others to influence the public official’s duties, even though there is no such influence”. Finally, a potential conflict of interest “may exist where a public servant has private-capacity interests that could cause a conflict of interest to arise at some time in the future”. In a recent case, the ECJ clarified that even an apparent conflict of interest is enough (“irrespective of the personal conduct of that member”).<sup>98</sup>

As just outlined, a lack of independence can lead to conflicts of interest. On a timeline, such a conflict can occur at the beginning and can be an issue in the

<sup>95</sup> See below section C.I.2.

<sup>96</sup> OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, available at: [https://www.oecd.org/en/publications/managing-conflict-of-interest-in-the-public-service\\_9789264104938-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/managing-conflict-of-interest-in-the-public-service_9789264104938-en.html) (7/6/2025), p. 24.

<sup>97</sup> White, in: Auby/Breen/Perroud (eds.) p. 272 f.

<sup>98</sup> ECJ, Case C-291/22 P, *D & A Pharma v. Commission and EMA*, judgement of 14 March 2024, ECLI:EU:C:2024:228, para. 74. As the Court has also clarified in this case, this can in the end “render unlawful the decision adopted” (para. 74). “The fact that, at the end of its discussions and deliberations, that expert group expresses its opinion collegially does not remove such a defect” (para. 77). Such a conflict of interests of an expert (that is to say, links between experts and the pharmaceutical industry) can continue over several levels without losing its harmful effects, that is to say a compromised expert, consulted by a committee, leading to an opinion of an agency (the European Medicines Agency), which in the end leads to a decision of the European Commission (para. 76).

process of recruitment. Here the idea would be not to import a conflict of interest. During employment or membership, a conflict of interest can affect questions of the acceptance of gifts and hospitality, procurement issues, financial and other activities, respectively external activities (side-jobs). Other activities can also concern statements<sup>99</sup> that officials are not allowed to make, especially if linked to the mandate of the body or institution, respectively not approved and inappropriate publications.<sup>100</sup> An important tool in this context are declarations of interest, both as a practical tool and also to raise awareness.<sup>101</sup> At the end of employment or membership, in a similar way as concerning the potential import of a conflict of interest in the process of recruitment, the so-called ‘revolving-doors’-effect can lead to inappropriate situations in the case of staff,<sup>102</sup> respectively members (e.g., *Barroso* and or *Oettinger*).<sup>103</sup>

Both the members of the Body and the independent experts must avoid conflicts of interest. The independent experts “shall declare to the Body any conflicts of interest which could impair their independence or impartiality”; in this case, “the Body shall decide whether any measures need to be taken and, if necessary, on the appropriate measures” (Article 5[3] IIA-IBES). Conversely, the Members of the Board do not report their conflicts of interest to the independent experts, but “promptly” to the Chair.<sup>104</sup> Article 13(1) IIA-IBES resembles a possible conflict of interest, whereas paragraph 2 sounds as an actual conflict of interest.

Conflicts of interest can be linked to various principles, such as integrity, honesty, impartiality, and independence. The latter principle has been covered by the ECJ in a ‘conflict of interest’-case affecting the Court of Auditors. As mentioned by the ECJ, in “order to comply with the obligation under Article 285 TFEU to be completely independent in the performance of their duties, in the European Union’s general interest, the Members of the Court of Auditors must avoid any conflict of

99 This raises issues of freedom of speech (for example, Art. 11 CFR), or freedom of assembly (for example, Art. 12 CFR).

100 One example is the following book: *Connolly*. On this book, see ECJ, Case C-273/99 P, *Bernard Connolly v. European Commission*, judgement of 6 March 2021, ECLI:EU:C:2001:126; ECJ, Case C-274/99 P, *Bernard Connolly v. European Commission*, judgement of 6 March 2021, ECLI:EU:C:2001:127.

101 A report of the *European Court of Auditors*, The ethical frameworks of the audited EU institutions: scope for improvement, available at: <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/ethics-13-2019/en/> (7/6/2025), pp. 27 ff., has revealed a situation of improvable awareness of staff members.

102 *Despotopoulou*, ERA Forum 2021/4, p. 643.

103 *Tansey*, in: Dialer/Richter (Hrsg.), p. 257. See also *Chiti*, in: Auby/Breen/Perroud (eds.). See also *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/90126/6725> (7/6/2025).

104 They shall “avoid any situation which may [!] impair their independence or impartiality in the exercise of their function in the Body” (Art. 13[1] IIA-IBES). Paragraph 2 then refers to “any situation which impairs their independence or impartiality when performing their tasks in the Body”.

interest”.<sup>105</sup> The issue of independence and conflicts of interest raises the question of how far these concerns fall within the scope of the IBES’s tasks.

### III. Tasks

#### 1. Developing common minimum standards

The main task of the IBES is to develop common minimum standards for the conduct of the members of the Parties. As mentioned above, both the members of the Body (Article 13 IIA-IBES) and the independent experts (Article 5[3] IIA-IBES) must avoid conflicts of interest. Hence, it is surprising that conflicts of interest do not explicitly figure among the areas to be covered by the common minimum standards (Article 8[2] IIA-IBES).<sup>106</sup> The above-mentioned emphasis of EU primary law on independence provides an additional argument, why conflicts of interest should explicitly be addressed in these minimum standards.

These minimum standards to be developed by the IBES shall cover declarations of both financial and non-financial interests (lit. a). Some of the areas to be covered by these minimum standards explicitly refer to the terms of office of the members of the Parties, such as external activities (lit. b), the acceptance of gifts, hospitality, or travel offered by third parties (lit. c), and awards, decorations, prizes, and honours (lit. d). In light of the aforementioned ‘revolving door’ cases involving *Barroso* and *Oettinger*, it is important that activities carried out after the end of a term of office are also covered by these minimum standards (lit. e). Finally, these minimum standards shall also cover “conditionality and complementary transparency measures” (lit. f) under the IIA on the mandatory transparency register.<sup>107</sup> In the latter, conditionality is defined as “the principle whereby registration in the register is a necessary precondition for interest representatives to be able to carry out certain covered activities”.<sup>108</sup> It clearly makes sense to link the IIA-IBES to the IIA Manda-

105 ECJ, Case C-130/19, *Court of Auditors v. Pinxten*, judgement of 30 September 2021, ECLI:EU:C:2021:782, para. 868.

106 These standards “shall take into account the status of the members of the Parties and shall not enter into conflict with their European Union mandate” (Art. 1[3] IIA-IBES).

107 Above note 32.

108 Art. 2(h) IIA Mandatory Transparency Register. They shall “encourage registration, such as dedicated mailing lists, the recommendation that certain decision-makers meet only registered interest representatives, or the publication of information on meetings between certain decision-makers and interest representatives”; Recital 8 IIA Mandatory Transparency Register. See also the Political statement of the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on the occasion of the adoption of the Interinstitutional Agreement on a Mandatory Transparency Register, OJ L 207 11 June 2021, p. 18, and Council Decision (EU) 2021/929 on the regulation of contacts between the General Secretariat of the Council and interest representatives, OJ L 207 11 June 2021, p. 19. This ‘conditionality’ has recently been criticized by *European Court of Auditors*, EU Transparency Register provides useful but limited information on lobbying activities, available at: [https://www.eca.europa.eu/en/publications/sr-2024-05\(7/6/2025\)](https://www.eca.europa.eu/en/publications/sr-2024-05(7/6/2025)).

tory Transparency Register, as the latter also refers to transparency and ethics.<sup>109</sup> Besides that, lobbying and conflicts of interest are connected, as in the case of lobbying, conflicts of interest can occur due to external participants (interest representatives), whereas conflicts of interest can also occur without influence by external stakeholders.<sup>110</sup>

It is an important first step to harmonize these substantive (and procedural)<sup>111</sup> standards. This task is reminiscent of harmonizing national law via EU directives, where the question of minimum<sup>112</sup> vs. full<sup>113</sup> harmonization arises. In the case of minimum harmonization, Member States do not have to but can lay down higher standards. As various EU Institutions and bodies have more or less ambitious approaches concerning their ethics rules,<sup>114</sup> those with higher standards could fear a lowering of their standards (the lowest common denominator). However, no IBES-Party needs to impose higher ethical requirements (recital 10 IIA-IBES), nor has to lower its ethical standards (recital 11 IIA-IBES).

This Article 8 IIA-IBES on common minimum standards is the main provision mentioned in Article 6 IIA-IBES, entitled “mandate of the body”. Article 9 IIA-IBES tasks the IBES to update the common minimum standards, “where one or more members of the Body consider that a review is necessary”.<sup>115</sup> From an internal perspective, the case-law of the CJEU is binding, as the CJEU oversees the “interpretation and application of the Treaties”, including EU secondary law (Article 19[1] TEU). Hence, clarifications in case-law as the above-mentioned cases on conflicts of interest<sup>116</sup> must be taken into account. From an external perspective,

109 Recital 4, Art. 1(2), et passim. See also EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 14.

110 Similarly, the literature also distinguishes between two types of conflicts of interest. This comprises out of role situations, that is to say, “conflicts between an individual’s professional duties and his or her own outside private interests”, as opposed to in role situations, which “involve a tension between two or more different professional duties an individual or form may have”. *Norman/MacDonald*, in: Brenkert/Beauchamp (eds.), p. 449 f.

111 See below section B.III.2.

112 ECJ, Case C-509/07, *Scarpelli*, judgement of 23 April 2009, ECLI:EU:C:2009:255, paras. 24–25.

113 ECJ, Case C-261/07, *VTB-VAB*, judgement of 23 April 2009, ECLI:EU:C:2009:244, para. 52: in the case of full harmonization, “Member States may not adopt stricter rules than those provided for in the Directive, even in order to achieve a higher level of consumer protection”.

114 See, for instance, *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025); *Frischhut*, IEB, pp. 28 ff.

115 The author welcomes the wording of Art. 9(2) IIA-IBES, according to which a “review may be considered necessary in particular due to developments in the case-law of the Court of Justice of the European Union, to new or modified ethical standards by international organisations, to new technical developments or to the need for clarification of common minimum standards as a result of recurring issues”.

116 ECJ, Case C-130/19, *Court of Auditors v. Pinxten*, judgement of 30 September 2021, ECLI:EU:C:2021:782; and ECJ, Case C-291/22 P, *D & A Pharma v. Commission and EMA*, judgement of 14 March 2024, ECLI:EU:C:2024:228.

other international organizations might face similar issues, and new developments and best practices developed elsewhere shall also be considered.<sup>117</sup>

## 2. Enforcement

In the past, it has often been criticized that a self-regulatory,<sup>118</sup> fragmented<sup>119</sup> and complex<sup>120</sup> approach for enforcing ethical behaviour is not enough. It has been stated that “not a single financial penalty has ever been imposed for a breach of the Code of Conduct of Members” of the EP and that “26 such breaches have been documented in the annual reports of the Advisory Committee on the Conduct of Members”.<sup>121</sup>

In addition to the above-mentioned substantial issues (Article 8[2] IIA-IBES), Article 8(3) IIA-IBES also addresses some more procedural issues. According to lit. a, the IBES shall develop common minimum standards “to ensure and monitor compliance with their internal ethical rules”. This provision does not address monitoring and sanctions,<sup>122</sup> but compliance issues.<sup>123</sup> In addition, lit. b addresses publication requirements in this context.<sup>124</sup> Finally, Article 8(4) IIA-IBES comprises an opening clause, as the IBES may develop “[f]urther common minimum standards in areas other” than those mentioned above.

As another important task,<sup>125</sup> the IBES is also involved in the process of self-assessment of the Parties to the IIA (Article 10 IIA-IBES). It is the task of the IBES to elaborate common minimum standards and the task of the Parties to perform a written self-assessment of their internal rules against the background of these standards, respectively, updates. After a presentation of the written self-assessment, the independent experts establish a written opinion,<sup>126</sup> followed by an exchange of view of the entire IBES, not only the independent experts. Finally, the IBES Secretariat prepares a report summarizing the exchange of views. Article 10(7) IIA-IBES only

117 Cf. the OECD definition of conflicts of interest, mentioned above, note 96.

118 EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at recital J.

119 EP resolution IBES Feb. 2023 cited above note 40, at recital C; EP resolution IBES July 2023 cited above note 42, at recital D.

120 EP resolution IBES July 2023 cited above note 42, at recital C.

121 EP resolution IBES July 2023 cited above note 42, at recital G.

122 See below section C.II.2.

123 They include “regular awareness raising actions, the composition and tasks of internal bodies responsible for ethical questions, reporting mechanisms to the Party concerned in the case of a suspected breach of ethical rules – including reporting on alleged harassment involving members of the Parties as well as follow-up action on the report and protection of the reporting persons against retaliation –, and procedures to initiate or adopt appropriate measures in the case of breaches”.

124 See above note 100.

125 The IBES shall also hold at least yearly meetings for the exchange of good practices (Art. 11 IIA-IBES), provide the Parties with “an abstract interpretation” of the common standards (see also Art. 7 IIA-IBES), promote cooperation among the Parties, and issue an annual report according to Art. 18 IIA-IBES (Art. 6 IIA-IBES).

126 If they do not adopt it unanimously, the opinion shall include “any dissenting point of view”; their deliberations are confidential (Art. 10[4] IIA-IBES).

tasks each Party to update its internal rules, “where it deems it appropriate”. In other words, each Party enjoys substantial discretion if and how they follow-up accordingly. The only soft sanction is that the self-assessment and the report shall be made public on the website of the Body (Article 10[7] IIA-IBES).

While the IBES shall elaborate common minimum standards, in the application of this IIA, “full account should be taken of the characteristics and specific status of each Party to this Agreement and its members” (recital 9 IIA-IBES). This makes sense, as common standards are clearly preferable, while allowing for differences, where objectively necessary, due to different legal settings or standards, especially if foreseen in EU primary law, as mentioned above concerning independence. Such an approach is reminiscent of the EU’s motto, “united in diversity”.<sup>127</sup>

In conclusion, the IBES cannot be qualified as a body vested with strong enforcement powers. This leads to the question what would have been possible in terms of enforcement and other powers, always considering the question of legal bases and other institutional constraints.

### C. Analysis of what could have been added

What has been achieved so far is remarkable in the sense of the number of Parties to this IIA and can be qualified as an important step forward. The question remains whether this was already the maximum or if, in the future, more would be possible. While the IBES should not be qualified as an example of “failing forward”,<sup>128</sup> according to the author a better institutional design would be desirable. Therefore, in the following section some potential obstacles (C.I.) will be covered, followed by possible room for improvement (C.II.).

#### I. Potential obstacles

When analysing the long and difficult road leading to the IBES (A.II.), this project was (and still is)<sup>129</sup> faced with a lot of resistance. The main arguments put forward against an independent ethics body are often the possibility to delegate competences

127 The current diversity has been criticized by EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at recital M: “whereas current ethical standard frameworks at EU level are tailored to the specificities of each EU institution, leading to different processes and levels of enforcement even of the same EU Staff Regulations in different EU institutions, agencies and bodies, thus creating a complex system which is difficult for both EU citizens and for those who have to respect the rules to understand”.

128 Jones/Kelemen/Meunier, *Comparative Political Studies* 2016/7; Jones/Kelemen/Meunier, *Journal of European Public Policy* 2021/10.

129 According to Braun, EU ethics body in shambles, available at: <https://www.politico.eu/newsletter/politico-eu-influence/eu-ethics-body-in-shambles/> (7/6/2025), Parliament seems to be delaying the necessary adoptions of its RoP. In the case of qualifying an IIA as directly derived from Treaty provisions (see above note 64), it would enjoy a legal mezzanine-rank and therefore in terms of hierarchy would be positioned above EU secondary law, nor requiring such adaptations.

(C.I.1.), the institutional balance, the separation of powers and the independent mandate of EP members (C.I.2.). As it cannot be excluded that some of these arguments pertain more to the field of lobbying against such a body, an objective analysis is needed. While this analysis also concerns the status quo (B.), its primary relevance lies in what may yet unfold.

### 1. The *Meroni* doctrine

The allocation of competences in the EU treaties, foreseen by the EU Member States as Masters of the Treaties, shall not be changed or reversed by the EU institutions. For example, in the case of decision-making, shifting powers between EU institutions could disturb the entire system. Hence, EU institutions do not have the power to adapt or even change EU primary law, especially in the case of the legislative process.<sup>130</sup>

The question of a possible delegation of certain powers was first decided in the 1950s in the so-called *Meroni* cases.<sup>131</sup> While these statements were made concerning the Coal and Steel Community,<sup>132</sup> they now also apply to EU law.<sup>133</sup> As stated by the ECJ, “the powers conferred on an institution include the right to delegate, in compliance with the requirements of the Treaty, a certain number of powers which fall under those powers, subject to conditions to be determined by the institution”.<sup>134</sup> Therefore, a delegation is generally possible.

What is also often overlooked is the fact that *Meroni* was about a delegation from the High Authority (today: The European Commission) to private entities,<sup>135</sup>

130 This issue has been the case in ECJ, Case C-138/79, *Roquette v. Council*, judgement of 29 October 1980, ECLI:EU:C:1980:249, para. 33, where the European Parliament was deprived of consultation rights foreseen in the Treaties. See also more recently, ECJ, Joined Cases C-643/15 and C-647/15, *Slovakia v. Council*, judgement of 6 September 2017, ECLI:EU:C:2017:631, para. 160.

131 ECJ, Case C-9/56, *Meroni v. High Authority*, judgement of 13 June 1985, ECLI:EU:C:1958:7; ECJ, Case C-10/56, *Meroni v. High Authority*, judgement of 13 June 1985, ECLI:EU:C:1958:8.

132 The European Coal and Steel Community Treaty existed only for a limited period. See Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council of 20 July 1998 concerning the expiry of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community, OJ C 247 of 7/8/1998, p. 5, and the Protocol [N.B. annexed to the Nice Treaty] on the financial consequences of the expiry of the ECSC Treaty and on the research fund for coal and steel, OJ C 80 of 10/3/2001, p. 67.

133 *Lenaerts*, EL Rev. 1993/1, p. 41.

134 ECJ, Case C-301/02 P, *Tralli v. ECB*, judgement 26 May 2005, ECLI:EU:C:2005:306, para. 41.

135 Perhaps the confusion stems from the fact that these private entities were referred to as “Brussels agencies”. Nonetheless, these entities (the Joint Bureau and the Fund) were companies established under private law and were “cooperative undertakings under Belgian commercial law and their registered offices are at Brussels”; joined opinion A.G. Roemer, Cases C-9/56 and C-10/56, *Meroni v. High Authority*, ECLI:EU:C:1958:4, p. 179.

whereas in case of the IBES a delegation would take place to an EU body charged with ethical tasks. Besides this, as aptly stated by *Hatzopoulos*, why should the CJEU criticize a delegation of powers to an EU body, if EU institutions decided so?<sup>136</sup>

There are, of course, some requirements that need to be considered when delegating powers, also in case of the IBES. The “delegation must be governed by a law which specifies the content of the delegation precisely and which must guarantee not only sufficient control [...], but also complete legal protection against the measures adopted by these associations”.<sup>137</sup> Therefore, one needs a legal basis,<sup>138</sup> an explicit decision<sup>139</sup> to delegate powers, the delegated powers must be precisely<sup>140</sup> specified, and legal protection must be granted. The latter requirement nowadays also stems from Article 47 CFR. In case of the IBES, there is a legal basis (Article 295 TFEU, procedural autonomy, self-organization), an explicit decision (the IIA) with a clear mandate (Article 6 IIA-IBES), and the IBES is of course subject to CJEU control.

In addition, at the time the High Authority “could not confer upon the authority receiving the delegation powers different from those which the delegating authority itself received under the Treaty”.<sup>141</sup> This should not be an obstacle for further enhancement of the IBES and is reminiscent of *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. All these requirements (legal basis; explicit transfer; precisely specified powers; powers which the body also enjoys itself; no prohibition to transfer powers) should not be an obstacle.

Last, but not least, the requirement of precisely specified powers has to be seen from the angle of executive vs. discretionary powers. The latter category would replace “the choices of the delegator by the choices of the delegate” and would lead to “an actual transfer of responsibility”.<sup>142</sup> Hence, a delegation of powers must

136 *Hatzopoulos*, p. 325. See also below note 146.

137 Joined opinion A.G. Roemer, Cases C-9/56 and C-10/56, *Meroni v. High Authority*, ECLI:EU:C:1958:4, p. 190, drawing a comparison from national law.

138 Obviously, a delegation of powers would not be possible if formally prohibited: General Court, Case T-333/99, *X v. ECB*, ECLI:EU:T:2001:251, para. 102: “a delegation of implementing powers is lawful under Community law, provided that it is not formally prohibited by any legislative provision”.

139 ECJ, Case C-9/56, *Meroni v. High Authority*, judgement of 13 June 1985, ECLI:EU:C:1958:7, p. 151; General Court, Case T-311/06, *FMC Chemical and Arysta Lifesciences v. EFSA*, judgement of 29 January 2009, ECLI:EU:T:2008:205, para. 66: “the delegating authority must take an express decision”.

140 This has been confirmed in *Avis 1/76, Accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, opinion of 26 April 1977, ECLI:EU:C:1977:63, para. 16: “it is unnecessary in this opinion to solve the problem thus posed. In fact, the provisions of the Statute define and limit the powers which the latter grants to the organs of the Fund so clearly and precisely that in this case they are only executive powers”.

141 ECJ, Case C-9/56, *Meroni v. High Authority*, judgement of 13 June 1985, ECLI:EU:C:1958:7, p. 150.

142 ECJ, Case C-9/56, *Meroni v. High Authority*, judgement of 13 June 1985, ECLI:EU:C:1958:7, p. 152.

ensure that they fall within the category of clearly defined executive powers and do not lead to discretionary powers.

How can this requirement be achieved? As the first step now consists of elaborating common minimum standards, in a next step a strengthened ethics body could be tasked to enforce these developed standards, taking into account EU values and principles.<sup>143</sup> These minimum standards could be annexed to the enhanced ethics body's mandate, including the obligation to update them by referring to the already existing wording in Article 9(2) IIA-IBES.<sup>144</sup> Hence, the more precise and specific an (updated) mandate of the IBES, the more it is compliant with the *Meroni* doctrine. This applies for both the substance, but also for possible sanctions.<sup>145</sup>

ECJ president *Lenaerts* has made a clear statement on the question of the “transfer of authority to an internal body”: according to him, such “acts simply tend to improve the quality of Community lawmaking or of the enforcement of Community law” and the “delegation to an independent body cannot be a threat to the constitutional ‘balance of powers’ within the Community legal order”.<sup>146</sup> While this statement was not made with regard to IBES, according to the author it can also be applied in case of this ethics body.

To conclude, even though the IBES does not concern the legislative process and is not a private entity but an EU body with delegated competences, the requirements of the *Meroni* doctrine must be – and indeed are – safeguarded.

## **2. The institutional balance, the separation of powers and the independent mandate**

The *Meroni* doctrine is related to a second argument that is often invoked as a possible obstacle: the institutional balance. This was recently summarized by the ECJ as follows: “Article 13(2) TEU provides that each EU institution is to act within the limits of the powers conferred on it in the Treaties, and in conformity with the procedures, conditions and objectives set out therein. That provision reflects the principle of institutional balance, characteristic of the institutional structure of the European Union, a principle which requires that each of the institutions must exercise its powers with due regard for the powers of the other institutions”.<sup>147</sup>

143 See also below section D.

144 “A review may be considered necessary in particular due to developments in the case-law of the Court of Justice of the European Union, to new or modified ethical standards by international organisations, to new technical developments or to the need for clarification of common minimum standards as a result of recurring issues”.

145 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025). He mentions that to “ensure compliance with the *Meroni* doctrine when the body adopts sanctions, the institutions could pre-define the possible infringements and the factors to be taken into account when determining the sanction”.

146 *Lenaerts*, EL Rev. 1993/1, p. 43.

147 ECJ, Case C-551/21, *Commission v. Council (Signature d'accords internationaux)*, judgement of 9 April 2024, ECLI:EU:C:2024:281, para. 62.

In the same judgement, the Court also emphasized “that the EU institutions are to practice mutual sincere cooperation”,<sup>148</sup> referring to the same Article 13(2) TEU. A cooperation to enhance ethical behaviour, linked to various provisions of EU primary law (for example, independence), EU values, etc. would not infringe but rather strengthen what is enshrined in EU primary law. In literature, the purpose of the institutional framework of Article 13 TEU has been described as to “promote the EU values, advance its objectives, serve its interests, those of its citizens and those of the Member States, and ensure the consistency, effectiveness and continuity of the EU’s policies and actions”.<sup>149</sup> A body that ensures integrity, transparency, and attempts to avoid conflicts of interest falls within this purpose.

Likewise, the separation of powers is sometimes invoked as another argument against an independent ethics body. *Jacqué* has aptly emphasized that for the CJEU the institutional balance “is a substitute for the principle of the separation of powers that, in Montesquieu’s original exposition of his philosophy, aimed to protect individuals against the abuse of power”.<sup>150</sup> The separation of powers has also been covered by the ECJ, but in the context of national situations. It is strongly related to the value of the rule of law and especially to the independence of the judiciary, in relation to the legislative and the executive branches of power.<sup>151</sup> Overall, this concept was developed by *Montesquieu* to avoid misuse of power.<sup>152</sup> An ethics body that ensures integrity, transparency, and attempts to avoid conflicts of interest is an important tool against misuse of power. Consequently, the separation of powers is no argument against an independent ethics body, rather quite the opposite.

In the case of the EP, sometimes the independent (or free) mandate is mentioned as another argument against an independent ethics body. The “direct universal suffrage Act” mentions in that regard that the Members of the EP “shall vote on an individual and personal basis” and that they “shall not be bound by any instructions and shall not receive a binding mandate”.<sup>153</sup> Instructions and binding mandate have to be interpreted as an external input, and instructions seem to refer more to an individual input. Independence also comes with responsibility, and independence cannot be interpreted as a free pass for conflicts of interest. Therefore, the notion of

148 ECJ, Case C-551/21, *Commission v. Council (Signature d’accords internationaux)*, judgement of 9 April 2024, ECLI:EU:C:2024:281, para. 63.

149 *Böttner*, p. 36 f.

150 *Jacqué*, CML Rev. 2004/2, p. 384.

151 See, for example, ECJ, Case C-357/19, *Euro Box Promotion and Others*, judgement of 21 December 2021, ECLI:EU:C:2021:1034, para. 228. On the link to the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR), see ECJ, Case C-585/18, *A.K. (Independence of the Disciplinary Chamber of the Supreme Court)*, judgement of 19 November 2019, ECLI:EU:C:2019:982, para. 130.

152 *Montesquieu*, livre onzième, chapitre VI, p. 152.

153 Act concerning the election of the representatives of the Assembly by direct universal suffrage, OJ L 278 of 8/10/1976, p. 5, as amended by OJ L 178 of 16/7/2018, p. 1, Art. 6. See also recently Decision of the Bureau concerning the Implementing Measures for the Statute for Members of the European Parliament and repealing the Decision of the Bureau of 19 May and 9 July 2008, OJ C/2024/2814 of 26 April 2024. See also Art. 2 EP RoP.

an independent mandate is preferable to a free mandate, as the latter could suggest a lack of commitment to standards of integrity, transparency, and ethics. Thus, obligations to behave with transparency, integrity, and to avoid conflicts of interest cannot be seen as a breach of this provision.

In conclusion, neither the *Meroni* doctrine, nor the institutional balance, the separation of powers or the independent mandate are obstacles for or valid reasons against an IBES, although sometimes invoked in this regard.

## **II. Room for improvement**

Taking into account the legal framework outlined so far, what improvements could be made regarding both substantive aspects (Parties, members, and staff; C.II.1.) and procedural issues (enforcement, monitoring, investigation, and sanctions; C.II.2.)?

### **1. Parties, members and staff**

The number of Parties can and should be increased, also comprising the EUCO. In the case of the EUCO, both its President and the other members (Article 15[2] TEU)<sup>154</sup> should be covered. In a similar vein, all Council members should be covered (Article 16[2] TEU), not just “the representatives at ministerial level of the Member State holding the Presidency of the Council”, as proposed by the Commission. Attempting to anticipate a possible argument why they cannot be included, we have already seen different possibilities for delimitating their national vs. EU-related activities, via a positive wording (ECOSOC) or a negative wording (CoR). In addition, the current wording of Article 1(4) IIA-IBES (“minimum standards shall only be relevant for the exercise of the European Union mandate”) should suffice. As mentioned above,<sup>155</sup> the term “entities” comprises EU “institutions, bodies, offices and agencies”. Other entities can (cf. Article 20 IIA-IBES) and should join voluntarily. EU agencies could, of course, also be constrained to join by changing the relevant underlying EU regulation.<sup>156</sup>

At the moment, the independent experts are only observers. Integrating independent experts, which have to fulfil high requirements in terms of qualification and integrity, as full members would strengthen such an independent ethics body.<sup>157</sup>

154 That is to say, the Heads of State or Government of the Member States, and the President of the Commission. The latter is already currently bound by the IIA-IBES, similar as the High Representative.

155 Above note 17.

156 See also EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 8: “co-legislators may decide to bind agencies through their founding regulations”.

157 EP resolution IBES July 2023 cited above note 42, at pt. 4: “Regrets the fact that the Commission has proposed that five independent experts be involved only as observers rather than as full members; recalls that Parliament’s proposal of 2021 envisaged a nine-person body composed of independent ethics experts, instead of one member from each participating institution”.

Moreover, in case the independent experts are consulted they can only issue a “confidential and non-binding written opinion” (Article 7[3] IIA-IBES), and they only “provide an anonymized and aggregated annual account” (Article 7[4] IIA-IBES). Obviously, the EU institutions fear a naming and shaming. Nonetheless, it should be considered, if this could not constitute an effective tool, as long as combined with the necessary legal safeguards.<sup>158</sup>

Another question is whether staff could also be subjected to an independent ethics body, as demanded by the EP.<sup>159</sup> An important and already existing provision in that regard is Article 2 Staff Regulations.<sup>160</sup> It requires in its first paragraph that each institution must “determine who within it shall exercise the powers conferred by these Staff Regulations on the appointing authority”. The second paragraph then foresees the possibility, that “one or more institutions may entrust to any one of them or to an inter-institutional body the exercise of some or all of the powers conferred on the Appointing Authority other than decisions relating to appointments, promotions or transfers of officials”. The EP has also addressed another provision of the Staff Regulations.<sup>161</sup> Various provisions of the Staff Regulations refer to the consultation of a Joint Committee, for example, Article 13 (potentially incompatible gainful employment of spouse) or Article 16 (post-term appointment of benefits). Article 9(1a) Staff Regulations now provides that “a common Joint Committee may be established for two or more institutions”, also mentioning that the “other Committees referred to in paragraph 1 and the Disciplinary Board may be established as common bodies by two or more agencies”.<sup>162</sup> Hence, it is already now possible to include the staff of the Parties to the IIA-IBES.

While many of the common minimum standards (Article 8[2] IIA-IBES) can be related to conflicts of interest, it would also be advisable to explicitly mention conflicts of interest as the first *litera* of this list. The follow-up in the context of the self-assessment could be mandatory, not only voluntary (now, only when deemed appropriate; Article 10[7] IIA-IBES). Likewise, the “abstract” interpretation of the

158 As also mentioned above, section C.I.1., in the context of the *Meroni* doctrine.

159 EP resolution IBES July 2023 cited above note 42, at pt. 10: “Regrets the fact that the Commission’s proposal covers members of the participating institutions but does not concern staff, who are subject to common obligations in the Staff Regulations; reiterates its call to include the staff of the participating institutions within the scope of the ethics body’s work”.

160 Staff Regulations cited above note 13.

161 EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 7: “competence could be delegated to the independent EU ethics body by making use of the enabling clauses in Art. 2(2) or 9(1), or both, and would concern the monitoring and enforcement of the ethical obligations while other professional obligations would continue to be enforced by the appointing authorities”. Nonetheless, the preferable solution would be Art. 2(2) Staff regulations, as in the case of Art. 9(1)(a) first sentence (N.B: the second sentence is about agencies) Staff Regulations, the requirements of Annex II ‘Composition and procedure of the bodies provided for in Art. 9 of the Staff Regulations’ have to be taken into account.

162 These other committees are a Staff Committee, one or more Joint Advisory Committees, a Reports Committee, and an Invalidity Committee.

common minimum standards (Article 6[2][d] IIA-IBES) could be turned into an individualized and binding<sup>163</sup> interpretation.

## 2. Enforcement, monitoring, investigation and sanctions

In terms of enforcement, the French HATVP and the Canadian CIEC stand out as best-practice standards. Even among the EU institutions, different approaches can be identified.<sup>164</sup> As mentioned above, an analysis of the enforcement powers of the IBES is quite short, as there are none. Article 6(3) IIA-IBES states that it shall “not be competent as regards the application of a Party’s internal rules to individual cases”. The EP has strongly criticized the status quo, referring to “the shortcomings of the current EU ethical framework [that] derive largely from the fact that it relies on a self-regulatory approach, the absence of EU criminal law and insufficient resources and competences to verify information”.<sup>165</sup> Against this background, a future IBES should be tasked with monitoring and sanctions.

Why does monitoring matter? In a different resolution, the EP has called for the “right to start investigations on its own and to conduct on-the-spot and records-based investigations using the information that it has collected or that it has received from third parties”.<sup>166</sup> Declarations of interest are useless in case the information provided by members (or staff) is not checked. A noteworthy example is a Member of the EP, who in 2012 declared himself “Master of the Univers[e]”.<sup>167</sup> Hence, it is not surprising that the EP has also demanded that “the body should also have the possibility to check the veracity of declarations of financial interests and assets”.<sup>168</sup> This would fulfil an important preventive function. The IBES should be able to check not only the declarations provided by members but should also be able to rely on external input. *Alemanno* suggests a “EU public registry for all declarable

163 On sanctions, see below at note 196.

164 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025); *Frischhut*, IEB.

165 EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at recital J.

166 EP resolution IBES Feb. 2023 cited above note 40, at pt. 6.

167 *Rohde*, Declaration of financial interest, available at: [http://www.europarl.europa.eu/ep-dif/96710\\_01-03-2012.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ep-dif/96710_01-03-2012.pdf) (7/6/2025). See also *Grad/Frischhut*, in: *Dialer/Richter* (eds.), p. 315.

168 EP resolution IBES Feb. 2023 cited above note 40, at pt. 6. See also EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 10: “Considers that this monitoring capacity should include, among other aspects, the possibility to check the veracity of the declaration of financial interests, which should be submitted by covered individuals directly to the EU ethics body, in addition to Parliament with respect to Commissioners-designate, to ensure that they arrive the fastest way possible to all those responsible for democratic and/or public scrutiny as stipulated by the applicable rules, the handling of conflicts of interest, rules related to lobbying activities, checks on transparency obligations, including in the legislative procedure, and the verification of compliance with revolving door rules and more generally verification of compliance with all provisions of codes of conduct and applicable rules on transparency, ethics and integrity”.

information” for both members and staff.<sup>169</sup> Existing safeguards, as in the case of data protection,<sup>170</sup> would also have to be guaranteed by IBES; other tools might have to be added, such as harmonized staff whistleblowing<sup>171</sup> protection.<sup>172</sup> In the case of staff, the body could cover the monitoring and enforcement of conflicts of interest,<sup>173</sup> which should be integrated more explicitly into the IBES mandate.<sup>174</sup> As mentioned above, the staff regulations allow for the transfer of some powers.<sup>175</sup> Nevertheless, Annex IV, entitled Disciplinary proceedings, and its safeguards<sup>176</sup> (right of the official to comment, to be informed, etc.) must be adhered to in any case.<sup>177</sup> As mentioned above, Article 47 CFR is another reason for guaranteeing the same rights, as already required by the *Meroni* doctrine.

In the case of alleged misconduct, who can currently<sup>178</sup> take the initiative and investigate? According to Article 86 Staff Regulations, both the Appointing Authority and the European Anti-Fraud Office (OLAF) “may launch administrative investigations”, if they become aware of evidence of failure by an official or former official to comply with the obligations under the Staff Regulations.<sup>179</sup> Concerning members, according to the EP’s Rules of Procedure,<sup>180</sup> these tasks fall in the com-

169 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025).

170 Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies and on the free movement of such data, and repealing Regulation (EC) No 45/2001 and Decision No 1247/2002/EC, OJ L 295 of 21 November 2018, p. 39.

171 Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, OJ L 305 of 26 November 2019, p. 17, as amended by OJ L/2024/3015 of 12 December 2024.

172 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025). See also EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 18.

173 This could cover Art. 11, 11a, and 12 (conflicts of interest), Art. 12b (outside activities), and Art. 13 (gainful employment of spouses) Staff Regulations.

174 Other obligations (for example, Art. 12 on psychological or sexual harassment) would not be transferred.

175 Art. 2(2) (transfer “to an inter-institutional body the exercise of some or all of the powers conferred on the Appointing Authority”) and Art. 9(1a) Staff regulations.

176 Including the above-mentioned (note 170) data protection.

177 See also, *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025).

178 Against a change of the current situation: EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 3: “Believes that in the scope of its duties, including regarding monitoring and investigating, the body should rely on the existing powers of institutions to ask their members for information or on the agreement of national authorities to share information; underlines that Parliament’s President, the Commission’s College or the respective authority of a participating institution will remain in charge of the final decision-making power until a possible revision of the rules”.

179 Art. 86 Staff Regulations refers to Annex IX entitled “Disciplinary proceedings”.

180 *European Parliament*, Rules of Procedure of the European Parliament – January 2025, available at: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/lastrules/TOC\\_EN.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/lastrules/TOC_EN.html?redirect) (7/6/2025) [hereinafter EP RoP]. For a recent change, see EP decision amendments RoP cited above note 12.

petence of the President of the EP, and the Advisory Committee.<sup>181</sup> In the case of the European Commission, it is the task of the Commission President, assisted by an “Independent Ethical Committee” to ensure the application of its Code of Conduct.<sup>182</sup> The IBES should also enjoy this right of initiative.<sup>183</sup> The impetus for investigating a case should be possible both in the case of information derived from declarations of members or staff, as well as from Non-governmental organizations (NGOs), the media, or other watchdogs.<sup>184</sup>

When it comes to investigation, apart from the above-mentioned safeguards (CFR, data protection, etc.), powers transferred to the IBES following the *Meroni* doctrine (respectively the enabling clauses of the Staff Regulations) should not conflict with OLAF,<sup>185</sup> which is in charge of combatting fraud,<sup>186</sup> corruption, and any other illegal activity adversely affecting the EU’s financial interests.<sup>187</sup> The EU’s ethics body could be in charge of handling “members’ misconducts that, by failing to qualify as “serious”, escape OLAF’s investigations”.<sup>188</sup> Likewise, concerning investigation, the IBES should not overlap but cooperate with the European Public Prosecutor’s Office (EPPO),<sup>189</sup> in charge of criminal offences affecting the financial interests of the EU. The list can be extended to the European Ombuds[wo]man, in charge of “maladministration in the activities of the Union institutions, bodies, offices or agencies”<sup>190</sup> and the Court of Auditors, who shall “examine the accounts of all revenue and expenditure of the Union”.<sup>191</sup> Likewise, the EP has also demanded

181 EP RoP, Annex I (Code of Conduct for Members of the European Parliament regarding integrity and transparency), Art. 11(1): “Where there is reason to believe that a Member of the European Parliament may have breached this Code of Conduct, the President shall refer the matter to the Advisory Committee”.

182 Commission Code of Conduct (see note 31), Art. 13.

183 See also EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 16.

184 On independent media and their function “fulfilling the general interest function of ‘public watchdog’”, see Regulation (EU) 2024/1083 establishing a common framework for media services in the internal market and amending Directive 2010/13/EU (European Media Freedom Act), OJ L/2024/1083 of 17 April 2024, recital 1. See also EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 16.

185 See also, EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 17: “Stresses that requesting tax documents and bank records are interventions in private law, for which there must be serious allegations that fall within the competence of OLAF”.

186 Art. 325 TFEU, concerning fraud and other illegal activities affecting the financial interests of the EU.

187 Commission Decision 1999/352/EC, ECSC, Euratom establishing the European Anti-fraud Office (OLAF), OJ L 136 of 31 May 1999, p. 20, as amended by OJ L 333 of 19 December 2015, p. 148, Art. 2.

188 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725/7/6/2025>).

189 Council Regulation (EU) 2017/1939 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office (‘the EPPO’), OJ L 283 of 31 October 2017, p. 1, as amended by OJ L 431 of 21 December 2020, p. 1; Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union’s financial interests by means of criminal law, OJ L 198 of 28 July 2017, p. 29.

190 Art. 228 TFEU, except for the CJEU “acting in its judicial role”.

191 Art. 287(1) TFEU.

that the IBES “should have the possibility to engage in cooperation and information exchange with relevant EU bodies such as OLAF, EPPO, the Ombudsman and the European Court of Auditors, within their respective mandates”.<sup>192</sup> Cooperation with national authorities, for example concerning the sharing of information, might be necessary but will depend on a mutual agreement.<sup>193</sup> This can be important if relevant information is in the hands of national authorities but would be of relevance for the IBES.<sup>194</sup> The EP has been more reluctant and, in addition to awareness-raising and ethical guidance, stated that “decision-making powers should remain within the respective institution until the EU ethics body is entrusted with decision-making powers on a proper legal basis”.<sup>195</sup>

Besides monitoring and investigation, including on its own initiative, let us, last but not least, turn to the question of sanctions. Here, the EP was not very ambitious, stating “that the body should issue [only] recommendations for sanctions to the Appointing Authority in dealing with ethical obligations for staff, and that in relation to Members of the European Parliament or Commissioners, the body should [only] issue recommendations to the responsible authorities of the respective participating institutions”.<sup>196</sup> In the case of staff, the IBES could take over breaches of ethical obligations, especially conflicts of interest.<sup>197</sup> With regard to members, certain sanctions would require a change of the relevant documents. In the case of the EP, currently Rule 21 EP RoP foresees rules for an “early termination of an office”, which involved the Conference of the Presidents in case of the President, a Vice-President, a Quaestor, a Chair or Vice-Chair of a committee, a Chair or Vice-Chair of an interparliamentary delegation, etc., as well as the President (initiative) and the Conference of the Presidents (proposal) in case of breaches of the EP’s Code of Conduct<sup>198</sup> by a rapporteur. In the case of the Commission, Articles 245 (“duty to behave with integrity and discretion”) and 247 (“serious misconduct”) TFEU foresee a competence of the Court of Justice that should not be touched upon.

Hence, one can conclude that it will be easier to transfer “soft penalties” (“i.e. reputational, as well those affecting the position of the member within the institution, but not necessarily those that are of irreversible nature, such a termination”)<sup>199</sup> and not hard ones. As mentioned above, the same analysis applies for staff. As

192 EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 8.

193 Cf. also EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 3.

194 In the case of the French HATVP, “French tax authorities have to deliver all the necessary information, so that the HATVP can assess the completeness, accuracy and sincerity of the declarations of assets and interests”; *Frischhut*, IEB p. 55 f.

195 EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 9.

196 EP resolution IBES 2021 cited above note 38, at pt. 19, also states “that the ethics body [should] issue recommendations that can serve as precedents in identical or similar cases”. See also EP resolution IBES Feb. 2023 cited above note 40, at pt. 12.

197 See above note 173.

198 EP RoP, Annex I cited above note 181.

199 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025).

we have already seen, Article 2(2) Staff Regulations excludes a transfer concerning “decisions relating to appointments, promotions or transfers of officials”. In our context, the exclusion of a transfer of officials might be the most important issue.

#### **D. Conclusion: a balanced step forward**

In the above-mentioned studies concerning France and Canada we have seen ethics bodies vested with strong powers, also concerning enforcement. An IBES with similar powers as the French HATVP could have been described as a full glass. Besides political will, in EU law the principle of conferral and the question of an appropriate legal basis are often the bottleneck for more ambitious solutions; a challenge, that does not exist at national level. From the above-mentioned possible legal bases, at the moment an IIA seems like an appropriate one, and a future treaty reform should foresee a distinct legal basis for a stronger EU ethics body.

In a nutshell, the IBES reduces substantive fragmentation through minimum standards. While some fragmentation in enforcement remains, the IBES can at least develop minimum standards concerning compliance, the composition and tasks of internal ethics bodies, and measures in the case of breaches. One important limitation is that the IBES cannot decide individual cases (Article 6[3] IIA-IBES). Independent experts may only be consulted if the relevant party so decides (Article 7[1] IIA-IBES). This aligns with the broader approach that Parties prefer voluntary decisions over imposed obligations. Accordingly, it is not surprising that the opinion of independent experts is confidential and non-binding (Article 7[3] IIA-IBES). Similarly, each party may follow but is not required to follow the IBES’ recommendations (Article 10[7] IIA-IBES). In conclusion, the IBES cannot be classified as a strong watchdog with monitoring, investigative, and sanctioning powers. Its authority is relatively soft, as is the role of independent experts. The hope is that voluntary rules will be adhered to more readily than coercive ones and that this body will contribute to strengthening the role of ethics in the EU.

There are various elements of this IIA-IBES that should be welcomed. This applies to the idea of ‘minimum harmonization’, also given the significant number of Parties, and to the rules on future updates. The number of Parties is remarkable and key, because a scandal affecting a single institution at the EU level will always destroy trust in the EU as such, as most citizens will not be able to differentiate between the various EU institutions.

Still, there are aspects that can be improved, making the glass even fuller. The follow-up process to the self-assessment could be enhanced. It could at least have been foreseen that a Party not following the analysis of independent experts should be obliged to provide comprehensive reasons, which should then also be published on the website of the ethics body. More Parties (EUCO, but also EIB, agencies, etc.) should join and more ‘members of the Parties’ (especially all Council and EUCO members) should be added. Likewise, a stronger involvement of the independent experts would make sense, at least in a next step. As mentioned above, it cannot be excluded that it makes sense to harmonize the current standards with current

or former members of the existing internal bodies responsible for ethical questions of the Parties (Article 22[1] IIA-IBES), if this helps to benefit from existing knowledge. In the long run, independent experts can then apply them to individual cases and provide valuable input on how to further develop these common minimum standards.

Irrespective of what the first common minimum standards will look like, according to the author, they should be based on the EU's values (Article 2 TEU) and ethical and legal principles.<sup>200</sup> As depicted above, conflicts of interest can occur at the beginning, during, and at the end of membership or employment.<sup>201</sup> Following the broad understanding of conflicts of interest, they can be seen as an umbrella term covering the different areas of the current common minimum standards. This approach could be a fruitful combination of legal and ethical requirements. The ECJ applies a judicial self-restraint concerning the ethical perspective,<sup>202</sup> especially in case an ethical topic cannot be linked to a legal basis. As depicted above, in case there is a link between EU law (for example, Article 285 TFEU) and the ethical concept of avoiding a conflict of interest, the ECJ is willing to rule on this topic and make quite far-reaching statements.<sup>203</sup> The judicial self-restraint of the ECJ on more ethical issues can form a good basis for a division of labour between the ECJ (law) and the IBES (ethics). As mentioned above, the CJEU's power enshrined in Article 19(1) TEU ("ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed") shall not be impaired. The focus on EU values and principles is also important against the background of the *Meroni* doctrine. A clear description of the mandate, in terms of applicable standards based on values and principles, can help to ensure that the activities of the body are qualified as executive and not discretionary.

The extent to which the glass can be filled largely depends on the availability of an appropriate legal basis. While an IBES with strong powers, like the French HATVP, is not feasible, could the EU allow for a stronger IBES than the current status quo? Already now the *Meroni* doctrine allows for a transfer of competences from EU primary law and, conversely, this also applies for EU secondary law (*argumentum a maiore ad minus*). In the case of an IIA qualified as one "directly derived from Treaty provisions",<sup>204</sup> such an IIA would enjoy a legal mezzanine-rank<sup>205</sup> between EU primary and secondary law. These two arguments, the ability to change secondary law because of *Meroni* and the mezzanine-rank, would make the establishment of a stronger IBES possible.

200 See also *Frischhut*, IEB p. 28.

201 They can also be clustered in different categories (actual, apparent or perceived, potential) and types (in role and out of role).

202 See, for example, ECJ, Case C-506/06, *Mayr*, judgement of 26 February 2008, ECLI:EU:C:2008:119, para. 38.

203 ECJ, Case C-130/19, *Court of Auditors v. Pinxten*, judgement of 30 September 2021, ECLI:EU:C:2021:782; and ECJ, Case C-291/22 P, *D & A Pharma v. Commission and EMA*, judgement of 14 March 2024, ECLI:EU:C:2024:228.

204 *Monar*, CML Rev. 1994/4, p. 697.

205 *Alemanno*, Legal Study on an EU Ethics Body, available at: <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/9012/6725> (7/6/2025).

While possible arguments (for example, the institutional balance) against a strong body ensuring integrity, transparency,<sup>206</sup> and trying to avoid conflicts of interest are not convincing, a strong ethics body should itself fulfil the highest standards when it comes to the independence, qualification, and integrity of its members. Therefore, besides high substantive selection criteria, it could be recommendable to foresee an EU body<sup>207</sup> like the one of Article 255 TFEU for CJEU Judges and Advocates General, selecting the independent experts for IBES.

In EU law more broadly, one can observe an increasing role for ethics since the 1990s.<sup>208</sup> As discussed in the introduction, various initiatives – especially since 2000 – along with multiple scandals have paved the way for the establishment of an ethics body covering all EU institutions. The IIA-IBES represents an incremental step in the continued strengthening of ethics within the EU. In conclusion, the level of water in this glass has been steadily rising, and the IBES should be viewed as half full rather than half empty. If the IBES functions effectively and develops an initial set of common minimum standards, then further steps will not only be legally possible but should logically follow. In this sense, the IBES can be regarded as a balanced solution – an important step in the right direction – consistent with the EU's overall step-by-step approach to integration.

## Bibliography

ALEMANN, FLORIAN VON, *Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung. Eine Untersuchung des Interorganverhältnisses der europäischen Verfassung*, 1. Auflage, Dordrecht, 2010

ALEMANN, ALBERTO, *The EU interinstitutional body for ethical standards: A legal and policy analysis*, European Law Journal, 2024, Vol. 30(4), pp. 545–558

ALEMANN, ALBERTO, *The EU Interinstitutional Body for Ethical Standards: A Preliminary Evaluation*, in: Alemanno, Alberto (ed.), *The Law and Governance of the EU Public Ethics System. An Institutional Perspective*, Cham, 2025, pp. 277–291

AMMANN, ODILE, *Transparency at the Expense of Equality and Integrity. Present and Future Directions of Lobby Regulation in the European Parliament*, in: Staudinger, Isabel; Prickartz, Anne-Carlijn; Pirker, Benedikt; Kirchmair, Lando; Hummelbrunner, Sandra (eds.), *Shaping the future of Europe. Contributions to the 3rd Young European Law Scholars Conference (YELS)*, 1. Auflage, Wien, 2022, S. 15–51

206 Ammann, in: Staudinger/Prickartz/Pirker/Kirchmair/Hummelbrunner (eds.), p. 15 convincingly argued that transparency alone might not be enough and that an emphasis also has to be placed on integrity.

207 See opinion A.G. Emiliou, Case C-119/23, *Valančius*, ECLI:EU:C:2024:325, at paras 52 (there in note 36).

208 *Frischhut*, *Ethical Spirit*, p. 144.

- BOBEK, MICHAL, *Epilogue: Searching for the European Hercules*, in: Bobek, Michal (ed.), *Selecting Europe's judges. A critical review of the appointment procedures to the European courts*, 1st edition, Oxford, 2015, pp. 279–309
- BÖTTNER, ROBERT, *Special legislative procedures in the Treaties. Institutional balance and sincere cooperation. Study requested by the European Parliament's AFCE committee*. PE 738.331, Brussels, 2022
- BUSBY, HELEN; HERVEY, TAMARA K.; MOHR, ALISON, *Ethical EU law? The influence of the European Group on Ethics in Science and New Technologies*, *European Law Review*, 2008, Vol. 33, pp. 803–842
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Europa als Wertegemeinschaft. Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?*, *Juristenzeitung*, 2004, Jg. 59(21), S. 1033–1084
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Art. 2 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München, 2022
- CHARI, RAJ; HOGAN, JOHN; MURPHY, GARY; CREPAZ, MICHELE, *Regulating Lobbying. A Global Comparison*, 2nd edition, Manchester, 2019
- CHITI, EDOARDO, *Mismanagement by European Agencies. Concerns, institutional responses, and lessons*, in: Auby, Jean-Bernard; Breen, Emmanuel; Perroud, Thomas (eds.), *Corruption and conflicts of interest. A comparative law approach*, 1st edition, Cheltenham, 2014, pp. 253–271
- CONNOLLY, BERNARD, *The rotten heart of Europe. The dirty war for Europe's money*, 1st edition, London, Boston, 1996
- CRAIG, PAUL; BURCA, GRAINNE DE, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 8th edition, Oxford, 2024
- DERCKX, LISA, *The European Commission's business ethics: a critique of proposed reforms*, *Business Ethics: A European Review*, 2001, Vol. 10(4), pp. 346–359
- DESPOTOPOULOU, EKATERINI, *Those doors that keep revolving: reflections on a subject with hardly any case law*, *ERA Forum*, 2021, Vol. 22(4), pp. 643–653
- DIALER, DORIS; RICHTER, MARGARETHE, *"Cash-for-Amendments" Skandal. Europaabgeordnete unter Generalverdacht*, in: Dialer, Doris; Richter, Margarethe (Hrsg.), *Lobbying in der Europäischen Union. Zwischen Professionalisierung und Regulierung*, 1. Auflage, Wiesbaden, 2014, S. 235–255
- DUMBROVSKÝ, TOMÁŠ; PETKOVA, BILYANA; VAN DER SLUIS, MARIJN, *Judicial appointments. The Article 255 TFEU Advisory Panel and selection procedures in the Member States*, *Common Market Law Review*, 2014, Vol. 51(2), pp. 455–482

- FRISCHHUT, MARKUS, *The Ethical Spirit of EU Law*, 1. Auflage, Cham, 2019
- FRISCHHUT, MARKUS, *Strengthening transparency and integrity via the new 'Independent Ethics Body' (IEB). Study requested by the European Parliament's AFCCO committee*. PE 661.110, 1st edition, Brussels, 2020
- GERIG, MARTIN; RITZ, CHRISTIAN, *Pläne für ein neues EU-Lobbyregister – kommt Zeit, kommt Rat*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2014, Jg. 25(22), S. 853–858
- GRAD, JULIAN; FRISCHHUT, MARKUS, *Legal and Ethical Rules in EU Decision-Making. "Soft Law" for Targets and Actors of Lobbying*, in: Doris Dialer; Margarethe Richter (eds.), *Lobbying in the European Union. Strategies, Dynamics and Trends*, 1st edition, Cham, 2019, pp. 305–327
- GRÄBLE, INGEBORG, *Der Fall Dalli. Die europäische Tabaklobby im Visier*, in: Dialer, Doris; Richter, Margarethe (Hrsg.), *Lobbying in der Europäischen Union. Zwischen Professionalisierung und Regulierung*, 1. Auflage, Wiesbaden, 2014, S. 213–234
- HATZOPOULOS, VASSILIS, *Regulating services in the European Union*, 1st edition, Oxford, 2012
- HUMMER, WALDEMAR, *From 'Interinstitutional Agreements' to 'Interinstitutional Agencies/Offices'?*, European Law Journal, 2007, Vol. 13(1), pp. 47–74
- HUMMER, WALDEMAR, *Interorganvereinbarungen. Rechtsgrundlage – Rechtsnatur – Rechtswirkungen – Justiziabilität*, in: Kietz, Daniela; Slominski, Peter; Maurer, Andreas; Puntischer Riekman, Sonja (Hrsg.), *Interinstitutionelle Vereinbarungen in der Europäischen Union. Wegbereiter der Verfassungsentwicklung*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2010, S. 51–110
- JACQUÉ, JEAN-PAUL, *The principle of institutional balance*, Common Market Law Review, 2024, Vol. 41(2), pp. 383–391
- JONES, ERIK; KELEMEN, R. DANIEL; MEUNIER, SOPHIE, *Failing Forward? The Euro Crisis and the Incomplete Nature of European Integration*, Comparative Political Studies, 2016, Vol. 49(7), pp. 1010–1034
- JONES, ERIK; KELEMEN, R. DANIEL; MEUNIER, SOPHIE, *Failing forward? Crises and patterns of European integration*, Journal of European Public Policy, 2021, Vol. 28(10), pp. 1519–1536
- KIETZ, DANIELA; MAURER, ANDREAS, *The European Parliament in Treaty Reform: Predefining IGCs through Interinstitutional Agreements*, European Law Journal, 2007, Vol. 13(1), pp. 20–46
- LENAERTS, KOEN, *Regulating the Regulatory Process. Delegation of Powers in the European Community*, European Law Review, 1993, Vol. 18(1), pp. 23–49
- LENAERTS, KOEN, *La vie après l'avis. Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, Common Market Law Review, 2017, Vol. 54(3), pp. 805–840

- MARTÍNEZ IGLESIAS, MARÍA JOSÉ, *Better law-making and the interinstitutional (dis)agreements: Some comments*, European Law Journal, 2020, Vol. 26(1-2), pp. 108–113
- MONAR, JÖRG, *Interinstitutional Agreements. The Phenomenon and its New Dynamics after Maastricht*, Common Market Law Review, 1994, Vol. 31(4), pp. 693–719
- MONTESQUIEU, CHARLES DE SECONDAT BARON DE, *De L'esprit des Loix. Avec des notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de la Harpe, etc. Nouvelle édition entièrement refondue*, Tome premier, Paris, 1927
- NETTESHEIM, MARTIN, *Interest Representatives' Obligation to Register in the Transparency Register: EU Competences and Commitments to Fundamental Rights. In-depth analysis for the AFCO Committee*, PE 493.038, 1st edition, Brussels, 2014
- NORMAN, WAYNE, MACDONALD, CHRIS, *Conflicts of Interest*, in: Brenkert, George G.; Beauchamp, Tom L. (eds.), *The Oxford Handbook of Business Ethics*, 1st edition, Oxford, New York, 2010, pp. 441–470
- PESCATORE, PIERRE, *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*, 1st edition, Leiden, 1974
- PLOMER, AURORA, *The European Group on Ethics: Law, Politics and the Limits of Moral Integration in Europe*, European Law Journal, 2008, Vol. 14(6), pp. 839–859
- RÖTTINGER, MORITZ, *Interinstitutionelle Vereinbarungen und Geschäftsordnungen als Gratwanderung zwischen praeter und contra Primärrecht*, in: Kietz, Daniela; Slominski, Peter; Maurer, Andreas; Puntischer Riekmann, Sonja (Hrsg.), *Interinstitutionelle Vereinbarungen in der Europäischen Union. Wegbereiter der Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden, 2010, S. 297–311
- SAUVÉ, JEAN-MARC, *Selecting the European Union's Judges. The Practice of the Article 255 Panel*, in: Bobek, Michal (ed.), *Selecting Europe's judges. A critical review of the appointment procedures to the European courts*, Oxford, 2015, pp. 78–85
- SLOMINSKI, PETER, *The Fabric of Governance: Interinstitutional Agreements in the EU*, European Law Journal, 2007, Vol. 13(1), pp. 2–3
- STREINZ, RUDOLF, *Art. 352 TFEU*, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Auflage, München, 2018
- TANSEY, RACHEL, *The EU's Revolving Door Problem. How Big Business Gains Privileged Access*, in: Dialer, Doris; Richter, Margarethe (Hrsg.), *Lobbying in der Europäischen Union. Zwischen Professionalisierung und Regulierung*, 1. Auflage, Wiesbaden, 2014, S. 257–268

WHITE, SIMONE, *Footprints in the sand. Regulating conflict of interest at EU level*, in: Auby, Jean-Bernard; Breen, Emmanuel; Perroud, Thomas (eds.), *Corruption and conflicts of interest. A comparative law approach*, Cheltenham, Northampton, 2014, pp. 272–287

WITTE, FLORIS DE, *Sex, drugs & EU law: The recognition of moral and ethical diversity in EU law*, *Common Market Law Review*, 2013, Vol. 50(6), pp. 1545–1578



© Markus Frischhut

# Die Kommission als Einziehungsbehörde von Vertragsverletzungsstrafen und ihre Kontrolle durch die Unionsgerichte

Tobias Schramm\*

|                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Inhalt                                                                                                             |     |
| A. Einleitung                                                                                                      | 400 |
| B. Rechtliche Ausgangslage                                                                                         | 400 |
| C. Zahlungsaufforderung durch die Kommission in engen primärrechtlichen Grenzen                                    | 401 |
| I. Eingeschränkte Prüfung der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Urteils durch die Kommission                       | 401 |
| II. Bewertung der mitgliedstaatlichen Abhilfemaßnahme durch die Kommission                                         | 402 |
| 1. Formales Prüfrecht der Kommission                                                                               | 403 |
| a) Formale Prüfung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht                                                      | 403 |
| b) Sekundäre Darlegungs- und Beweislast des Mitgliedstaats                                                         | 404 |
| 2. Materielles Prüfrecht der Kommission                                                                            | 405 |
| a) Missbrauchsanfällige Einschränkung durch die Rechtsprechung                                                     | 405 |
| b) Raum für ein materielles Prüfrecht auf offensichtliche Unzulänglichkeit der Abhilfemaßnahme                     | 406 |
| III. Keine Reduktion von Zwangsgeldern aus Verhältnismäßigkeitsgründen                                             | 407 |
| IV. Gerichtliche Überprüfung der Zahlungsaufforderung                                                              | 409 |
| D. Beschluss über Verrechnung mit mitgliedstaatlichen Ansprüchen gegen die Union mit dem Placet der Unionsgerichte | 410 |
| I. Zulässigkeit der Verrechnung                                                                                    | 410 |
| 1. Kein Verstoß gegen Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 i.V.m. Art. 280 AEUV                                                   | 410 |
| 2. Bestehen einer Rechtsgrundlage                                                                                  | 412 |
| 3. Keine Ausschließlichkeit der Vertragsverletzungsklage                                                           | 413 |
| II. Gerichtliche Kontrolle der Verrechnung                                                                         | 414 |
| 1. Zuständigkeit des EuG                                                                                           | 414 |
| 2. Bestandskraft der Zahlungsaufforderung                                                                          | 414 |
| E. Fazit                                                                                                           | 415 |

\* Tobias Schramm, Master mention Droit européen, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht (Prof. Dr. de Wall) der Universität Erlangen-Nürnberg (Germany). E-Mail: tobias.s.schramm@fau.de. Dank gilt Prof. Dr. Markus Krajewski für seine Unterstützung.

## Abstract

Zur Einziehung finanzieller Sanktionen, die der Gerichtshof gegen Mitgliedstaaten für fortdauernde Vertragsverletzungen verhängt, ist die Kommission berufen. In einem ersten Schritt hat sie bei der Festsetzung der zahlbaren Summe (insbesondere an Zwangsgeldern) zu bestimmen, wann der Mitgliedstaat seine Pflicht, dem Unionsrechtsverstoß abzuhelpfen, erfüllt hat. Dabei hat die Kommission formal zu prüfen, ob eine Maßnahme zur Behebung der Vertragsverletzung ergriffen wurde. Klagt ein Mitgliedstaat vor den Unionsgerichten gegen die Feststellung der Kommission, trifft ihn im Prozess eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast für die Unrichtigkeit der Bewertung. Dagegen lehnt der EuGH eine vollständige materielle Prüfung der Unionsrechtskonformität der mitgliedstaatlichen Abhelfemaßnahme durch die Kommission mit Verweis auf seine diesbezügliche Alleinzuständigkeit ab. Die Kommission kann indes im Weg einer Evidenzkontrolle die offensichtliche Unzulänglichkeit der Abhelfemaßnahme feststellen. In einem zweiten Schritt kann die Kommission die Verrechnung der Sanktionsschuld mit Ansprüchen des Mitgliedstaats gegen die Union beschließen, wenn sich der Mitgliedstaat auch nach Festsetzung der zahlbaren Summe verweigert. Auch hiergegen steht der Klageweg vor den Unionsgerichten offen, wobei das EuG eine solche Verrechnung im Grundsatz trotz Einwänden aus der Literatur zuletzt zu Recht mehrfach bestätigt hat.

### **The Commission as a recovery authority for infringement penalties and its supervision by Union Courts**

The Commission is responsible for recovering financial penalties imposed on Member States by the Court of Justice for persistent infringements. Firstly, in order to fix the amount payable (in particular, in penalty payments), it must determine when the Member State remedied the breach of Union law. In doing so, the Commission must formally examine whether a measure was taken to remedy the infringement. If a Member State brings an action before EU courts against the Commission's assessment, it bears the secondary burden of setting out and proving that the assessment is incorrect. Conversely, the Commission may not review on substantive grounds whether the Member State's remedial measure conforms with Union law, since only the CJEU has that jurisdiction. The Commission can, however, establish the obvious inadequacy of the remedial measure. In a second step, the Commission can decide to offset the sanction debt against claims of the Member State against the Union if the Member State refuses to pay even after the amount payable has been determined. This can also be appealed to the EU courts, who have rightly confirmed such offsetting in principle, despite objections from the literature.

**Keywords:** Law governing the institutions, Rule of Law, Infringement proceedings, Financial penalties, Burden of proof, Execution of CJEU judgments, Non-compliance, Enforcement, Recovery, Set-off

## A. Einleitung

Vertragsverletzungsverfahren stellen das schärfste unionsrechtliche Schwert dar, mit dem die Europäische Kommission unionsrechtsbrüchige Mitgliedstaaten zur Raison rufen kann.<sup>1</sup> Dabei hat sich die Kommission zum Ziel gesetzt, das Verfahren „strategisch“ einzusetzen, indem vor allem systemische und strukturelle Unionsrechtsverstöße verfolgt werden sollen.<sup>2</sup> Umso wichtiger ist es deshalb, Mitgliedstaaten zur Befolgung etwaiger Vertragsverletzungsurteile des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) unbedingt anzuhalten. Stimmen in der Literatur haben in diesem Zusammenhang die fehlende Durchsetzbarkeit von Maßnahmen der Union gegenüber den Mitgliedstaaten konstatiert, aus der das gültige Unionsrecht keinen Ausweg böte.<sup>3</sup>

Dem soll hier, zumindest im Kontext der Einziehung finanzieller Sanktionen für Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten, widersprochen werden. Die Rechtsprechung der Unionsgerichte schreibt der Kommission dabei eine Rolle zu, die über eine bloße formalisierte Aufsicht über die Zahlungseingänge hinausgeht. Zudem kann die Kommission im Fall der Zahlungsverweigerung durch den Mitgliedstaat jenseits der Erhebung einer erneuten Vertragsverletzungsklage die Leistung der ausstehenden Sanktionszahlungen durch eine Verrechnung ersetzen.

## B. Rechtliche Ausgangslage

Kommt ein Mitgliedstaat nach Feststellung einer Vertragsverletzung durch den Gerichtshof seiner Pflicht zu deren Behebung aus Art. 260 Abs. 1 AEUV nicht nach, kann dieser seit dem Vertrag von Maastricht gem. Art. 260 Abs. 2 AEUV durch ein zweites Urteil auf Antrag der Kommission finanzielle Sanktionen in Form von Pauschalbeträgen oder Zwangsgeldern verhängen. Die naheliegende Folgefrage, wie zu verfahren ist, wenn der vertragsbrüchige Mitgliedstaat auch diese Zahlung verweigert, ist dagegen in den Verträgen nicht im Detail geregelt.

Zuständig für die Einziehung der Sanktionsschulden ist die Kommission im Rahmen ihrer allgemeinen Aufgabe zur Ausführung des Haushalts aus Art. 317 AEUV.<sup>4</sup> Sie stützt sich dabei auf die Haushaltsordnung,<sup>5</sup> nach deren Art. 98 Abs. 2 in einem ersten Schritt eine Zahlungsaufforderung an den Mitgliedstaat zu richten ist (B.).

1 Vgl. nur Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 258 AEUV, Rn. 1; Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 258 AEUV, Rn. 2 f.

2 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Durchsetzung des EU-Rechts für ein Europa, das greifbare Ergebnisse liefert, COM(2022) 518 final, S. 24.

3 Vgl. nur Schmidt/Bogdanowicz, CMLR 2018/4, S. 1074.

4 EuG, Rs. T-139/06, *Frankreich/Kommission*, Urteil v. 19. November 2011, ECLI:EU:T:2011:605, Rn. 37 f.; zuvor bereits GA Jääskinen, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, ECLI:EU:C:2013:321, Rn. 67.

5 VO (EU, Euratom) 2024/2509 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union (Neufassung), Abl. L 2024/2509 v. 26.09.2024.

Anschließend kann, nach ausreichender Gelegenheit zur freiwilligen Zahlung, die eigentliche Einziehung durch Verrechnung (C.) erfolgen (vgl. Art. 102 Abs. 1 Haushaltsordnung).

### C. Zahlungsaufforderung durch die Kommission in engen primärrechtlichen Grenzen

Gem. Art. 98 Abs. 2 Haushaltsordnung ist die fällige Forderung unter Aufforderung zur Zahlung festzusetzen. Im Zusammenhang finanzieller Sanktionen für Vertragsverletzungen gem. Art. 260 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV ist dabei insbesondere die Summe aus den verhängten Pauschalbeträgen und aller angefallenen Zwangsgelder zu bestimmen. Hinsichtlich der rechtlichen Bewertungen, die die Kommission in diesem Zusammenhang vorzunehmen hat, kommt ihr nur ein eingeschränktes Prüfrecht zu.

#### I. Eingeschränkte Prüfung der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Urteils durch die Kommission

Grundlage für die Zahlungsaufforderung ist jeweils die Entscheidung des Gerichtshofs, durch die die fraglichen Sanktionen verhängt wurden. Die Kommission hat sich zu vergewissern, dass diese Entscheidung im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung noch rechtlichen Bestand hat. Zwar sind Urteile des Gerichtshofs nicht rechtsmittelfähig und bleiben deshalb nach Verkündung grundsätzlich wirksam.

Wenn Sanktionen aber durch einstweilige Anordnung gem. Art. 279 AEUV verhängt wurden (praktisch ist das nur für Zwangsgelder denkbar),<sup>6</sup> kommt durchaus eine Aufhebung der fraglichen Anordnung gem. Art. 163 Verfahrensordnung des Gerichtshofs (nachfolgend: Verfahrensordnung) in Betracht. In diesem Zusammenhang hat das EuG klargestellt, dass durch einstweilige Anordnung verhängte Zwangsgelder auch bei Rücknahme der Klage in der Hauptsache bestehen bleiben.<sup>7</sup> Zwar tritt die akzessorisch zur Hauptsache stehende Anordnung mit deren Beendigung außer Kraft.<sup>8</sup> Das lässt bereits verwirkte Zwangsgelder indes nicht entfallen, da diese nicht zur Sanktion der (dann nicht festgestellten) Vertragsverletzung, sondern der Nichtbefolgung der einstweiligen Anordnung verhängt wurden.<sup>9</sup>

6 Soweit erkennbar erstmals EuGH, Rs. C-121/21 R, *Tschechien/Polen* („*Mine de Turów*“), Beschluss v. 21. Mai 2021, ECLI:EU:C:2021:420; zuvor schon grundlegend EuGH, Rs. 441/17 R, *Kommission/Polen*, Beschluss v. 27. November 2017, ECLI:EU:C:2017:877, Rn. 97 ff.

7 EuG, verb. Rs. T-200/22 und T-314/22, *Polen/Kommission*, Urteil v. 29. Mai 2024, ECLI:EU:T:2024:329, Rn. 42.

8 Ausdrücklich EuG, verb. Rs. T-200/22 und T-314/22, *Polen/Kommission*, Urteil v. 29. Mai 2024, ECLI:EU:T:2024:329, Rn. 36; allg. EuGH, Rs. C-121/21 R, *Tschechien/Polen* („*Mine de Turów*“), Beschluss v. 19. Mai 2022, ECLI:EU:C:2022:408, Rn. 25.

9 So EuG, verb. Rs. T-200/22 und T-314/22, *Polen/Kommission*, Urteil v. 29. Mai 2024, ECLI:EU:T:2024:329, Rn. 32; in diesem Sinne auch EuGH, Rs. C-441/17 R, *Kommission/Polen*, Beschluss v. 27. Juli 2017, ECLI:EU:C:2017:877, Rn. 102. Anders dagegen GA Kokott, Rs. C-554/24 P, *Polen/Kommission*, ECLI:EU:C:2025:564, Rn. 40 ff.

Keinesfalls kann es der Kommission allerdings zustehen, inzident die Richtigkeit des Sanktionsurteils des Gerichtshofs zu überprüfen. Das drängt sich schon angesichts der institutionellen Aufgaben- bzw. Gewaltenteilung zwischen Kommission und EuGH aus Art. 17 Abs. 1, 19 Abs. 1 S. 2 EUV auf. Könnte die Kommission im Rahmen der Entscheidung über die Zahlungsaufforderung die Rechtmäßigkeit des Urteils bewerten, eröffnete die anschließende Kontrolle ebendieser Zahlungsaufforderung durch die Unionsgerichtsbarkeit zudem durch die Hintertür einen Instanzenzug zur Überprüfung von Urteilen des Gerichtshofs, den das Unionsrecht gerade nicht vorsieht.<sup>10</sup>

Dessen ungeachtet trug Polen in der *Rs. Polen/Kommission (II)* vor, das zugrundeliegende Sanktionsurteil des EuGH (*Rs. „Unabhängigkeit und Privatleben von Richtern“*) sei *ultra vires* ergangen und deshalb gegenstandslos.<sup>11</sup> Dabei stützte sich Polen auf das seinerseits hochumstrittene Urteil seines nationalen Verfassungsgerichts.<sup>12</sup> Dieses Vorbringen, wonach das EuG im Erfolgsfall dem EuGH einen Kompetenzverstoß attestiert hätte, darf wohl ohne Weiteres als optimistisch bezeichnet werden. Beachtlich ist indes, dass das EuG das Vorbringen nicht etwa als unzulässig, sondern nach inhaltlicher Prüfung, d.h. *als unbegründet*, zurückwies.<sup>13</sup> Dadurch suggeriert das EuG, seine Prüfkompetenz erstreckte sich durchaus auch auf die Richtigkeit der Vorentscheidung des Gerichtshofs. Für das Gericht kann in dieser Hinsicht aber nichts Anderes gelten als das oben für die Kommission Erläuterte.

Das Bestreben des Gerichts, das polnische Rühren an den Grundfesten des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs inhaltlich zu parieren, ist zwar verständlich. Eine Kontrollkompetenz des EuG über Urteile des EuGH rechtfertigt dies jedoch nicht. Deshalb ist zu erwarten, dass der EuGH in seiner Entscheidung über die eingelegten Rechtsmittel<sup>14</sup> oder das EuG bei nächster Gelegenheit selbst diese Ungenauigkeit korrigiert.

## II. Bewertung der mitgliedstaatlichen Abhilfemaßnahme durch die Kommission

Von großer Bedeutung, weil von unmittelbarer Auswirkung auf die Höhe der Sanktion, ist die Frage, inwieweit die Kommission die Tauglichkeit der ergriffenen Abhilfemaßnahmen zu überprüfen befugt ist. Bei der Festsetzung eines Pauschalbetrags ist natürlich schlicht der vom Gerichtshof verhängte Betrag in Rechnung zu stellen.

Dagegen summieren sich Zwangsgelder periodisch (z.B. pro Tag oder Monat) bis zur Behebung der Vertragsverletzung durch den Mitgliedstaat. Um deren Summe

10 Vgl. nur Art. 256 I Uabs. 2 AEUV e contrario.

11 EuG, verb. Rs. T-830/22 und T-156/23, *Polen/Kommission*, Urteil v. 5 Februar 2025, ECLI:EU:T:2025:131, Rn. 34 f.

12 Trybunał Konstytucyjny, Rs. P/70, Urteil v. 14 Juli 2021, Dz.U. z 2021 r. poz. 1309.

13 EuG, verb. Rs. T-830/22 und T-156/23, *Polen/Kommission*, Urteil v. 5 Februar 2025, ECLI:EU:T:2025:131, Rn. 36 f.

14 EuGH, Rs. C-554/24 P, Gerichtsmitteilung v. 14 August 2024, BeckEuRS 2024, 768540.

festzusetzen, muss die Kommission deshalb den Zeitpunkt bestimmen, in dem der Mitgliedstaat seine Verpflichtung aus Art. 260 Abs. 1 AEUV erfüllt hat, dem durch den Gerichtshof festgestellten Unionsrechtsverstoß abzuhelpfen.

Das der Kommission diesbezüglich zustehende Prüfrecht ist in seinem Umfang begrenzt. Erstmals hat die Unionsgerichtsbarkeit dies in der *Rs. Portugal/Kommission* klargestellt: Danach stehe der Kommission ein ausschließlich *formales* Prüfrecht darüber zu, ob der Mitgliedstaat seine Verpflichtung zur Behebung des Verstoßes erfüllt hat.<sup>15</sup> Mit anderen Worten darf die Kommission demzufolge nur feststellen, *dass* eine Abhilfemaßnahme ergriffen wurde, nicht aber, ob diese die Vertragsverletzung auch wirklich *behebt*.

### 1. Formales Prüfrecht der Kommission

Ob der Mitgliedstaat eine Abhilfemaßnahme ergriffen hat, darf die Kommission ohne Einschränkungen bewerten. Insbesondere muss sie sich nicht mit den durch den Mitgliedstaat gelieferten Informationen begnügen, sondern kann eigene Ermittlungen durchführen. Dabei kommt der Kommission die Befugnis zu, eine eigenständige (von der Sichtweise des Mitgliedstaats abweichende) Feststellung zu treffen.<sup>16</sup> Hat die Kommission ausreichende Anhaltspunkte für ihre Bewertung vorgelegt, obliegt dem Mitgliedstaat der Gegenbeweis.

#### *a) Formale Prüfung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht*

Abhängig davon, welcher Natur die Behebungsverpflichtung des Mitgliedstaats aus Art. 260 Abs. 1 AEUV ist, nimmt das als „formal“ bezeichnete Prüfrecht der Kommission unterschiedliche Form an:

Muss der Mitgliedstaat ausweislich des Tenors des Sanktionsurteils *rechtsförmige* Abhilfemaßnahmen ergreifen (z.B. einen unionsrechtswidrigen Verwaltungsakt zurücknehmen oder legislative Maßnahmen zur Umsetzung einer Richtlinie verabschieden), hat die Kommission zu prüfen, ob und wann diese rechtsförmigen Maßnahmen wirksam wurden. Zudem dürfte der Kommission ggf. wohl auch die Beurteilung zugestanden werden, ob eine Abhilfemaßnahme rechtlich für das gesamte Territorium des Mitgliedstaats gilt.<sup>17</sup>

Besteht der Unionsrechtsverstoß dagegen in einer (z.B. Verwaltungs-)Praxis oder deren Unterlassen, kann der Mitgliedstaat ihm nur durch *tatsächliches* Handeln

15 Ausdrücklich EuG, Rs. T-33/09, *Portugal/Kommission*, Urteil v. 29 März 2011, ECLI:EU:T:2011:127, Rn. 87; bestätigt durch EuGH, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, Urteil v. 15 Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:3, Rn. 41.

16 EuG, Rs. T-139/06, *Frankreich/Kommission*, Urteil v. 19 November 2011, ECLI:EU:T:2011:605, Rn. 33, 51.

17 Zu denken ist etwa an eine Maßnahme nur eines deutschen Bundeslands, die eine deutschlandweite unionsrechtswidrige Verwaltungspraxis erkennbar nicht beheben und daher sicherlich nicht der gesamten Bundesrepublik als Erfüllung ihrer unionsrechtlichen Pflichten zugutekommen kann.

abhelfen. Auch der Zeitpunkt der Behebung ist dann in tatsächlicher Hinsicht zu ermitteln.

Besondere Relevanz hat diese tatsächliche Bewertung der Kommission im Fall einer „allgemeinen und strukturellen“ Vertragsverletzung,<sup>18</sup> wie sie der EuGH (so weit erkennbar) erstmals ausdrücklich in der Rs. „*Verschlechterung der mageren Mähwiesen*“<sup>19</sup> festgestellt hat. Weil einer solchen nur durch breit angelegte, tiefgreifende Maßnahmen abgeholfen werden kann, gestaltet sich die Erfüllung der Behebungspflicht aus Art. 260 Abs. 1 AEUV für den Mitgliedstaat regelmäßig schwierig. Wo der Gerichtshof eine derart weitreichende Vertragsverletzung feststellt, ist augenfällig, dass Einzelmaßnahmen hinter dem Erfordernis der strukturellen Abhilfe regelmäßig zurückbleiben werden.<sup>20</sup>

Auch nach ersten Abhilfenmaßnahmen des Mitgliedstaats kann die Kommission deshalb dem EuG zufolge fortgesetzt Zwangsgelder berechnen, wenn sie ausreichende Anhaltspunkte dafür liefert (dazu sogleich), dass der Mitgliedstaat das Urteil, mit dem der Gerichtshof die Vertragsverletzung festgestellt hat, *nicht vollständig* durchgeführt hat.<sup>21</sup>

#### *b) Sekundäre Darlegungs- und Beweislast des Mitgliedstaats*

Erhebt der Mitgliedstaat Nichtigkeitsklage gegen die Zahlungsaufforderung, kann ihn eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast<sup>22</sup> dafür treffen, dass er eine Abhilfemaßnahme ergriffen hat: Kann die Kommission „ernsthafte und berechtigte Zweifel“ hieran darlegen, muss der Mitgliedstaat den Gegenbeweis antreten.<sup>23</sup>

Das entspricht der grundsätzlichen Beweislastverteilung im Unionsprozessrecht, wonach der Mitgliedstaat als Kläger darzulegen hat, dass die Bewertungen der Kommission nicht zutreffen.<sup>24</sup> Das gilt umso mehr im Kontext der Durchsetzung eines Sanktionsurteils, in dem den Mitgliedstaat gegenüber der Kommission die Obliegenheit trifft, Abhilfemaßnahmen anzuzeigen.<sup>25</sup>

Schließlich stellt eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast eine bloße Fortsetzung der (bisher punktuellen) Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Darlegungs- bzw. Beweislast im Vertragsverletzungsverfahren dar.

18 Dazu ausführlich *Schmidt/Bogdanowicz*, CMLR 2018/4, S. 1066 ff., 1076 ff.

19 EuGH, Rs. C-47/23, *Kommission/Deutschland* („*Détérioration des prairies maigres de fauche*“), Urteil v. 14 November 2024, ECLI:EU:C:2024:954.

20 In diesem Sinne EuGH, Rs. C-298/97, *Kommission/Spanien*, Urteil v. 28 Mai 1998, ECLI:EU:C:1998:270, Rn. 16.

21 EuG, Rs. T-139/06, *Frankreich/Kommission*, Urteil v. 19 November 2011, ECLI:EU:T:2011:605, Rn. 51.

22 Vgl. zum Begriff *Stadler*, in: Musielak/Voit, § 138 ZPO, Rn. 10a.

23 EuG, Rs. T-139/06, *Frankreich/Kommission*, Urteil v. 19 November 2011, ECLI:EU:T:2011:605, Rn. 52, das überschießend sogar von einer vollen Beweislastumkehr ausgeht.

24 *Andová*, in: Karpenstein/Kotzur/Vasel (Hrsg.), § 21, Rn. 8, 12.

25 EuG, Rs. T-139/06, *Frankreich/Kommission*, Urteil v. 19 November 2011, ECLI:EU:T:2011:605, Rn. 44; EuG, T-733/15, *Portugal/Kommission*, Urteil v. 28 Mai 2017, ECLI:EU:T:2017:225, Rn. 36.

Insbesondere für die spezielle Situation, dass die Vertragsverletzung in einem Unterlassen effektiver Marktkontrolle durch den Mitgliedstaat besteht, hat der Gerichtshof nämlich eine besondere Beweislastregel zugunsten der Kommission geschaffen.<sup>26</sup> Auch in Fällen einer allgemeinen und strukturellen Vertragsverletzung sowie der ungenügenden Richtlinienumsetzung modifiziert der EuGH ganz ausdrücklich die Darlegungslast: Liefert die Kommission ausreichende Anhaltspunkte, hat der Mitgliedstaat die vorgeworfene Vertragsverletzung jeweils „substantiiert zu bestreiten“.<sup>27</sup>

Auch allgemein kann der Mitgliedstaat bei Anfechtung der Zahlungsaufforderung die eigenständige, formale Feststellung der Kommission, dass keine (ausreichende) Abhilfemaßnahme ergriffen wurde, demnach nur substantiiert bestreiten und ist insoweit auch beweisbelastet.

## 2. Materielles Prüfrecht der Kommission

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Kommission zu prüfen befugt ist, ob der Mitgliedstaat durch die Abhilfemaßnahme *inhaltlich* dem Unionsrecht genügt.

### *a) Missbrauchsanfällige Einschränkung durch die Rechtsprechung*

Nach bisheriger Ansicht der Unionsgerichte soll der Kommission kein solches materielles Prüfrecht zustehen.<sup>28</sup> Diese Beschränkung stützt sich auf zwei Gründe: Erstens ist allein der Gerichtshof zuständig, über die Unionsrechtskonformität von Handlungen der Mitgliedstaaten zu befinden.<sup>29</sup> Eine inzidente Prüfung der Kommission, ob der Mitgliedstaat durch eine Abhilfemaßnahme nunmehr seine unionsrechtlichen Pflichten erfüllt, griffe in diese ausschließliche Kompetenz ein. Zweitens würde der Mitgliedstaat durch die Möglichkeit der Kommission, selbst (ohne gerichtliches Verfahren) eine anhaltende Vertragsverletzung festzustellen, seiner prozeduralen Verteidigungsrechte aus Art. 258 AEUV (Mahnschreiben und begründete Stellungnahme mit Fristsetzung) beraubt.<sup>30</sup>

26 EuGH, Rs. C-300/02, *Griechenland/Kommission*, Urteil v. 24 Februar 2005, ECLI:EU:C:2005:103, Rn. 34; Rs. C-387/03, *Griechenland/Kommission*, Urteil v. 27 Oktober 2005, ECLI:EU:C:2005:646, Rn. 96.

27 EuGH, Rs. C-444/21, *Kommission/Irland* („Schutz von besonderen Erhaltungsgebieten“), Urteil v. 29 Juni 2023, ECLI:EU:C:2023:524, Rn. 166; Rs. C-311/09, *Kommission/Polen*, Urteil v. 6 Mai 2010, ECLI:EU:C:2010:257, Rn. 34.

28 S.o., EuGH, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, Urteil v. 15 Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:3, Rn. 41; EuG, Rs. T-33/09, *Portugal/Kommission*, Urteil v. 29 März 2011, ECLI:EU:T:2011:127, Rn. 87.

29 EuGH, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, Urteil v. 15 Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:3, Rn. 49–54.

30 EuGH, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, Urteil v. 15 Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:3, Rn. 55.

So sehr eine Beschränkung des Prüfrechts der Kommission mit diesen Argumenten im Grundsatz auch überzeugt, so offenkundig ist ihre Missbrauchsanfälligkeit:<sup>31</sup> Im unmittelbaren Nachgang der Entscheidung in der *Rs. Portugal/Kommission* wurde zutreffend angemerkt, dass die Kommission Zwangsgelder demnach schon dann nicht weiter verbuchen dürfe, wenn „der verurteilte Mitgliedstaat *irgendeine* Abhilfemaßnahme getroffen hat.“<sup>32</sup> Eine derart weitreichende Einschränkung des Prüfrechts in materieller Hinsicht bewirkt eine für die Kommission verbindliche unwiderlegliche Vermutung, dass der Mitgliedstaat durch eine Abhilfemaßnahme Unionsrechtskonformität hergestellt hat.

Das öffnet einer missbräuchlichen Ausnutzung der Einschränkungen des Prüfrechts durch die Mitgliedstaaten die Tür: Bereits durch eine marginale Abänderung der Verhaltensweise oder Norm, die vom Gerichtshof für unionsrechtswidrig befunden wurde, könnte sich der Mitgliedstaat der Kontrolle durch die Kommission entziehen. Statt für den im Kern identischen Unionsrechtsverstoß weiter Zwangsgelder zu berechnen, wäre die Kommission darauf verwiesen, ein neues Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.<sup>33</sup>

*b) Raum für ein materielles Prüfrecht auf offensichtliche Unzulänglichkeit der Abhilfemaßnahme*

Die Beschränkung des Prüfrechts der Kommission muss deshalb dahingehend relativiert werden, dass diese zusätzlich auch in materieller Hinsicht die *evidente* Unzulänglichkeit von Abhilfemaßnahmen festzustellen befugt ist.

Im Ansatz erkennt das auch die Unionsgerichtsbarkeit an, indem sie der Kommission immerhin die Kontrolle darüber zugesteht, ob die Abhilfemaßnahme nur eine inhaltsgleiche Wiederholung des als Vertragsverletzung sanktionierten vorherigen Verhaltens ist.<sup>34</sup> Zudem soll es der Kommission trotz ihres nur formalen Prüfrechts dennoch erlaubt sein, den Inhalt der vom Gerichtshof aufgegebenen Pflichten durch Interpretation des Urteils zu bestimmen.<sup>35</sup>

Schließlich ist der EuGH auch angesichts der Argumente, auf die er die Einschränkung des Prüfrechts stützt, für ein materielles *Evidenzprüfrecht* durchaus offen:

Durch eine *Evidenzkontrolle* der Kommission würde die Alleinzuständigkeit des Gerichtshofs für die Feststellung einer Vertragsverletzung durch die Mitgliedstaaten nicht in Frage gestellt. Das zeigt ein Vergleich mit der vom Gerichtshof ebenfalls für sich beanspruchten ausschließlichen Zuständigkeit für die Auslegung

31 Wendenburg, EuZW 2014/5, S. 188.

32 Wendenburg, EuZW 2011/10, S. 408 (Hervorhebung hinzugefügt).

33 So im Grundsatz EuG, Rs. T-33/09, *Portugal/Kommission*, Urteil v. 29 März 2011, ECLI:EU:T:2011:127, Rn. 89.

34 EuG, Rs. T-33/09, *Portugal/Kommission*, Urteil v. 29 März 2011, ECLI:EU:T:2011:127, Rn. 81; bestätigt durch EuGH, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, Urteil v. 15 Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:3, Rn. 77.

35 EuG, Rs. T-733/15, *Portugal/Kommission*, 28 März 2017, ECLI:EU:T:2017:225, Rn. 59.

des Unionsrechts im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens.<sup>36</sup> Auch in diesem Zusammenhang gesteht der EuGH nach seiner *acte clair*-Rechtsprechung nationalen Gerichten die Auslegung ohne vorherige Vorlage zu, wenn „die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt“. <sup>37</sup> Das bestätigt den Grundsatz, wonach auch in Fällen einer ausschließlichen Kompetenz des Gerichtshofs eine Evidenzkontrolle durch andere Organe möglich bleiben muss.<sup>38</sup>

Was sodann die Verteidigungsrechte der Mitgliedstaaten in Form des gestuften Verfahrens gem. Art. 258 AEUV<sup>39</sup> angeht, lassen sich diese unter Beibehaltung des Schutzniveaus auch durch die Anhörungspflicht aus Art. 41 Abs. 2 lit. a GRC<sup>40</sup> sowie die Begründungspflicht aus Art. 296 Abs. 2 AEUV und Art. 41 Abs. 2 lit. c GRC abbilden. Ebenso wie für die Voraussetzungen des Art. 258 AEUV ist die Nichtbeachtung dieser Vorschriften von Amts wegen<sup>41</sup> zu prüfen und hat ggf. das Unterliegen der Kommission zur Folge.

Die Kommission darf deshalb für die Zwecke der Zahlungsaufforderung auch eine *offensichtliche* Unzulänglichkeit der Abhilfemaßnahme in materieller Hinsicht feststellen.<sup>42</sup> Im selben Umfang ist auch das EuG zur Prüfung ermächtigt, wenn es über Nichtigkeitsklagen gegen Zahlungsaufforderungen zu entscheiden hat (s. unten).

### III. Keine Reduktion von Zwangsgeldern aus Verhältnismäßigkeitsgründen

Dass das eingeschränkte Prüfrecht der Kommission nicht nur zugunsten der Mitgliedstaaten wirkt, zeigt die bereits erwähnte *Rs. Polen/Kommission (II)*: Hilfsweise trug Polen vor, die Kommission hätte die Zwangsgelder im Rahmen der Festsetzung reduzieren müssen, um seinem zwischenzeitlichen (wenn auch nicht vollständig erfolgreichen) Bemühen um Abhilfe Rechnung zu tragen. Ausgangspunkt dieser Argumentation ist die Rechtsprechung des EuGH, nach der „eine Sanktion, die etwai-

36 Besonders deutlich in EuGH, Rs. 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, Gutachten v. 18 Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 204.

37 EuGH, Rs. C-416/17, *Kommission/Frankreich* („Steuervorabzug für ausgeschüttete Dividenden“), Urteil v. 4 Oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:811, Rn. 110, der zudem Kriterien für die Identifizierung solcher Evidenzfälle nennt.

38 In diesem Sinne *Wendenburg*, EuZW 2014/5, S. 188.

39 Zu deren inhaltlichen Gewährleistungen *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 258 AEUV, Rn. 33, 37 f.

40 Der EuGH hat offengelassen, ob Art. 41 GRC auf Mitgliedstaaten anwendbar ist, und zieht stattdessen einen (inhaltsgleichen) allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts heran (EuGH, Rs. C-521/15, *Spanien/Rat*, Urteil v. 20 Dezember 2017, ECLI:EU:C:2017:982, Rn. 89f.). Dagegen hat sich das EuG offenbar für eine Anwendbarkeit der GRC entschieden (EuG, verb. Rs. T-200/22 und T-314/22, *Polen/Kommission*, Urteil v. 29 Mai 2024, ECLI:EU:T:2024:329, Rn. 56).

41 EuGH, Rs. C-166/95 P, *Kommission/Daffix*, Urteil v. 20 Februar 1997, ECLI:EU:C:1997:73, Rn. 24.

42 So auch GA *Jääskinen*, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, ECLI:EU:C:2013:321, Rn. 35, der „kosmetische“ Abhilfemaßnahmen der Kontrolle unterstellen will.

ge Fortschritte eines Mitgliedstaats bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen unberücksichtigt ließe, weder den Umständen angemessen noch verhältnismäßig<sup>43</sup> wäre. Daraus hat der Gerichtshof für Vertragsverletzungen, die nur sukzessive behoben werden können, eine Pflicht zur Verhängung degressiver Zwangsgelder abgeleitet.<sup>44</sup>

Dagegen ist die Kommission richtigerweise nicht zur Reduzierung des Zwangsgelds befugt.<sup>45</sup> Das EuG begründet dies in gefestigter Rechtsprechung mit der unionalen Gewaltenteilung, nach der die Kommission die Festsetzung der finanziellen Sanktionen gem. Art. 260 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV durch den Gerichtshof nicht in Frage stellen kann.<sup>46</sup>

Obwohl im Ergebnis zutreffend, greift die Argumentation des EuG trotzdem zu kurz: Auch unter Berufung auf die Gewaltenteilung könnte die Kommission nicht sehenden Auges eine Sanktion einziehen, die gegen den allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts der Verhältnismäßigkeit<sup>47</sup> verstößt. Vielmehr erlaubt Art. 101 Abs. 2 lit. c Haushaltsordnung in einem solchen Fall ausdrücklich den Verzicht auf die Einziehung.

Der durchgreifende Einwand gegen einen (Teil-)Verzicht der Kommission auf Zwangsgelder liegt in der vorherigen Verfahrensetappe begründet: Weil der Kommission nur ein eingeschränktes Prüfrecht über die (versuchte) Erfüllung seiner unionsrechtlichen Pflichten durch den Mitgliedstaat zusteht, kann sie bereits keine Feststellung über etwaige Fortschritte treffen, die sie zur Einschätzung der Unverhältnismäßigkeit führen könnte.

Das soll nach Ansicht des EuG sogar dann gelten, wenn Zwangsgelder durch eine einstweilige Anordnung gem. Art. 279 AEUV verhängt und später gem. Art. 163 Verfahrensordnung infolge einer Änderung der Umstände durch den erkennenden Richter selbst reduziert wurden. So konnte Polen in der *Rs. „Unabhängigkeit und Privatleben von Richtern“* in Anbetracht seiner Fortschritte bei der Rückabwicklung seiner „Justizreform“ die Herabsetzung des ursprünglich durch einstweilige Anordnung verhängten Zwangsgeldes um die Hälfte erreichen.<sup>48</sup> Weil aber der entsprechende Beschluss ausweislich seines Tenors nur *ex nunc* Wirkung entfaltete,<sup>49</sup> kam für den Zeitraum zwischen Wirksamwerden der anerkannten Fortschritte und der Rechtskraft des Abänderungsbeschlusses keine Reduzierung in Betracht. Dabei

43 EuGH, Rs. C-278/01, *Kommission/Spanien*, Urteil v. 25. November 2003, ECLI:EU:C:2003:635, Rn. 49.

44 *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 260 AEUV, Rn. 38.

45 EuG, Rs. T-139/06, *Frankreich/Kommission*, Urteil v. 19. November 2011, ECLI:EU:T:2011:605, Rn. 79.

46 EuG, verb. Rs. T-830/22 und T-156/23, *Polen/Kommission*, Urteil v. 5. Februar 2025, ECLI:EU:T:2025:131, Rn. 60.

47 EuGH, Rs. C-441/07 P, *Kommission/Alrosa Company Ltd*, Urteil v. 29. Juni 2010, ECLI:EU:C:2010:377, Rn. 36.

48 EuGH, Rs. C-204/21 R-RAP, *Polen/Kommission* („*Unabhängigkeit und Privatleben von Richtern*“), Beschluss v. 21. April 2023, ECLI:EU:C:2023:334.

49 EuG, verb. Rs. T-830/22 und T-156/23, *Polen/Kommission*, Urteil v. 5. Februar 2025, ECLI:EU:T:2025:131, Rn. 54.

ist Polen in der Tat zuzugeben, dass die später mit der Abänderung honorierten Fortschritte schon vor der Rechtskraft des entsprechenden Beschlusses gemacht worden waren. Diese durchaus missliche Situation kann der für den Eilrechtsschutz zuständige Vizepräsident des Gerichtshofs in künftigen Entscheidungen nach Art. 163 Verfahrensordnung vermeiden, indem im Tenor die Reduzierung des Zwangsgeldes mit Rückwirkung angeordnet wird.

#### IV. Gerichtliche Überprüfung der Zahlungsaufforderung

Auch wenn die Zahlungsaufforderung nicht als Beschluss i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV ergeht, kann sie als „Handlung der Kommission“ gem. Art. 263 Abs. 1 AEUV mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden.<sup>50</sup> Die dazu erforderliche Rechtswirkung der Zahlungsaufforderung folgt aus der verbindlichen Festsetzung der Summe der verwirkten Zwangsgelder.

Für die erste solche Nichtigkeitsklage war nach damaliger Rechtslage (mangels Sonderzuständigkeit des Gerichtshofs) gem. Art. 225 Abs. 1 EGV (heute Art. 265 Abs. 1 AEUV) noch das EuG zuständig. Aufgrund des inhaltlichen Zusammenhangs mit der ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichtshofs für Vertragsverletzungsverfahren (s. oben) verschob eine Änderung der Satzung des EuGH 2019 die Zuständigkeit gem. des neuen Art. 51 lit. c an diesen.<sup>51</sup>

Gelöst wurde damit freilich nur ein Scheinproblem: Weil sowohl Kommission als auch dem zuvor zur gerichtlichen Kontrolle berufenen EuG nur ein formales und (nach hier vertretener Ansicht) auf Evidenzfälle beschränktes materielles Prüfrecht zusteht, drohte nie ein Übergriff in die Alleinzuständigkeit des EuGH. Dennoch hat die Satzungsänderung natürlich für sich, dass nun der Gerichtshof selbst in erster Instanz darüber wacht, ob die Kommission die Beschränkungen ihres Prüfrechts einhält.

Ist die Nichtigkeitsklage des Mitgliedstaates begründet, erklärt der Gerichtshof die angefochtene Zahlungsaufforderung gem. Art. 264 Abs. 1 AEUV für nichtig. Eine erneute Aufforderung, die die Kommission unter Beachtung dieses Urteils erlässt, verletzt insbesondere nicht den *ne bis in idem*-Grundsatz.<sup>52</sup> Schließlich liegt darin keine doppelte Bestrafung, sondern vielmehr ein neuer Anlauf zum *erstmaligen* Vollzug der Sanktion.

50 EuG, Rs. T-33/09, *Portugal/Kommission*, Urteil v. 29 März 2011, ECLI:EU:T:2011:127, Rn. 64.

51 Erwägungsgrund 3 der VO (EU, Euratom) 2019/629 zur Änderung des Protokolls Nr. 3 über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, Abl. L 111 v. 25 April 2019, S. 1–3.

52 EuG, Rs. T-810/14, *Portugal/Kommission*, Beschluss v. 27 Juni 2016, ECLI:EU:T:2016:417, Rn. 72.

## D. Beschluss über Verrechnung mit mitgliedstaatlichen Ansprüchen gegen die Union mit dem Placet der Unionsgerichte

Insbesondere Polen hat es in der Vergangenheit selbst nach einer Zahlungsaufforderung zuweilen versäumt, ausstehende Sanktionszahlungen zu leisten. Einer solchen Verweigerung kann die Kommission nicht etwa durch eine zwangsweise Durchführung ihrer Zahlungsaufforderung begegnen. Art. 299 Abs. 1 AEUV, der Rechtsakte der Kommission zu in den Mitgliedstaaten vollstreckbaren Titeln erklärt, gilt nämlich gegenüber Staaten ausdrücklich nicht. Eine Vollstreckung der Zahlungsaufforderung an den Mitgliedstaat ist demnach ausgeschlossen.

Stattdessen ist die Kommission im Fall Polens dazu übergegangen, die Sanktionsschulden gem. Art. 102 Abs. 1 Haushaltsordnung mit Ansprüchen Polens auf Zahlungen aus EU-Geldern zu verrechnen.<sup>53</sup> In zwei Urteilen aus Mai 2024<sup>54</sup> und Februar 2025<sup>55</sup> hat das EuG Klagen Polens hiergegen abgewiesen und eine Verrechnung damit offenbar bestätigt.

### I. Zulässigkeit der Verrechnung

Die Unionsgerichtsbarkeit hatte eine Verrechnung gegenüber Mitgliedstaaten schon zuvor – wenn auch ohne weitere Begründung – für zulässig gehalten.<sup>56</sup> Weder in den früheren noch in den jüngsten Verfahren vor dem EuG rügten die Kläger aber mit Blick auf die Verrechnung einen Primärrechtsverstoß. Weil die Unionsgerichte einen solchen auch nicht von Amts wegen prüfen dürfen,<sup>57</sup> konnten die Urteile deshalb auch keine Ausführungen zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Verrechnung machen. Jedenfalls können aber die in der Literatur gegen eine Verrechnung vorgebrachten Bedenken nicht durchgreifen.

#### 1. Kein Verstoß gegen Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 i.V.m. Art. 280 AEUV

Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit der Verrechnung gegenüber Mitgliedstaaten wird teilweise der bereits angesprochene Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 AEUV ins Feld ge-

53 Eingehend dazu *Pohjankoski*, Contesting the Ultimate Leverage to Enforce EU Law: Poland brings annulment actions against the Commission's powers to recover penalties by offsetting, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/contesting-the-ultimate-leverage-to-enforce-eu-law> (17.06.2025).

54 EuG, verb. Rs. T-200/22 und T-314/22, *Polen/Kommission*, Urteil v. 29. Mai 2024, ECLI:EU:T:2024:329.

55 EuG, verb. Rs. T-830/22 und T-156/23, *Polen/Kommission*, Urteil v. 5. Februar 2025, ECLI:EU:T:2025:131.

56 EuG, Rs. T-231/04, *Hellenische Republik/Kommission*, Urteil v. 17. Januar 2007, ECLI:EU:T:2007:9, Rn. 113; bestätigt durch EuGH, Rs. C-203/07 P, *Hellenische Republik/Kommission*, Urteil v. 6. November 2008, ECLI:EU:C:2008:606.

57 St. Rspr., s. nur EuGH, Rs. C-367/95 P, *Kommission/Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs (Sytraval) und Brink's France SARL*, Urteil v. 2. April 1998, ECLI:EU:C:1998:154, Rn. 67.

führt, der eine Vollstreckung auf Grundlage von Rechtsakten der Kommission, des Rates und der Europäischen Zentralbank „gegenüber Staaten“ ausschließt.<sup>58</sup> Über den Verweis in Art. 280 AEUV ist Art. 299 AEUV auch auf Urteile der Unionsgerichtsbarkeit anwendbar, die demnach keinen Vollstreckungstitel gegen Mitgliedstaaten darstellen sollen. Eine solche Interpretation scheint auf den ersten Blick auch mit der jüngeren Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu stehen, nach der Art. 299 AEUV möglichst vollstreckungsfeindlich auszulegen ist.<sup>59</sup>

Indes sprechen die überzeugenderen Argumente dafür, den Verweis des Art. 280 AEUV nicht auf Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 AEUV zu beziehen:

Erstens wären bei einem Verweis, der Art. 299 Abs. 1 AEUV einschließt, überhaupt nur Urteile vollstreckbar, „die eine Zahlung auferlegen“ (vgl. Art. 299 Abs. 1 Hs. 1 AEUV), ohne dass der Wortlaut von Art. 280 AEUV einen derart eingeschränkten Anwendungsbereich erkennen lässt.<sup>60</sup>

Zweitens soll die Einschränkung in Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 AEUV, die sich ausdrücklich auf *alle* (und nicht nur auf Mitglied-)Staaten bezieht, vor allem deren völkerrechtliche Staatenimmunität bewahren.<sup>61</sup> Es ist aber gar nicht geklärt, ob Mitgliedstaaten gegenüber der Union überhaupt eine solche Immunität zukommt<sup>62</sup> oder ob die Verträge einen diesbezüglichen Verzicht<sup>63</sup> enthalten.

Drittens geht der EuGH in seiner Rechtsprechung selbst davon aus, dass trotz Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 AEUV eine (auch so benannte) „Vollstreckung“ seiner Urteile gegen die Mitgliedstaaten, nämlich in Form des Sanktionsverfahrens gem. Art. 260 Abs. 2 AEUV, möglich ist.<sup>64</sup>

Der Verweis in Art. 280 AEUV muss also dahingehend ausgelegt werden, dass er sich allein auf das in Art. 299 Abs. 2–4 AEUV festgeschriebene Vollstreckungsverfahren bezieht.<sup>65</sup>

58 Härtel, EuR 2001/4, S. 622.

59 EuGH, verb. Rs. C-256/23 und C- 290/23, *ECHA*, Urteil v. 5 September 2024, ECLI:EU:C:2024:683, Rn. 70.

60 Klamert, EuR 2018/2, S. 169.

61 In diesem Sinn Schlussanträge GA Jääskinen, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, ECLI:EU:C:2013:321, Rn. 65; ausdrücklich *Pohjankoski*, CMLR 2021/5, S. 1341 (1357).

62 Insoweit ausdrücklich offen EuGH, Rs. C-466/11, *Currà*, Beschl. v. 12 Juli 2012, ECLI:EU:C:2012:465, Rn. 17 f.

63 Grundsätzlich dazu IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Merits, Urteil v. 3 Februar 2012, ICJ Reports 2012, 9 (51–52, Rn. 113).

64 Klamert, EuR 2018/2, S. 168 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-304/02, *Kommission/Frankreich*, Urteil v. 12 Juli 2005, ECLI:EU:C:2005:444, Rn. 92; und EuGH, Rs. C-292/11 P, *Kommission/Portugal*, Urteil v. 15 Januar 2014, ECLI:EU:C:2014:3, Rn. 40.

65 Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 280, Rn. 1; *Stoll/Rigod*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 280 AEUV, Rn. 5; aA *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 260 AEUV, Rn. 75; *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 260 AEUV, Rn. 39. Bemerkenswert ist insoweit, dass ein Vollstreckungsausschluss gegenüber Mitgliedstaaten ausgerechnet jeweils im Kontext und in den Kommentierungen von Art. 260 AEUV bejaht wird.

Ohnehin stellt eine Verrechnung gerade keine Vollstreckung dar,<sup>66</sup> die nach der Gegenansicht gem. Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 AEUV ausgeschlossen wäre. Im System des Unionsrechts ist sie vielmehr „ein Mittel zur *Erfüllung* von Verbindlichkeiten, das die gleichen Wirkungen wie die tatsächliche Zahlung hat. Sie ist ein „neutraler“ Vorgang, da sie für keine Partei einen Verlust mit sich bringt.“<sup>67</sup>

Eine Verrechnung von Zwangsgeldern, die durch den Gerichtshof gegen Mitgliedstaaten verhängt wurden, ist also nicht gem. Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 AEUV ausgeschlossen.

## 2. Bestehen einer Rechtsgrundlage

Weiterhin wird aus dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) hergeleitet, dass eine Verrechnung gegenüber Mitgliedstaaten einer Rechtsgrundlage bedürfe.<sup>68</sup> Diese findet sich ausweislich der Rechtsprechung des EuGH aber in Art. 317 Abs. 1 AEUV, wonach die Kommission den Unionshaushalt ausführt. Der Gerichtshof hat Art. 260 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV dahingehend ausgelegt, dass hiernach verhängte Sanktionen dem Konto „Eigene Mittel“, also dem Unionshaushalt, zufließen,<sup>69</sup> zu dessen Ausführung Art. 317 Abs. 1 AEUV die Kommission in eigener Verantwortung ermächtigt. Der hierbei zu berücksichtigende Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (vgl. Art. 310 Abs. 5 S. 1 AEUV) verpflichtet die Kommission sogar, ausstehende Beträge (insbesondere Zwangsgelder) einzuziehen.<sup>70</sup>

Zwar sieht Art. 317 AEUV die Verrechnung nicht ausdrücklich als Mittel der Haushaltsführung vor. Das Instrument der Aufrechnung stellt aber einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts dar, der die Verträge ergänzt.<sup>71</sup> Ein solcher muss sich aus der gemeinsamen Rechtstradition der Mitgliedstaaten ergeben<sup>72</sup> und einen „allgemeine[n] übergreifende[n] Charakter“ über spezifische Fallkonstellationen hinaus aufweisen.<sup>73</sup> Die Aufrechnung ist in den Mitgliedstaaten als allgemein

66 *Pohjankoski*, CMLR 2021/5, S. 1361.

67 Schlussanträge GA Léger, Rs. C-87/01 P, *Kommission/CCRE*, ECLI:EU:C:2002:501, Rn. 107 (Hervorhebung hinzugefügt), implizit bestätigt durch EuGH, Rs. C-87/01 P, *Kommission/CCRE*, Urteil v. 10 Juli 2003, ECLI:EU:C:2003:400, Rn. 31.

68 *Härtel*, EuR 2001/4, S. 622; *Heidig*, EuR 2000/5, S. 791; *Klamert*, EuR 2018/2, S. 171.

69 EuGH, Rs. C-387/97, *Kommission/Griechenland*, Urteil v. 4 Juli 2000, ECLI:EU:C:2000:356, Rn. 99.

70 EuG, Rs. T-810/14, *Portugal/Kommission*, Beschl. v. 27 Juni 2016, ECLI:EU:T:2016:417, Rn. 71; allgemein EuGH, Rs. C-14/18 P, *Alfamicro*, Urteil v. 28 Februar 2019, ECLI:EU:C:2019:159, Rn. 65 f.

71 Grundsätzlich, im Ergebnis aber ablehnend *Härtel*, EuR 2001/4, S. 622.

72 Vgl. Art. 6 III Alt. 2 EUV entsprechend.

73 EuGH, Rs. C-101/18, *Audiolux SA u.a.*, Urteil v. 15 Oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:626, Rn. 42.

anwendbares Rechtsinstrument anerkannt<sup>74</sup> und kann deshalb als allgemeiner Grundsatz ins Unionsrecht übernommen werden,<sup>75</sup> der schließlich auch in Art. 102 Abs. 1 Haushaltsordnung sekundärrechtlichen Niederschlag gefunden hat. Folgerichtig hat der Gerichtshof an anderer Stelle auf eine entsprechende Rüge hin einer Verrechnung jedenfalls nicht grundsätzlich die Zulässigkeit abgesprochen.<sup>76</sup>

### 3. Keine Ausschließlichkeit der Vertragsverletzungsklage

Speziell gegen die Verrechnung von gem. Art. 260 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV verhängten Sanktionen ist zuletzt vorgebracht worden, dass Art. 260 AEUV für diese ein besonderes Vollstreckungsverfahren vorsieht. Dieses Verfahren soll nach dieser Ansicht andere Durchsetzungsmöglichkeiten ausschließen.<sup>77</sup> Bringt es keinen Erfolg, bleibt der Kommission nur die Erhebung einer neuerlichen Vertragsverletzungsklage.<sup>78</sup> Unterstützt wird dieses Argument durch eine systematische Auslegung der Vorschrift mit Blick auf Art. 51 lit. c Satzung des EuGH. Die Satzung, die als Protokoll ebenfalls im Rang des Primärrechts steht, überträgt seit der Einfügung dieser Vorschrift im Jahr 2019 (s. oben) nur die Zuständigkeit für die Anfechtung *der Festsetzung* von Zwangsgeldern an den Gerichtshof. Daraus könnte geschlossen werden, dass eine Verrechnung damals zugunsten einer Ausschließlichkeit des Art. 260 AEUV für unzulässig gehalten wurde. Indes erfolgte die Satzungsänderung im vereinfachten Verfahren des Art. 281 Abs. 2 AEUV und hat deshalb nur begrenzte Aussagekraft für die Auslegung des zuvor gesetzten Primärrechts.

Der Ausschließlichkeitsthese ist zudem entgegenzuhalten, dass der EuGH in seiner Entscheidung zum sog. Konditionalitätsmechanismus ein Verfahren, das parallel zu Art. 7 EUV Mängel in der Rechtsstaatlichkeit sanktioniert, ausdrücklich für zulässig gehalten hat.<sup>79</sup> Schließlich kann, wie oben erläutert, eine Verrechnung auch nicht als Vollstreckung eingestuft werden, für die ausschließlich das Verfahren des Art. 260 Abs. 2 AEUV gelten soll.

Damit steht einer Verrechnung auch nicht Art. 260 Abs. 2 AEUV entgegen.

74 S. z.B. für die Gründungsmitglieder: Schlussanträge GA Léger, Rs. C-341/93, *Danvaern Production A/S*, ECLI:EU:C:1995:139, Rn. 28–30; für Spanien: Art. 1195 Código civil; für Portugal: Art. 847 Código civil; für Polen: Art. 498 § 1 Kodeks cywilny; für Tschechien: § 1982 (1) občanský zákoník.

75 Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 260 AEUV, Rn. 76; Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 260 AEUV, Rn. 39.

76 EuGH, Rs. C-87/01 P, *Kommission/CCRE*, Urteil v. 10 Juli 2003, ECLI:EU:C:2003:400, Rn. 29.

77 Klamert, EuR 2018/2, S. 171 unter Hinweis auf die Ausschließlichkeit des Beihilfeverfahrens.

78 Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 260 AEUV, Rn. 38; Klamert, EuR 2018/2, S. 172.

79 EuGH, Rs. C-157/21, *Polen/Parlament und Rat*, Urteil v. 16 Februar 2022, ECLI:EU:C:2022:98, Rn. 195.

## II. Gerichtliche Kontrolle der Verrechnung

Die Verrechnung erfolgt durch Beschluss, der mit der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV vor den Unionsgerichten angegriffen werden kann.

### 1. Zuständigkeit des EuG

Anders als für Klagen gegen eine Aufforderung zur Zahlung von finanziellen Sanktionen (s. oben) findet Art. 51 lit. c Satzung des EuGH auf die Anfechtung von Verrechnungsbeschlüssen keine Anwendung. Bereits in der *Rs. Polen/Kommission (I)* hat sich das EuG deshalb (wohl) nach dem Grundsatz des Art. 256 Abs. 1 S. 1 AEUV und ohne eine diesbezügliche Rüge der Parteien für erstinstanzlich zuständig gehalten.<sup>80</sup>

Auf das gegenteilige Vorbringen der Kommission in der *Rs. Polen/Kommission (II)* hat das EuG geantwortet, dass Art. 51 lit. c als Ausnahme restriktiv auszulegen ist und eine entsprechende Anwendung nicht in Frage kommt.<sup>81</sup> Diese zweifelsohne technisch anmutende Unterscheidung zwischen Festsetzung und Verrechnung deckt sich mit der Zurückhaltung, die die Unionsgerichtsbarkeit Analogien entgegenbringt: Vorausgesetzt wird unter anderem eine „Gesetzeslücke“,<sup>82</sup> die hier schon mit Blick auf die Auffangregelung des Art. 256 Abs. 1 S. 1 AEUV abzulehnen ist. Dagegen bleibt es dem Unionsgesetzgeber unbenommen, auch die Anfechtung der Verrechnung durch eine Änderung der Satzung des EuGH gem. Art. 281 Abs. 2 AEUV in die Zuständigkeit des Gerichtshofs zu stellen.

### 2. Bestandskraft der Zahlungsaufforderung

In den *Rs. Polen/Kommission (I)* und *(II)* wandte sich Polen allein gegen den Verrechnungsbeschluss und nicht auch gegen die Zahlungsaufforderung, die deshalb nach Ablauf der Klagefrist des Art. 263 Abs. 6 AEUV bestandskräftig<sup>83</sup> wurde. Den beiden Urteilen des EuG sind keine Ausführungen zu den Auswirkungen dieser Bestandskraft auf die Überprüfbarkeit des anschließenden Verrechnungsbeschlusses zu entnehmen.

Dass dieser nach Ansicht des EuG aber offensichtlich weiter der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, deckt sich mit der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte, wonach die Bestandskraft allein die fragliche Handlung selbst sowie Akte

<sup>80</sup> EuG, verb. Rs. T-200/22 und T-314/22, *Polen/Kommission*, Urteil v. 29. Mai 2024, ECLI:EU:T:2024:329 ohne Begründung.

<sup>81</sup> EuG, verb. Rs. T-830/22 und T-156/23, *Polen/Kommission*, Urteil v. 5. Februar 2025, ECLI:EU:T:2025:131, Rn. 30.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. 180/78, *Brower-Kaune*, Urteil v. 19. Juni 1979, ECLI:EU:C:1979:156, Rn. 8; allgemein *Langenbacher*, Cambridge Law Journal 1998/57, S. 511.

<sup>83</sup> Dazu grundsätzlich EuGH, Rs. C-310/97 P, *Kommission/AssiDomän Kraft Products AB u.a.*, Urteil v. 14. September 1999, ECLI:EU:C:1999:407, Rn. 57.

„mit rein bestätigendem Charakter“ erfasst.<sup>84</sup> Weil der Verrechnungsbeschluss nur die Einziehung anordnet, die Zahlungsaufforderung aber für diese Zwecke lediglich wiederholt, bleibt er deshalb von deren Bestandskraft unberührt.

Die Berechnung der zahlbaren Summe ist somit auch im Rahmen einer Nichtigkeitsklage gegen die Verrechnung nach den unter B. dargestellten Maßgaben inzident gerichtlich überprüfbar.

## **E. Fazit**

Dass dem Instrument der Vertragsverletzungsklage ein Durchsetzungsdefizit inhärent ist, war schon vor der Maastrichter Reform absehbar und konnte durch die Einführung des Sanktionsmechanismus in Art. 260 Abs. 2 AEUV nur teilweise behoben werden. Wählt ein Mitgliedstaat bewusst den Weg der Konfrontation mit dem EuGH, stehen dem Gerichtshof – wie auch insbesondere den Verfassungsgerichten in vielen Mitgliedstaaten – keine Mittel zur Verfügung selbst für den Vollzug seiner Urteile zu sorgen.

Im konkreten Fall, in dem ein Mitgliedstaat die Zahlung finanzieller Sanktionen für Vertragsverletzungen verweigert, ist es angesichts des institutionellen Systems der Union nur naheliegend, die Kommission mit der Einziehung zu betrauen. Trotzdem fungiert diese dabei nicht etwa als eine Art Gerichtsvollzieherin. Im Gegenteil lässt die (gerade jüngere) Rechtsprechung der Unionsgerichte Raum für Befugnisse der Kommission, die von denen einer typischen Vollstreckungsbehörde abweichen:

Einerseits ist die Kommission nicht auf eine rein formalistische Prüfung beschränkt, ob und wann ein Mitgliedstaat seine aus dem Urteil folgenden Pflichten erfüllt, und kann so evidentem Missbrauch bei der behaupteten Behebung festgestellter Vertragsverletzungen Paroli bieten. Andererseits stehen ihr gerade keine Zwangsmittel wie bei einer echten Vollstreckung zur Verfügung; eine Einziehung kann sie aber durch Verrechnung erreichen.

Das so gestaltete System zur Einziehung von Vertragsverletzungsstrafen könnte sicherlich (durch eine Modifikation von Art. 299 Abs. 1 Hs. 2 AEUV) etwa um eine unmittelbare Vollstreckbarkeit der Zahlungsaufforderung der Kommission in den und gegen die Mitgliedstaaten erweitert werden. Auch jenseits der Frage der politischen Machbarkeit einer solchen Vertragsänderung dürfte die Möglichkeit der zwangsweisen Vollstreckung jedoch kaum Effizienzgewinne bringen: Die bereits jetzt zulässige Verrechnung ausstehender Sanktionsschulden scheint in jedem Fall die pragmatischere und schnellere Lösung.

Falls die Kommission bereit ist, diese Befugnisse konsequent und, wie versprochen, „strategisch“ einzusetzen, kann sie auch nach der bestehenden Rechtslage

<sup>84</sup> EuGH, Rs. C-299/05, *Kommission/Parlament und Rat*, Urteil v. 18 Oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:608, Rn. 29; EuG, Rs. T-257/04, *Polen/Kommission*, Urteil v. 10 Juni 2009, ECLI:EU:T:2009:182, Rn. 70.

künftig wohl zu erwartenden beharrlichen oder gar böswilligen Verstößen einzelner Mitgliedstaaten gegen das Unionsrecht effektiv begegnen.

## Bibliographie

- ANDOVA, KATARINA, § 21 *Beweisrecht*, in: Karpenstein, Ulrich; Kotzur, Markus Tobias; Vasel, Johann Justus (Hrsg.), *Handbuch Rechtsschutz in der Europäischen Union*, 4. Auflage, München, 2024, S. 453–467
- CREMER, WOLFGANG, *Art. 258 AEUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München, 2022
- HÄRTEL, INES, *Durchsetzbarkeit von Zwangsgeld-Urteilen des EuGH gegen die Mitgliedstaaten*, *Europarecht*, 2001, Jg. 36(4), S. 617–630
- HEIDIG, STEFAN, *Die Verhängung von Zwangsgeldern nach Art. 228 Abs. 2 EGV – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4.7.2000, Kommission/Griechenland, Rs. C-387/97*, *Europarecht*, 2000, Jg. 35(5), S. 782–791
- KARPENSTEIN, ULRICH, *Art. 258, 260 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV – Grundwerk ohne Fortsetzungsbezug*, 83. EL (Stand: Juli 2024), München, 2024
- KLAMERT, MARCUS, *Die Durchsetzung finanzieller Sanktionen gegenüber den Mitgliedstaaten*, *Europarecht*, 2018, Jg. 53(2), S. 159–174
- LANGENBUCHER, KATJA, *Argument by Analogy in European Law*, *The Cambridge Law Journal*, 1998, 57(3), S. 481–521
- POHJANKOSKI, PEKKA, *Rule Of Law With Leverage: Policing Structural Obligations in EU Law With the Infringement Procedure, Fines, and Set-Off*, *Common Market Law Review*, 2021, Jg. 58(5), S. 1341–1364
- SCHMIDT, MATTHIAS; BOGDANOWICZ, PIOTR, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How To Make Effective Use of Article 258 TFEU*, *Common Market Law Review*, 2018, Jg. 55(4), S. 1061–1100
- STADLER, ASTRID, § 138, in: Musielak, Hans-Joachim; Voit, Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar*, 21. Auflage, München, 2024
- STOLL, PETER-TOBIAS; RIGOD, BORIS, *Art. 280 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV – Grundwerk ohne Fortsetzungsbezug*, 83. EL (Stand: Juli 2024), München, 2024
- WEGENER, BERNHARD W., *Art. 280 AEUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München, 2022

- WENDENBURG, ALBRECHT, *Beurteilungsbefugnis der Kommission hinsichtlich der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit EU-Recht*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2011, Jg. 14(10), S. 407–408
- WENDENBURG, ALBRECHT, *EU-Prozessrecht: Beurteilung einer Neuregelung durch die Kommission bei Zwangsgeldfestsetzung wegen Vertragsverletzung*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2014, Jg. 17(5), S. 187–188
- WUNDERLICH, KATHARINA, *Art. 258, 260 AEUV*, in: von der Groeben, Hans; Hatje, Armin; Schwarze, Jürgen; Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015



© Tobias Schramm

# Die Verfahrensbeschleunigungsbestimmungen der TEN-E-VO im Zuge des Wasserstoffhochlaufs

Rahel Alia Müller und Prof. Dr. Michael Frey\*

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Inhalt                                                                              |     |
| A. Einleitung                                                                       | 420 |
| B. Primärrechtlicher Hintergrund der TEN-E-VO                                       | 421 |
| I. Die Unionskompetenz im Bereich der Transeuropäischen Netze                       | 421 |
| 1. Gegenstand der Unionskompetenz                                                   | 422 |
| 2. Ziele                                                                            | 422 |
| II. Instrumentelle Zuständigkeiten der Union (Art. 170 ff. AEUV)                    | 423 |
| 1. Die Rechtsnatur von „Leitlinien“ i.S.v. Art. 171 AEUV                            | 423 |
| 2. Horizontale Kompetenzabgrenzung                                                  | 425 |
| III. Zwischenfazit                                                                  | 426 |
| C. Verfahrensbeschleunigungsrechtliche Inhalte der TEN-E-VO                         | 426 |
| I. Primärrechtlich festgelegter Mindestinhalt der TEN-E-VO                          | 426 |
| II. Indikation von Vorhaben von gemeinsamem Interesse                               | 427 |
| 1. Beschleunigte Durchführung des Genehmigungsverfahrens                            | 428 |
| 2. Vorrangstatus von Vorhaben auf der Unionsliste (Art. 7 TEN-E-VO)                 | 429 |
| 3. Dauer und Durchführung des Genehmigungsverfahrens (Art. 10 TEN-E-VO)             | 430 |
| 4. Benennung einer zuständigen nationalen Behörde (Art. 8 TEN-E-VO)                 | 432 |
| 5. Transparenz und Beteiligung der Öffentlichkeit (Art. 9 TEN-E-VO)                 | 433 |
| 6. Rechtsschutzverfahren (Art. 7 Abs. 4 TEN-E-VO)                                   | 434 |
| III. Weitere Rechtsfolgen                                                           | 434 |
| IV. Zwischenfazit zu den verfahrensbeschleunigungsrechtlichen Inhalten der TEN-E-VO | 434 |

\* Die Autorin Müller ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Frey (MuellerR@hs-kehl.de); der Autor Frey ist Professor für öffentliches Recht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl (Deutschland), frey@hs-kehl.de.

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| D. Die Anwendung im nationalen Recht am Beispiel von Wasserstofftransportleitungen in Deutschland | 435 |
| I. Anwendbares nationales Verfahrensrecht                                                         | 435 |
| 1. Schritt 1: Genehmigung des Wasserstoffkernnetzes                                               | 436 |
| 2. Schritt 2: Genehmigungsverfahren, insb. Planfeststellung                                       | 437 |
| II. Integration der Verfahrensbeschleunigungsnormen der TEN-E-VO in das nationale Verfahrensrecht | 437 |
| 1. Vorrangstatus von Vorhaben auf der Unionsliste                                                 | 438 |
| 2. Dauer und Durchführung des Genehmigungsverfahrens                                              | 438 |
| 3. Benennung einer zuständigen nationalen Behörde                                                 | 440 |
| 4. Transparenz und Beteiligung der Öffentlichkeit                                                 | 441 |
| 5. Rechtsschutzverfahren                                                                          | 442 |
| III. Zwischenfazit                                                                                | 442 |
| E. Fazit: Die TEN-E-VO als Beschleunigungsinstrument des Wasserstoffausbaus?                      | 443 |

### **Abstract**

Der Text untersucht die Verfahrensbeschleunigungsvorschriften der TEN-E-VO im Kontext des Wasserstoffinfrastrukturausbaus. Er analysiert deren unionsrechtliche Grundlage und Integration in nationale Genehmigungsverfahren, insbesondere in Deutschland. Dabei zeigt sich, dass die TEN-E-VO kein einheitliches europäisches Genehmigungsregime schafft, sondern nationale Verfahren koordiniert. Während bestimmte Regelungen eine Beschleunigung bewirken, könnten Transparenz- und Beteiligungsvorgaben eher zu Verzögerungen führen. Die Umsetzung hängt damit stark vom politischen Willen der Mitgliedstaaten ab.

### **The procedural acceleration provisions of the TEN-E Regulation in the course of the hydrogen ramp-up**

The text examines the TEN-E Regulation's procedural acceleration rules in the context of hydrogen infrastructure development. It analyses their legal basis in EU law and their integration into national approval procedures, particularly in Germany. It shows that the TEN-E Regulation does not create a uniform European approval regime, but rather coordinates national procedures. While certain rules do accelerate approval, transparency and participation requirements could lead to delays. Implementation is therefore highly dependent on the political will of the Member States.

**Keywords:** Hydrogen, Trans-European Networks, TEN-E Regulation, Upper Rhine, Cross Border, Acceleration procedures

## A. Einleitung

Wasserstoff gewinnt nicht nur als chemischer Rohstoff, sondern vor allem auch als Energieträger zunehmend an Bedeutung. Der Aus- und Aufbau eines auf Wasserstoff ausgelegten Transportleitungsnetzes genießt hohe politische Priorität. Deutschland hat Ende 2024 sein Wasserstoff-Kernnetz genehmigt. Die Europäische Union hat in die Regelungen der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur (TEN-E-VO)<sup>1</sup> auch die Wasserstoffinfrastruktur integriert.

Der vorliegende Text befasst sich konkret mit der Umsetzung und Anwendung der verfahrensbezogenen Regelungen dieser Verordnung in Bezug auf den Ausbau der Wasserstoffinfrastruktur. Die Verordnung verfolgt das Ziel, die jeweiligen Energieinfrastrukturen der Mitgliedstaaten grenzüberschreitend zu verbinden.<sup>2</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, enthält die Verordnung Kriterien für die Einstufung von Energieinfrastrukturprojekten als sogenannte Projects of Common bzw. Mutual Interest (PCI, PMI), mit denen bestimmte Fördermittel und Verfahrensregelungen einhergehen. Der Anwendungsbereich der TEN-E-VO umfasst dabei neben Elektrizitäts- und Erdgasnetzen bzw. Netzen zum Transport von flüssigen Brennstoffen<sup>3</sup> ebenfalls Wasserstoffnetze sowie die in Anhang II zur TEN-E-VO genannten Energieinfrastrukturkategorien, etwa Wasserstofffernleitungen (vgl. Nr. 3 des Anhangs II zur TEN-E-VO).

Ein Erkenntnisziel des Textes ist es, herauszuarbeiten, ob und wie die in ihrem Rechtscharakter als Verordnung im Sinne des Art. 288 AEUV nach unmittelbar anwendbaren TEN-E-VO normierten Verfahrensbeschleunigungsbestimmungen für PCI in die jeweiligen durch nationales Verwaltungsrecht geprägten Verfahren integriert werden können. Hierfür beleuchtet sie aufbauend auf den Rahmenbedingungen der EU-Kompetenzzuweisungen die primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen der TEN-E-VO und erörtert, wie die aktuelle Umsetzung diesen Normen entspricht.

Anschließend werden die in der Verordnung vorgesehenen Instrumente zur Verfahrensbeschleunigung in ihrer unionsrechtlichen Ausgestaltung bewertet.

Der Text beantwortet damit die Forschungsfrage, ob die Verfahrensbeschleunigungsvorschriften der TEN-E-VO geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen.

1 VO (EU) 869/2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, Abl. L 152 v. 3.06.2022, S. 45–102.

2 *Europäischer Rat, Rat der Europäischen Union*, Vernetzung der Energieinfrastruktur in der EU, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/infographics/ten-e-energy-infrastructure/#~:text=Mit%20der%20Verordnung%20über%20die,Integration%20erneuerbarer%20Energien%20zu%20fördern> (6.05.2025).

3 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 170 AEUV, Rn. 13.

## **B. Primärrechtlicher Hintergrund der TEN-E-VO**

Im folgenden Abschnitt sollen die normativen Grundlagen der TEN-E-VO ausgehend von den primärrechtlich festgelegten Kompetenzübertragungsgrundsätzen dargestellt werden. Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EUV) bedarf jedes gesetzgeberische Tätigwerden der Organe der EU einer primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlage. Danach darf die EU sachlich nur innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit gesetzgeberisch tätig werden, die ihr in den Verträgen übertragen worden sind. Instrumentell darf sie nur diejenigen rechtlich verbindlichen Handlungen durchführen, die ihr durch die Verträge zugewiesen wurden (Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV). Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 EUV) wird die EU in Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Unionsebene verwirklicht werden können.<sup>4</sup>

### **I. Die Unionskompetenz im Bereich der Transeuropäischen Netze**

Die TEN-E-VO stützt sich kompetenzrechtlich auf Art. 172 AEUV im Kompetenztitel XVI „Transeuropäische Netze“. Dessen Anwendung unterliegt nach Art. 4 Abs. 2 lit. h AEUV einer geteilten Zuständigkeit zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, wobei die primäre Zuständigkeit für Planung, Bau und Betrieb der Infrastrukturnetze auf der Ebene der Mitgliedstaaten verbleibt.<sup>5</sup> Die Kompetenzgrundlage des AEUV sieht vor, dass die EU zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze beiträgt, wobei vorliegend Energieinfrastrukturen betrachtet werden (Art. 170 Abs. 1 AEUV). Hierunter fallen auch Wasserstofftransportleitungen. Die Kompetenzgrundlage<sup>6</sup> soll zunächst in ihrem Anwendungsbereich auf Wasserstofftransportinfrastrukturen (1.), hinsichtlich ihrer Zielbestimmungen (2.) sowie den sich daraus ergebenden instrumentellen Zuständigkeiten der EU beleuchtet werden. Mit dem Ziel, die TEN-E-VO in ihrer verfahrensbeschleunigungsrechtlichen Wirksamkeit beurteilen zu können, kommt der rechtlichen Charakterisierung des primärrechtlich nicht genauer definierten Begriffs der „Leitlinie“ besondere Bedeutung zu.

<sup>4</sup> Frey, ZEuS 2013/1, S. 25.

<sup>5</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 170 AEUV, Rn. 3.

<sup>6</sup> Art. 170 AEUV definiert die Zielsetzungen und den Anwendungsbereich für den Titel „Transeuropäische Netze“ und stellt damit noch keine Kompetenzgrundlage dar. Eine Handlungsermächtigung ergibt sich durch Art. 171 i.V.m. Art. 172 AEUV.

## 1. Gegenstand der Unionskompetenz

Von Art. 170 Abs. 1 AEUV erfasst und damit Gegenstand der Unionskompetenz sind dem Wortlaut entsprechend transeuropäische Netze. Der Begriff „transeuropäisch“ indiziert, dass die auf- bzw. auszubauenden Infrastrukturen ein spezifisch grenzüberschreitendes Element aufweisen, demnach abzugrenzen sind von rein nationalen Vorhaben.<sup>7</sup> Weiterhin unterscheidet Art. 170 Abs. 1 AEUV verschiedene Infrastrukturbereiche, zu denen neben Verkehrs- und Telekommunikationsinfrastrukturen auch Energieinfrastrukturen zählen. Die novellierte TEN-E-VO berücksichtigt die Änderungen im Energiesystem, die sich aus den ehrgeizigeren energie- und klimapolitischen Zielen der EU für 2030 und des Ziels der Klimaneutralität bis 2050 im Rahmen des Green Deals ergaben.<sup>8</sup> Eine dieser Veränderungen ist die Ausrichtung der europäischen Energiepolitik auf erneuerbare Energieträger, zu denen auch Wasserstoff zählt.<sup>9</sup> Mit der Änderung der TEN-E-VO sind daher neben Elektrizitäts- und Erdgasnetzen nun auch Wasserstoffinfrastrukturen ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Verordnung erfasst und mit Anhang II Nr. 3 der TEN-E-VO sowie begrifflichen Bestimmungen in Art. 3 Nr. 17, 18 TEN-E-VO auch ausdrücklich erwähnt.

## 2. Ziele

Die Erfüllung unionsrechtlicher Kompetenzen im Bereich der transeuropäischen Netze richtet sich zunächst nach den in Art. 170 AEUV abschließend aufgeführten Zielbestimmungen.<sup>10</sup> Demnach soll der Auf- und Ausbau dieser Infrastrukturen primär einem effektiven Funktionieren des Binnenmarkts dienen (Art. 170 Abs. 1 AEUV), wofür der Verbund einzelstaatlicher Netze, deren Interoperabilität sowie der Zugang zu diesen gefördert werden sollen (Art. 170 Abs. 2 S. 1 AEUV). Die TEN-E-VO soll zum Erreichen dieser Ziele beitragen und dabei die „Versorgungssicherheit sowie wettbewerbsfähige Energiemärkte in der Union [...] gewährleisten“.<sup>11</sup> Mit der Anpassung der TEN-E-VO an die sich weiterentwickelnden Gegebenheiten der Energiemärkte treten neben die energiepolitischen

7 Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 170 AEUV, Rn. 6; Grund 2 der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze, Abl. L 262 v. 22.09.2006.

8 Grund 8 der VO (EU) 869/2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, Abl. L 152 v. 3.06.2022, S. 45–102.

9 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, COM (2020) 301 final; Gründe 15, 16, 17 der VO (EU) 869/2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, Abl. L 152 v. 3.06.2022, S. 45–102.

10 Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 170 AEUV, Rn. 17.

11 Grund 4 der VO (EU) 869/2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, Abl. L 152 v. 3.06.2022, S. 45–102.

auch klimapolitische Zielsetzungen zur Umsetzung des Europäischen Green Deals.<sup>12</sup>

## **II. Instrumentelle Zuständigkeiten der Union (Art. 170 ff. AEUV)**

Zur Erreichung dieser Ziele kann die EU Leitlinien und übrige Maßnahmen nach Art. 171 Abs. 1 erlassen (Art. 172 Abs. 1 AEUV), wobei dieser Maßnahmenkatalog abschließend formuliert wurde.<sup>13</sup> Während die Entscheidung über finanzielle Unterstützungsmaßnahmen im Ermessen der EU steht, ist sie zum Erstellen von Leitlinien und zur Gewährleistung der Interoperabilität verpflichtet.<sup>14</sup> Auf der Grundlage von Art. 170 Abs. 2 AEUV, der die Zielbestimmungen seines Abs. 1 beschränkt, scheint eine ergänzende Rechtsetzungsbefugnis über Art. 352 AEUV, nach der die EU geeignete Vorschriften erlassen kann, wenn ihr gemäß den Verträgen Befugnisse fehlen, nicht einschlägig. Diese Beschränkung der unionalen Handlungsbefugnisse zeigt sich auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht durch das Billigungserfordernis der Mitgliedstaaten nach dem die „Leitlinien und Vorhaben von gemeinsamem Interesse die das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats betreffen, [...] der Billigung des betroffenen Mitgliedstaats [bedürfen]“ (Art. 172 AEUV).<sup>15</sup>

Ausgehend hiervon soll im Folgenden analysiert werden, inwiefern die Ausgestaltung der TEN-E-VO als Verordnung nach Art. 288 AEUV der Ermächtigungsgrundlage einer Leitlinie entspricht und welche Rechtsnatur sie dabei, insbesondere mit Bezug auf ihre Verbindlichkeit bzw. unmittelbare Anwendbarkeit, hat.

### **1. Die Rechtsnatur von „Leitlinien“ i.S.v. Art. 171 AEUV**

Art. 171 Abs. 1 Spstr. 1 HS 1 AEUV ermächtigt die EU zunächst dazu, Leitlinien aufzustellen, „in denen die Ziele, die Prioritäten und die Grundzüge der im Bereich der transeuropäischen Netze in Betracht gezogenen Aktivitäten erfasst werden“. In diesen sollen gemäß HS 2 Vorhaben von gemeinsamem Interesse ausgewiesen werden.

Der Begriff der „Leitlinie“ ist als solches primärrechtlich nicht definiert, insbesondere wird er auch nicht in Art. 288 AEUV aufgeführt, in dem die Rechtsakte des Unionsrechts dargelegt sind. Insofern ist der Rechtscharakter europäischer Leitlini-

12 Grund 29 der VO (EU) 869/2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, Abl. L 152 v. 3.06.2022, S. 45–102.

13 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 1; ebenso *Schröder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 154 AEUV, Rn. 2.

14 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 1.

15 *Strobel*, ZEuS 2013/2, S. 172.

en, die auch im Bereich weiterer transnationaler Infrastrukturen vorkommen,<sup>16</sup> Gegenstand kritischer Auseinandersetzungen.<sup>17</sup>

Mehrheitlich werden Leitlinien als rechtlich verbindlich angesehen.<sup>18</sup> Die Annahme ihrer Unverbindlichkeit würde dem Rechtsgrundsatz des *effet utile* zugegenlaufen, da die Einführung der Kompetenzvorschriften der Art. 170 ff. AEUV für bloße Empfehlungen an die Mitgliedstaaten nicht erforderlich gewesen wäre.<sup>19</sup> Auch die Beschlussfassung über Leitlinien und die übrigen Maßnahmen nach Art. 171 Abs. 1 AEUV, die gemäß Art. 172 Abs. 1 AEUV in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erfolgt, welches sonst nur für Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse vorgesehen ist, spricht für den (zumindest formell) verbindlichen Charakter einer Leitlinie.<sup>20</sup> Gemäß Art. 172 S. 2 AEUV bedürfen „Leitlinien und Vorhaben von gemeinsamem Interesse, die das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats betreffen, [...] [zudem] der Billigung des betroffenen Mitgliedstaats“. Vor dem Hintergrund der „Leitlinien-Ermächtigung“ des Art. 172 AEUV irritiert insofern die „Einkleidung“ als Verordnung,<sup>21</sup> die ihrem Rechtscharakter nach mit der Pflicht für die Mitgliedstaaten einhergeht, diese Leitlinien zu implementieren. Mithin ist es den Mitgliedstaaten nach der sekundärrechtsbezogenen Ausprägung der allgemeinen Loyalitätspflicht (Art. 4 Abs. 3 EUV) verboten, die Verwirklichung transeuropäischer Netze, wie sie durch die TEN-E-VO festgelegt sind, zu vereiteln oder zu erschweren.<sup>22</sup>

Mit Blick auf die primär mitgliedstaatliche Zuständigkeit für Planung, Bau und Betrieb der Infrastrukturnetze sowie aufgrund mangelnder inhaltlicher Kompetenzen durch Art. 170 ff. AEUV, weisen Leitlinien inhaltlich jedoch eine begrenzte Reichweite auf und stellen damit nur einen „Rahmen für die Entwicklung der transnationalen Netze“ auf.<sup>23</sup> Entsprechend wird auch von einer Orientierungsfunktion

16 Die Ausübung der primärrechtlich durch Art. 170 ff. AEUV übertragenen Kompetenzen durch den Erlass einer Verordnung, in der Leitlinien für den Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze festgelegt werden, ist nicht nur im Bereich von Energieinfrastrukturen gängige Praxis geworden. So etwa auch im Verkehrssektor: EuGH, Rs. C121/14, Urteil v. 12. November 2015, ECLI:EU:C:2015:749; VO (EU) 1679/2024 über Leitlinien der Union für den Aufbau des Transeuropäischen Verkehrsnetzes (kurz: TEN-V), Abl. L 1679 v. 28.06.2024.

17 Besonders kritisch: *Lecheler*, DVBl. 2008, S. 873; *Weiss*, EWS 2010, S. 257.

18 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 3 f; ebenso: *Schröder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 6.

19 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 3. Ebenso: *Schröder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 5. Zur Unterscheidung von Leitlinien zu unverbindlichen Leitlinien der Kommission: *Geismann* in de Witt/Scheuten (Hrsg.), NABEG Kommentar, 2013, B. Europarechtlicher Rahmen, Rn. 11.

20 *Schröder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 4.

21 *Strobel*, ZEuS 2013/2, S. 172. beschreibt die gesetzgeberische Praxis als „Weg der Einkleidung der Leitlinien in klassische Handlungsformen“ (S. 183).

22 *Schröder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 7; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 4.

23 *Geismann*, in: de Witt/Scheuten (Hrsg.), B. Europarechtlicher Rahmen, Rn. 11.

bzw. einem allgemeinen Bezugsrahmen gesprochen.<sup>24</sup> Dies schränkt die Verbindlichkeit gegenüber den Mitgliedstaaten ein, da diese folgerichtig nicht ergebnisorientiert, sondern eher handlungsorientiert agieren müssen, d.h. dass bereits das Bemühen zur Umsetzung der TEN-E-VO in den Mitgliedstaaten ausreicht, um von einer Anwendung sprechen zu können.<sup>25</sup> Insofern dürfte ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedstaat nach Art. 258, 259 AEUV wegen Nichtumsetzung der TEN-E-VO nur dann in Betracht kommen, wenn kein Bemühen erkenntlich bzw. eine gänzliche Untätigkeit vorliegt.<sup>26</sup>

Darüber hinaus führt die TEN-E-VO zu einer Selbstbindung der Kommission, die ausschließlich solche Vorhaben fördern darf, die „konkret oder durch Kriterien in den Leitlinien ausgewiesen sind“, was vorrangig die in der Unionsliste genannten Vorhaben betreffen dürfte.<sup>27</sup> Mit der Ausgestaltung als Verordnung entfaltet der Inhalt der TEN-E-VO auch eine direkte Bindung gegenüber privaten Infrastrukturbetreibern und lokalen Behörden.<sup>28</sup>

## 2. Horizontale Kompetenzabgrenzung

Die TEN-E-VO wurde auf der Grundlage von Art. 172 AEUV erlassen. Ergänzend hierzu könnte sich jedoch auch eine Unionskompetenz insbesondere in energierechtlicher Hinsicht durch Art. 194 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 AEUV ergeben, der ebenfalls die „Förderung der Interkonnektion der Energienetze“ vorsieht und über die Kompetenzen der Art. 170 ff. AEUV hinausgeht.<sup>29</sup> Der neue Begriff der „Interkonnektion“ nach Art. 194 Abs. 1 lit. d AEUV geht über den technisch auszulegenden „Verbund und [die] Interoperabilität“ nach Art. 170 Abs. 2 AEUV hinaus und erfasst auch die „ökonomische Seite des tatsächlichen Verbundenseins der Netze im Sinne einer Nutzung der physisch verbundenen und kompatiblen Netze durch die Marktteilnehmer und Netznutzer“.<sup>30</sup> Art. 194 AEUV ermächtigt die EU zur Vollfinanzierung einzelner Projekte sowie innerhalb der Grenzen des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 3 AEUV) zu planerischen Maßnahmen.<sup>31</sup> Im Fall der TEN-E-VO werden Art. 170 ff. AEUV mehrheitlich als *lex specialis* angesehen.<sup>32</sup>

24 Art. 1 der Entscheidung Nr. 1254/96/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.06.1996; Art. 1 Abs. 2 der Entscheidung Nr. 1692/96/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.7.1996. Zitiert nach: *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 2.

25 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 5.

26 *Schröder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 7.

27 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 5.

28 *Schröder*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 9.

29 *Geismann*, in: *de Witt/Scheuten* (Hrsg.), B. Europarechtlicher Rahmen, Rn. 12.

30 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 194 AEUV, Rn. 16.

31 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 194 AEUV, Rn. 17. Vgl. Grund 65 der VO (EU) 869/2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, Abl. L 152 v. 3.06.2022, S. 45–102.

32 *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 170 AEUV, Rn. 4; ebenso: *Schmitz/Uibleisen*, in: *Schmitz/Uibleisen* (Hrsg.), B. Die Entwicklung des nationalen und europäischen Rechts zum Ausbau der Übertragungsnetze, Rn. 68.

### III. Zwischenfazit

Nach den primärrechtlichen Kompetenznormen der Art. 170 ff. AEUV wird die EU dazu ermächtigt, einen Beitrag zum Aus- und Aufbau transeuropäischer Energieinfrastrukturen zu leisten. Auffallend ist die Differenz zwischen der sehr beschränkt eingeräumten Unionskompetenz und der Ausgestaltung als verbindlicher Rechtsakt der EU nach Art. 288 AEUV. Dieser Gegensatz wird einerseits in der formellen Beschlussfassung durch das Billigungserfordernis der Mitgliedstaaten (Art. 172 Abs. 2 AEUV) abgeschwächt. Andererseits, und dies ist vor dem Hintergrund, dass sich die EU-Rechtsakte primär nach ihrem Inhalt messen lassen von großer Bedeutung, schwächt die inhaltlich unverbindlichere Ausgestaltung als Orientierungs- bzw. allgemeiner Bezugsrahmen, diese mutmaßliche Kompetenzüberschreitung ab.

#### C. Verfahrensbeschleunigungsrechtliche Inhalte der TEN-E-VO

Inhaltlich soll die TEN-E-VO zur Erreichung der in Art. 170 AEUV dargestellten Ziele beitragen. Kernbestandteil hierfür ist die in Art. 1 Abs. 2 lit. a TEN-E-VO genannte Identifizierung von Vorhaben auf der Unionsliste, die von einer erleichterten Durchführung durch die Straffung, engere Koordinierung und Beschleunigung der Genehmigungsverfahren sowie eine größere Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung nach Art. 1 Abs. 2 lit. b TEN-E-VO profitieren sollen. Darüber hinaus gelten für Vorhaben auf der Unionsliste Normierungen zur grenzüberschreitenden Kostenaufteilung (Art. 1 Abs. 2 lit. c TEN-E-VO) sowie die Möglichkeit zur finanziellen Unterstützung durch die EU (Art. 1 Abs. 2 lit. d TEN-E-VO). Ausgehend vom bereits dargestellten formellen Rechtscharakter der „Leitlinien“ nach Art. 171 AEUV, soll der Fokus der folgenden Darstellung auf der Ausgestaltung der verfahrensbeschleunigungsrechtlichen Inhalte der TEN-E-VO liegen, wobei diese zunächst hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit bewertet werden können. Die Wirksamkeit entsprechender Normen kann erst im Rahmen der Betrachtung ihrer mitgliedstaatlichen Anwendung genauer beleuchtet werden.

#### I. Primärrechtlich festgelegter Mindestinhalt der TEN-E-VO

Primärrechtlich bereits festgelegt sind die kumulativ aufzuweisenden<sup>33</sup> und abschließend formulierten<sup>34</sup> Mindestinhalte der TEN-E-VO, zu denen nach Art. 171 Abs. 1 Strichtrich 1 AEUV die „Ziele“, „Prioritäten“ und „Grundzüge“ der in Betracht gezogenen Aktionen sowie die Ausweisung von „Vorhaben von gemeinsamem Interesse“ zählen. Wenngleich eine trennscharfe Abgrenzung dieser Inhalte schwerfällt, lässt sich ein steigender Detaillierungsgrad erkennen.<sup>35</sup>

33 Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 6.

34 Strobel, ZEuS 2013/2, S. 175; Schröder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 10.

35 Buschle, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 171 AEUV Rn. 10; Schröder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 10.

Als Leitlinie soll die TEN-E-VO zunächst die allgemeinen Ziele des Primärrechts, die sich aus Art. 170 AEUV ergeben und abstrakte Vorhaben für den Energiesektor insbesondere im Hinblick auf den Binnenmarkt, die Kohäsion und den Netzverbund beinhalten,<sup>36</sup> erfüllen. Des Weiteren sollen Prioritäten bestimmt werden, was eine Wertung des europäischen Gesetzgebers, die entweder sachlicher oder zeitlicher Natur sein kann, impliziert.<sup>37</sup> Hierunter fällt etwa die vorrangige Behandlung von Vorhaben von gemeinsamem Interesse.<sup>38</sup> Für die Grundzüge der in Betracht gezogenen Maßnahmen sollen „die wichtigsten Einzelmaßnahmen zur Förderung der Ziele einer Leitlinie“ dienen.<sup>39</sup> Gemeint sind damit z. B. die Aufstellung von Netzplänen oder auch die Einsetzung besonderer Koordinatoren.<sup>40</sup> Die Indikation von Vorhaben von gemeinsamem Interesse ist als solches primärrechtlich nicht näher bestimmt, sodass der Unionsgesetzgeber dies selbst in den Leitlinien ausgestaltet hat.<sup>41</sup> Mehrheitlich wird die Auffassung vertreten, dass der Begriff „gemeinsam“ in Abgrenzung zu „gemeinschaftlich“ bzw. „unional“ auch den Einbezug von EU-Drittstaaten meint.<sup>42</sup> Das Instrument der Vorhaben von gemeinsamem Interesse nimmt in der TEN-E-VO prägenden Charakter ein, sodass dies zunächst vorangestellt beleuchtet wird, bevor deren das Verfahren beschleunigende Rechtsfolgen skizziert werden.

## II. Indikation von Vorhaben von gemeinsamem Interesse

Das primäre Instrument und damit der Kernbestandteil der TEN-E-VO zur Erreichung der Unionsziele bildet die Indikation und damit die begünstigte Durchführung von Vorhaben von gemeinsamem Interesse. Begrifflich beziehen sich jene Vorhaben auf „Leitungen, Rohrleitungen, Einrichtungen, Ausrüstungen oder Anlagen, die unter die in Anhang II festgelegten Infrastrukturkategorien fallen“ (Art. 2 Nr. 4 TEN-E-VO) und deren Realisierung nach Art. 2 Nr. 5 TEN-E-VO „für die in Anhang I aufgeführten vorrangigen Energieinfrastrukturkorridore und -gebiete erforderlich [...] [sowie] Bestandteil der Unionsliste ist“. Während diese Vorhaben Mitgliedstaaten der Europäischen Union betreffen, bilden „Vorhaben von gegenseitigem Interesse“ nach Art. 2 Nr. 6 TEN-E-VO die Zusammenarbeit der Union mit Drittländern ab. Zur Indikation jener Vorhaben normiert die TEN-E-

36 *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 11; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 7.

37 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 8; *Strobel*, ZEuS 2013/2, S. 178.

38 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 8; nach *Strobel*, ZEuS 2013/2 betrifft hingegen die Ausweisung vorrangiger Energieinfrastrukturkorridore und -gebiete nach Anhang I primär den Anwendungsbereich der TEN-E-VO und ist demnach keine Priorität in diesem Sinne.

39 *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 11.

40 *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 11.

41 EuGH, Rs. C121/14, Urteil v. 12. November 2015, ECLI:EU:C:2015:749.

42 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 10; *Rung*, S. 78; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 12.

VO neben einem Auswahlverfahren (Art. 3) auch spezifische Kriterien (Art. 4).<sup>43</sup> Das Auswahlverfahren erfolgt zweistufig, wonach zuerst regionale Gruppen jeweils regionale Listen mit Vorhaben erstellen, die die Kriterien des Art. 3 Abs. 3 TEN-E-VO erfüllen. Auf deren Grundlage wird im zweiten Schritt eine einheitliche Unionsliste durch die Kommission in Form eines delegierten Rechtsakts erlassen.<sup>44</sup> Mit Blick auf die als Kriterium definierten vorrangigen Energieinfrastrukturkorridore und -gebiete, gilt Deutschland für jeden der unter Anhang I Nr. 3 genannten Korridore als betroffener Mitgliedstaat und ist daher zu konsultieren. Die zur Realisierung dieser in Anhang I dargestellten Energieinfrastrukturprioritäten sind für Wasserstoffinfrastrukturen primär Fernleitungsnetze (Anhang II Nr. 3 lit. a) erfasst. Neben diesem infrastrukturellen Kriterium und den allgemeinen Anforderungen in Art. 4 TEN-E-VO werden Wasserstoffvorhaben in der neuen TEN-E-VO einer spezifischen Energieinfrastrukturkategorie nach Art. 4 Abs. 3 lit. d TEN-E-VO zugeordnet und sind folglich auch anhand dieser spezifischen Kriterien zu messen.

Mit diesem, die konkreten Interessen der betroffenen Mitgliedstaaten aktiv einbeziehenden Auswahlverfahren (vgl. z.B. Art. 3 Abs. 3 lit. a TEN-E-VO) dürfte die Union dem Konflikt Rechnung tragen, dass ihr primärrechtlich keinerlei Fachplanungskompetenzen oder ähnliches eingeräumt werden, die eine Festlegung genauer Trassenverläufe für vorrangige Korridore rechtfertigen.<sup>45</sup> Die Bestimmung des Art. 3 Abs. 6 TEN-E-VO, nach der die in der Unionsliste aufgeführten Vorhaben ebenso Gegenstand von u.a. den Zehnjahresnetzentwicklungsplänen sowie gegebenenfalls anderer nationaler Infrastrukturpläne werden, ist entsprechend der primärrechtlichen Kompetenzzuweisung der Art. 170 ff. AEUV lediglich der Ebene der Bedarfsplanung zuzuordnen.<sup>46</sup> Wenngleich die verfahrensrechtliche Relevanz der Vorhaben von gemeinsamem Interesse nicht primär in der Fachplanung liegt, führt deren Indikation zu einer Reihe von Rechtsfolgen, die auf die genehmigungsrechtliche Beschleunigung nationaler Verfahren ausgerichtet sind und im Folgenden dargestellt werden.

## 1. Beschleunigte Durchführung des Genehmigungsverfahrens

Grundsätzlich schafft die TEN-E-VO kein eigenes, europäisches Genehmigungsregime für Energieleitungsbauvorhaben, was auf der Grundlage der primärrechtlich festgelegten Kompetenznormen mithin eine deutliche Überschreitung darstellen

43 Das Auswahlverfahren wird vorliegend nur abstrakt-generell dargestellt, da der Fokus auf den genehmigungsrechtlichen Beschleunigungsmechanismen liegen soll.

44 Die TEN-E-VO führt vorrangig zu einer Selbstbindung der Kommission (siehe „Primärrechtlicher Hintergrund der TEN-E-VO“), weshalb die in Art. 3 genannten Verfahrensvorschriften (z.B. nach Abs. 4 und 5) für sie verbindlich sind.

45 Strobelt, ZEuS 2013/2, S. 179. Ihm zufolge handelt es sich bei den Art. 170 ff. AEUV lediglich um eine Fachplanung, die etwa durch die Bestimmung von Fixpunkten lediglich raumrelevant ist.

Vgl. Gärditz, S. 25, 50 f.

46 Hermes, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 7, Rn. 56.

würde.<sup>47</sup> Vielmehr macht die TEN-E-VO Vorgaben für die Behandlung der PCI innerhalb der jeweiligen nationalen Zulassungsverfahren, die nachfolgend dargestellt werden.<sup>48</sup>

## **2. Vorrangstatus von Vorhaben auf der Unionsliste (Art. 7 TEN-E-VO)**

Mit der Annahme der Unionsliste erklärt Art. 7 Abs. 1 TEN-E-VO zunächst „die Erforderlichkeit der Vorhaben in energiepolitischer und klimabezogener Hinsicht“. Eine Ausnahme besteht für „konkurrierende Vorhaben, die nicht ausreichend ausgereift sind, um eine [...] Kosten-Nutzen-Analyse gemäß Anhang III Abschnitt 2 Nummer 1 Buchstabe d zu erstellen“ (Art. 7 Abs. 1 S. 2 TEN-E-VO). Darüber hinaus sollen Vorhaben auf der Unionsliste nach Art. 7 Abs. 3 TEN-E-VO den national höchstmöglichen Status erhalten und im Genehmigungsverfahren „entsprechend behandelt“ werden. Letzteres steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass diese Mechanismen im nationalen Recht so vorgesehen sind, sodass sich daraus keinesfalls eine Pflicht zur fundamentalen Änderung bzw. Überformung des nationalen Genehmigungsverfahrens ergibt.

Die Wirkung des in Art. 7 TEN-E-VO beschriebenen Vorrangstatus wird in der Verordnung selbst nicht näher konkretisiert. Mit Blick auf den Anwendungsbereich der Verordnung, der mit dem Erfordernis eines grenzüberschreitenden Vorhabens mindestens zwei nationale Genehmigungsregimes anspricht, könnten sich durch den nicht präzisierten Vorrangstatus erhebliche Unterschiede in den Mitgliedstaaten ergeben, die verfahrensverzögernde Wirkung entfalten könnten. Sofern der „höchstmögliche Status“ nach Art. 7 Abs. 3 TEN-E-VO im nationalen Recht so nicht vorgesehen ist – was für eine sehr weich ausgestaltete und nicht direkt verbindliche Wirkung spricht – dürfte das Vorhaben von gemeinsamem Interesse auf den „Basis-Status“ zurückfallen, nach dem jedenfalls die Erforderlichkeit in energiepolitischer und klimabezogener Hinsicht gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 1 TEN-E-VO unterstellt wird.

Speziell für die FFH-Richtlinie<sup>49</sup> und die Wasserrahmenrichtlinie<sup>50</sup> stellt Art. 7 Abs. 8 TEN-E-VO klar, dass die von Vorhaben im gemeinsamem Interesse ausgehenden Umweltauswirkungen, sofern alle in den Richtlinien vorgesehen Voraussetzungen erfüllt sind, in energiepolitischer Hinsicht von öffentlichem Interesse sind und als Vorhaben von überwiegendem öffentlichen Interesse betrachtet werden können.

In der Verwaltungspraxis dürfte der Vorrangstatus von Vorhaben von gemeinsamem Interesse einen Einfluss auf die materiellen Anforderungen eines Planfeststel-

47 *BNetzA* (Hrsg.), PCI-Verfahrenshandbuch, Stand Oktober 2018, abrufbar unter: [https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PCI-Verfahrenshandbuch.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PCI-Verfahrenshandbuch.pdf?__blob=publicationFile) (6.05.2025), S. 50.

48 *BNetzA* (Hrsg.), PCI-Verfahrenshandbuch, Stand Oktober 2018, abrufbar unter: [https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PCI-Verfahrenshandbuch.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PCI-Verfahrenshandbuch.pdf?__blob=publicationFile) (6.05.2025), S. 50.

49 Art. 6 Abs. 4 der RL (EWG) 43/1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, Abl. L 206 v. 22.07.1992, S. 7.

50 Art. 4 Abs. 7 der RL (EG) 60/2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, Abl. L 327 v. 22.12.2000.

lungsverfahrens, insbesondere die Planrechtfertigung und das Abwägungsgebot haben. Die jedenfalls unionsrechtlich garantierte Annahme, dass Vorhaben auf der Unionsliste in energiepolitischer und klimabezogener Hinsicht erforderlich sind (Art. 7 Abs. 1 S. 1 TEN-E-VO), sollte im nationalen Genehmigungsverfahren zwingend berücksichtigt werden. Wenngleich das Vorhaben damit höheres Gewicht in der Abwägung erhält, bleibt jedoch die Pflicht zur rechtmäßigen Prüfung durch die Behörde, die eine Abwägung sonstiger (z.B. privater) Belange nach den nationalen Grundsätzen durchführt.

### 3. Dauer und Durchführung des Genehmigungsverfahrens (Art. 10 TEN-E-VO)

Für Vorhaben auf der Unionsliste umfasst das Genehmigungsverfahren nach Art. 10 Abs. 1 TEN-E-VO zwei Abschnitte, den Vorantragsabschnitt (lit. a) und den formalen Genehmigungsabschnitt (lit. b). Dabei umfasst der Vorantragsabschnitt „den Zeitraum zwischen dem Beginn des Genehmigungsverfahrens und der Annahme der eingereichten Antragsunterlagen durch die zuständige nationale Behörde und findet binnen einer indikativen Frist von 24 Monaten statt“ (Art. 10 Abs. 1 lit. a TEN-E-VO). Daran anschließend beginnt der maximal 18 Monate umfassende formale Genehmigungsabschnitt nach Art. 10 Abs. 1 lit. b TEN-E-VO am „Datum der Annahme der eingereichten Antragsunterlagen [...] [und endet mit dem] Erlass einer umfassenden Entscheidung“. Vor Beginn des Genehmigungsverfahrens können die Mitgliedstaaten zudem nach Art. 10 Abs. 5 TEN-E-VO eine „gesonderte Frist“ zur Festlegung der Trassenkorridore in Anspruch nehmen, sofern diese „nicht im Rahmen des Verfahrens zum Erlass einer umfassenden Entscheidung berücksichtigt werden“. Die folgende Grafik soll einen Überblick über das nach der TEN-E-VO normierte Genehmigungsverfahren und die jeweiligen Verlängerungsoptionen geben:

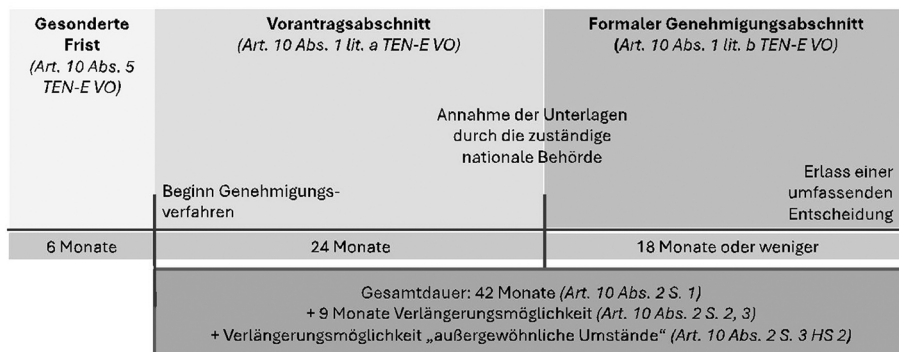


Abbildung 1: Übersicht des Genehmigungsverfahrens, Art. 10 TEN-E-VO (eigene Darstellung)

Auffallend ist, dass jeder Abschnitt entsprechende Verlängerungsmöglichkeiten vorsieht, deren Voraussetzungen an unbestimmte Rechtsbegriffe (z.B. „außergewöhnliche Umstände“, Art. 10 Abs. 2 S. 3 HS 2 TEN-E-VO) gebunden sind, was deren Inanspruchnahme erleichtern dürfte. Selbst für den Fall, dass die Höchstfristen überschritten werden, sind die Mechanismen der TEN-E-VO begrenzt.<sup>51</sup> Sofern bei einem Vorhaben von gemeinsamem Interesse „erhebliche Durchführungsschwierigkeiten“ auftreten, kann die Europäische Kommission gemäß Art. 6 TEN-E-VO einen Europäischen Koordinator für einen (insgesamt zweimal verlängerbaren) Zeitraum von bis zu einem Jahr benennen, der unterstützend agieren soll. Dieses Instrument, welches bereits mit der TEN-E Entscheidung<sup>52</sup> bestand, erfordert zudem das Einvernehmen der betroffenen Mitgliedstaaten.

Mit der Erstellung eines Durchführungsplans, der einen Zeitplan für die in Art. 5 Abs. 1 lit. a – d TEN-E-VO genannten Verfahrensschritte enthält, geht die Verantwortung zur Einhaltung der Fristen teilweise auf den Vorhabenträger über.<sup>53</sup> Unterstrichen wird die dem Vorhabenträger obliegende Mitwirkungspflicht auch mit der Pflicht zur Einreichung vollständiger und angemessener Antragsunterlagen gemäß Art. 10 Abs. 7 S. 1 TEN-E-VO.

Auf der Ebene des materiellen Verfahrensrechts regt die TEN-E-VO die Prüfung legislativer und nichtlegislativer Maßnahmen zur Straffung der Umweltverträglichkeitsprüfung und deren kohärenten Durchführung durch die Mitgliedstaaten gemäß Art. 7 Abs. 5 TEN-E-VO an. Das bereits aus der Vorgängerversion der TEN-E-VO<sup>54</sup> bekannte Vorgehen legt in den darauffolgenden Absätzen jeweils eine Frist zur Vorlage der mitgliedstaatlichen Prüfung fest, die erstmals konkret getrennt für legislative Maßnahmen (Art. 7 Abs. 7 TEN-E-VO) zwei Monate länger beträgt als für die nichtlegislativen (Art. 7 Abs. 6 TEN-E-VO). Des Weiteren fordert Art. 10 Abs. 4 TEN-E-VO die Berücksichtigung bereits bestehender, gültiger „Studien sowie Genehmigungen oder Zulassungen“ für Projekte auf der Unionsliste und entsprechend den Verzicht auf deren doppelte Einholung. Außerdem sollen Vorhaben, „bei denen aufgrund [...] ihrer Art [...] oder [...] ihres] Umfangs oder im Fall einer im nationalen Recht nicht bestehenden Anforderung einer Umweltverträglichkeitsprüfung möglicherweise weniger Zulassungen und Genehmigungen“ erforderlich sind, gemäß Art. 10 Abs. 3 UAbs. 3 TEN-E-VO auf die Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens geprüft werden. Dabei kann für diese Vorhaben nach

51 *Strobel*, ZEuS 2013/2, S. 211.

52 Art. 10 der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze und zur Aufhebung der Entscheidung 96/391/EG und der Entscheidung Nr. 1229/2003/EG, Abl. L 262 v. 22.09.2006, S. 1–23.

53 Der Ansatz des gemeinschaftlichen Zusammenwirkens wird bereits in den Gründen 4, 13 und 22 der VO (EU) 869/2012 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, Abl. L 152 v. 3.06.2012, S. 45–102.

54 Art. 7 Abs. 4 der Verordnung (EU) Nr. 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2009 und (EG) Nr. 715/2009, Abl. L 115 v. 25.04.2013.

Art. 10 Abs. 3 UAbs. 3 S. 3 TEN-E-VO das Vorantragsverfahren sogar gänzlich entfallen.<sup>55</sup>

Insgesamt bezweckt die TEN-E-VO die Festlegung von knappen Fristen zur Durchführung der nationalen Genehmigungsverfahren, die allerdings so knapp bemessen sind, dass deren Implementierung regelmäßig nicht der nationalen Realität bzw. Machbarkeit entsprechen dürften.<sup>56</sup> Für diesen Fall sieht die TEN-E-VO Verlängerungsmöglichkeiten vor. Die bestimmt formulierte und verbindlich ausgestaltete Prüfung durch die Mitgliedstaaten hinsichtlich materiellrechtlicher Beschleunigungsoptionen in den nationalen Genehmigungsverfahren bildet den Rechtscharakter der Leitlinie in ihrer handlungs- aber nicht ergebnisorientierten Ausrichtung ab. Zumindest das Absehen von doppelten Genehmigungen oder Zulassungen sofern diese für das Vorhaben bereits eingeholt wurden, dürfte aber aufgrund der einfachen Anwendbarkeit im nationalen Recht und des erwartbaren erheblichen Beschleunigungspotenzials insbesondere im Bereich bereits existierender Leitungsinfrastrukturen, die auf Wasserstoff umgestellt werden sollen, einen praktischen Nutzen im nationalen Genehmigungsrecht entfalten.

#### 4. Benennung einer zuständigen nationalen Behörde<sup>57</sup> (Art. 8 TEN-E-VO)

Die TEN-E-VO sieht in Art. 8 Abs. 1 die Benennung einer zuständigen nationalen Behörde vor, „die für die Erleichterung und Koordinierung des Genehmigungsverfahrens für Vorhaben auf der Unionsliste verantwortlich ist“ und räumt den Mitgliedstaaten diesbezüglich durch die Verwendung der Worte „soweit erforderlich“ Ermessen ein. Sofern dies nicht im Widerspruch zu einschlägigen Anforderungen des Unionsrechts, des Völkerrechts sowie des nationalen Rechts steht, sieht Art. 8 Abs. 3 TEN-E-VO den Erlass einer umfassenden Entscheidung durch verschiedene, der zuständigen nationalen Behörde in unterschiedlichen Ausprägungen zugemessenen Schemata (lit. a, b, c) vor. Vorrangig soll durch die Umsetzung eines der Schemata eine Beschleunigungswirkung im nationalen Recht erzielt werden, sodass sich auch aus dieser Vorschrift keine direkte Verbindlichkeit ableiten lässt. Unter den weiteren in Art. 8 TEN-E-VO aufgeführten Handlungskompetenzen der zuständigen nationalen Behörde, weist Abs. 5 dieser mit Blick auf grenzüberschreitende Vorhaben eine besondere Koordinierungsfunktion in der Zusammenarbeit zu, im Rahmen derer sich die Mitgliedstaaten auch bemühen sollen, gemeinsame Verfahren zur Umweltverträglichkeitsprüfung vorzusehen (Art. 8 Abs. 5 S. 2 TEN-E-VO). Damit identifiziert die TEN-E-VO einen in der Verwaltungspraxis besonders

55 Dies müsste im detaillierten Plan gemäß Art. 10 Abs. 6 lit. b TEN-E-VO i.V.m. Anhang VI Nr. 2 angegeben werden.

56 Kritisch gegenüber der Höchstfrist u.a. *Strobel*, ZEuS 2013/2, S. 211.

57 Die Begriffsbestimmungen des Art. 2 TEN-E-VO konkretisieren lediglich die Begriffe „betroffene Behörde“ (Nr. 11), „Nationale Regulierungsbehörde“ (Nr. 12) sowie „zuständige nationale Regulierungsbehörde“. Eine einschlägige Nennung der „zuständigen nationalen Behörde“ bleibt aus, wobei eine Übertragung der vorhandenen Definitionen keine Bestimmung zum Behördenaufbau in struktureller Hinsicht bringt.

umfangreichen Verfahrensschritt, dessen Komplexität auf nationaler Ebene und damit auch in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit häufig auf die Beachtung zahlreicher einschlägiger Fachgesetze und verfahrensrechtlicher Spezialvorschriften zurückzuführen ist.

## **5. Transparenz und Beteiligung der Öffentlichkeit (Art. 9 TEN-E-VO)**

Erklärtes Ziel der TEN-E-VO ist es, für „alle [...] relevanten Angelegenheiten der Genehmigungsverfahren für Vorhaben von gemeinsamem Interesse höchstmögliche Standards in Bezug auf Transparenz und die Beteiligung der Öffentlichkeit sicherzustellen“.<sup>58</sup>

Dieses Ziel spiegelt sich in den im Vergleich verbindlicher formulierten Vorschriften des Art. 9 TEN-E-VO wieder. Mit der Veröffentlichung eines aktualisierten, nicht rechtsverbindlichen Verfahrenshandbuchs für das für Vorhaben auf der Unionsliste geltende Genehmigungsverfahren enthält Art. 9 Abs. 1 TEN-E-VO eine Vorschrift, die ihrem Wortlaut nach kein Ermessen einräumt und durch eine Frist zur Umsetzung konkretisiert wird.

Bereits zu Beginn des Genehmigungsverfahrens soll der Vorhabenträger in den ersten drei Monaten ein Konzept für die Beteiligung der Öffentlichkeit erstellen und durch die zuständige nationale Behörde (vgl. Art. 8 TEN-E-VO) überprüfen bzw. gegebenenfalls modifizieren lassen (Art. 9 Abs. 3 TEN-E-VO).<sup>59</sup> Außerdem soll nach Art. 9 Abs. 4 TEN-E-VO bereits vor Beginn des Genehmigungsverfahrens mindestens eine öffentliche Konsultation durchgeführt werden. Während des Genehmigungsverfahrens hat der Vorhabenträger darüber hinaus nach Art. 9 Abs. 7 S. 4 TEN-E-VO zusätzlich zu den Verfahrens- und Transparenzvorschriften des nationalen Rechts auf einer durch die Kommission eingerichteten Website (vgl. Art. 9 Abs. 7 TEN-E-VO) einen Bericht der öffentlichen Konsultationen hochzuladen, aus dem die geäußerten Meinungen sowie deren Berücksichtigung hervorgehen.

Die im Verhältnis zu den weiteren Inhalten der TEN-E-VO am verbindlichsten und bestimmt formulierten Bestimmungen zur Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung dürften a priori keine verfahrensrechtliche Beschleunigung entfalten, da sie dem Vorhabenträger neben den bereits national durchzuführenden Vorschriften noch weitere auferlegen. Für Vorhaben auf der Unionsliste, die von einer umfassenden finanziellen Förderung profitieren können, scheint dies jedoch berechtigt und für die Berücksichtigung aller mit dem Vorhaben betroffenen Belange geboten zu sein. Eine Anwendung der Vorschriften ist der Formulierung nach nur für Vorhaben auf der Unionsliste verbindlich, sodass keine Ergänzung im nationalen Genehmigungsverfahren für Vorhaben, die nicht auf der Unionsliste stehen, erfor-

58 Grund 41 der VO (EU) 869/2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, Abl. L 152 v. 3.06.2022, S. 45–102.

59 Das Konzept für die Beteiligung der Öffentlichkeit umfasst die im Anhang VI Punkt 4 TEN-E-VO geregelten Mindestinhalte und gegebenenfalls die nach nationalem Recht angepassten Vorschriften, etwa im Rahmen des PCI-Verfahrenshandbuchs.

derlich ist und demnach aus Gründen des beschleunigten Aus- und Aufbaus von Wasserstoffinfrastrukturen vermutlich nicht erweiternd angewandt wird.

## 6. Rechtsschutzverfahren (Art. 7 Abs. 4 TEN-E-VO)

Art. 7 Abs. 4 TEN-E-VO sieht vor, dass alle „Streitbeilegungsverfahren, Rechtsstreitigkeiten, Beschwerden und Rechtsbehelfe im Zusammenhang mit Vorhaben auf der Unionsliste“ vor den Gerichten als dringlich behandelt werden, sofern diese Dringlichkeitsverfahren im nationalen Recht vorgesehen sind. Damit soll auch das Rechtsschutzverfahren nach Erteilung einer umfassenden Entscheidung beschleunigt werden, wobei dies nicht im Rahmen der Fristen des Art. 10 TEN-E-VO berücksichtigt wird.

## III. Weitere Rechtsfolgen

Neben den verfahrensbeschleunigungsrechtlichen Inhalten der TEN-E-VO, die den Untersuchungsrahmen des vorliegenden Textes begrenzen, eröffnet die Aufnahme auf der Unionsliste die Möglichkeit zur finanziellen Förderung durch die mit einer eigenen Verordnung gegründete Fazilität „Connecting Europe“ (Art. 18 TEN-E-VO), was mit Blick auf die Investitionssicherheit für die Vorhabenträger eine wichtige Rechtsfolge ist.<sup>60</sup>

## IV. Zwischenfazit zu den verfahrensbeschleunigungsrechtlichen Inhalten der TEN-E-VO

Die zunächst auf formeller Ebene als Verordnung erlassene TEN-E scheint durch ihre weitestgehend inhaltlich unverbindliche Ausgestaltung, die insbesondere auf die Einräumung umfassender Ermessensspielräume für die Mitgliedstaaten und unverbindlich formulierte Maßnahmen zurückzuführen ist, dem Charakter der primärrechtlich eingeräumten Unionskompetenz, die den Erlass von Leitlinien vorsieht, entgegenzukommen. Dennoch scheint das Spannungsverhältnis bei allen verbindlich formulierten Vorschriften der TEN-E-VO wieder auf, denn im Grundsatz wären diese durch den Rechtscharakter einer Verordnung unmittelbar bindendes Recht und durch die Mitgliedstaaten verpflichtend anzuwenden. Jedoch kann durch das primärrechtliche Wesen der Leitlinie als Orientierungsrahmen eine solche Pflicht nicht begründet werden. Insofern scheint die Indikation von Vorhaben von gemeinsamem bzw. gegenseitigem Interesse primär lediglich eine „verbindliche“ Grundlage zur Schaffung der Voraussetzungen einer Finanzierung durch die Europäische Kommission zu sein. Die verfahrensrechtlichen Beschleunigungsnormen der TEN-E-VO dürften nur mit dem politischen Willen der Mitgliedstaaten sowie deren positiver Ausrichtung gegenüber Wasserstoff erreichbar sein.

60 Schröder, in: Streinz (Hrsg.), Art. 171 AEUV, Rn. 31.

Darüber hinaus scheinen die inhaltlich vorgeschlagenen Maßnahmen nicht alle zu einer Verfahrensbeschleunigung beizutragen. Insbesondere der Erweiterung der Transparenz- und Öffentlichkeitsbeteiligungsvorschriften dürfte eine das Verfahren verzögernde Wirkung beigemessen werden. Dagegen könnte die materielle Prüfung des nationalen Genehmigungsrechts ein erhebliches Beschleunigungspotenzial entfalten, welche mit Blick auf die zumindest handlungsorientierte Verbindlichkeit der Leitlinie von den Mitgliedstaaten durchzuführen ist. Inwiefern dies tatsächlich zu rechtsverändernden Maßnahmen und damit einer Erfolgsorientierung führt, obliegt der Entscheidung der Mitgliedstaaten.

#### **D. Die Anwendung im nationalen Recht am Beispiel von Wasserstofftransportleitungen in Deutschland**

In Deutschland hat der Auf- und Ausbau von Wasserstoffinfrastrukturen in den letzten Jahren sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene zunehmend an Wichtigkeit gewonnen. Die deutsche Bundesregierung hat im Jahr 2020 mit der Nationalen Wasserstoffstrategie bereits eine grundlegende Zielsetzung ihrer Wasserstoffpolitik etabliert, die im Jahr 2023 entsprechend den gesteigerten Anforderungen an den Klimaschutz fortgeschrieben wurde.<sup>61</sup> Einhergehend mit normativen Änderungen konnte sich zwischenzeitlich ein an der Erdgasversorgung orientierter Rechtsrahmen zum Auf- und Ausbau von Wasserstofftransportleitungen etablieren. Die folgende Darstellung soll die bereits dargestellten verfahrensbeschleunigungsrechtlichen Inhalte der TEN-E-VO mit der Anwendung im deutschen Genehmigungsrecht am Beispiel einer Wasserstofftransportleitung gegenüberstellen und hinsichtlich ihrer Wirksamkeit bewerten. Hierfür erfolgt zunächst ein Überblick über das für Wasserstofftransportleitungen anwendbare nationale Planungs- und Genehmigungsverfahren.

#### **I. Anwendbares nationales Verfahrensrecht**

Das formelle Verfahren zur Genehmigung einer Wasserstofftransportleitung ist in Deutschland zweigliedrig aufgebaut und beginnt zunächst mit der Genehmigung des Wasserstoffkernnetzes durch die BNetzA nach Art. 28q EnWG (1.). Daran anschließend folgt ein Planungs- und Genehmigungsverfahren (2), für das die jeweiligen Landesbehörden zuständig sind.

<sup>61</sup> Groneberg, EnK-Aktuell 2023/14; Müller, S. 8.

## 1. Schritt 1: Genehmigung des Wasserstoffkernnetzes<sup>62</sup>

Das Wasserstoffkernnetz, das deutschlandweit künftige Wasserstoff-Standorte durch die Bündelung einzelner Wasserstoffprojekte verbindet, soll einen wesentlichen Beitrag für den schnellen Auf- und Ausbau der Wasserstoffwirtschaft leisten.

Die Genehmigung des Wasserstoffkernnetzes, die in der Zuständigkeit der BNetzA liegt, erfolgt gemäß den Vorschriften des § 28q EnWG, wonach der formelle Verfahrensbeginn mit der Einreichung des Kernnetzantrags durch die Fernleitungsnetzbetreiber beginnt.<sup>63</sup> Sofern die Fernleitungsnetzbetreiber dem nicht nachgekommen wären, hätte die BNetzA das Verfahren von Amts wegen eingeleitet (§ 28q Abs. 3 S. 1 EnWG).<sup>64</sup> Für die Frist zur Einreichung der Antragsunterlagen hat der Gesetzgeber jedoch Verlängerungsoptionen vorgesehen, etwa nach § 28q Abs. 2 S. 2 HS 2 EnWG für den Fall, dass die beihilferechtliche Genehmigung durch die Europäische Kommission noch nicht vorliegt.<sup>65</sup> Im Rahmen der Genehmigung des Kernnetzes durch die BNetzA prüft diese, ob das beantragte Wasserstoffkernnetz den gesetzlichen Anforderungen der §§ 28r Abs. 1, 4 EnWG genügt und führt eine Konsultation aller betroffenen Kreise und der Öffentlichkeit durch. Bereits vor der Einreichung der Antragsunterlagen führten die Fernleitungsnetzbetreiber in Zusammenarbeit mit dem BMWK und der BNetzA umfangreiche Vorabkonsultationen durch. Voraussetzung zur Aufnahme eines Vorhabens ins Kernnetz ist nach § 28q Abs. 4 Nr. 4 lit. a und b EnWG unter anderem, dass es sich um ein Vorhaben von gemeinsamem Interesse, wie sie auf der Unionsliste ausgewiesen sind, handelt. Diese Voraussetzung kann umgangen werden, jedenfalls muss es sich um ein zumindest überregionales (lit. c), den Import betreffendes (lit. d) oder ein die grenzüberschreitenden bzw. auf der Unionsliste enthaltenen Vorhaben miteinander verbindendes Vorhaben handeln. Nach der Erteilung der Genehmigung des Kernnetzes als Sammelverwaltungsakt,<sup>66</sup> folgt das von den Landesbehörden zu prüfende formelle Genehmigungsverfahren, das im Folgenden dargestellt werden soll. Die Genehmigung des Wasserstoffkernnetzes bescheinigt den enthaltenen Leitungen die energiewirtschaftliche Notwendigkeit sowie Vordringlichkeit und deklariert sie als „im überragenden öffentlichen Interesse“, was sich in der Planrechtfertigung auswirkt.<sup>67</sup>

62 Künftig soll die Wasserstoff-Netzentwicklungsplanung integriert mit dem Netzentwicklungsplan Gas erfolgen und damit an die bestehenden Planungsverfahren angepasst werden, vgl. § 15a EnWG.

63 *FNB Gas*, Gemeinsamer Antrag für das Wasserstoff-Kernnetz, abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen\\_Institutionen/Wasserstoff/Antrag\\_FNB.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Wasserstoff/Antrag_FNB.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (6.05.2025).

64 In diesem Zusammenhang sei auf die Nachrangigkeit des Initiativrechts der Bundesnetzagentur verwiesen; vgl. BVerwG 8 A 2.22, ECLI:DE:BVerwG:2023:140323U8A2.22.0.

65 Diese Fristverlängerung wurde im bereits durchgeführten Verfahren zweimal beantragt und genehmigt.

66 OLG Düsseldorf Beschluss v. 24.03.2021 – 3 Kart 2/20, Rn. 37; *Riege/Assmann*, in: *Assmann/Peiffer* (Hrsg.), § 28q EnWG, Rn. 122.

67 BT-Drs. 20/7310, S. 91.

## 2. Schritt 2: Genehmigungsverfahren, insb. Planfeststellung

Beim Auf- und Ausbau von Wasserstofftransportinfrastrukturen unterscheidet § 43 I EnWG im Grundsatz zwischen der Umstellung bestehender Erdgasinfrastrukturen auf Wasserstoff und dem Neubau von Wasserstoffleitungen.

Die reine Umstellung von Erdgas- auf Wasserstofftransportleitungen ist dabei gesetzlich privilegiert, indem nach § 43I Abs. 4 S. 1 HS 1 EnWG „behördliche Zulassungen für die Errichtung, die Änderung und den Betrieb einer Gasversorgungsleitung für Erdgas einschließlich der für den Betrieb notwendigen Anlagen“ explizit auch für den Transport von Wasserstoff fortgelten, soweit sie in ein Planfeststellungsverfahren integriert wurden.<sup>68</sup> Erforderlich werden lediglich das sicherheitstechnische (§ 113c EnWG) und sofern über die Umstellung des Mediums hinaus bauliche oder technische Änderungen oder Erweiterungen an der Leitung erforderlich sind, auch das energierechtliche Anzeigeverfahren nach § 43f EnWG.<sup>69</sup>

Für die Neuerichtung, den Betrieb sowie die Änderung von Wasserstoffleitungen einschließlich der Anbindungsleitungen bedarf es gemäß § 43I Abs. 2 S. 1 EnWG, sofern diese einen Durchmesser von mehr als 300 Millimetern aufweisen, eines Planfeststellungsverfahrens. Mit dieser Vorschrift wird die Regelungssystematik für Gasversorgungsleitungen in § 43 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 EnWG auf Wasserstoff übertragen.<sup>70</sup> Für Leitungen mit einem Durchmesser, der unterhalb von 300 mm liegt, ist nach § 43I Abs. 3 S. 1 und S. 2 EnWG dennoch die Durchführung eines fakultativen Planfeststellungsverfahrens möglich. Die Entscheidung hierüber erfolgt auf Antrag durch den Vorhabenträger und verbleibt im Ermessen der nach § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 EnWG zuständigen Behörde. Das Planfeststellungsverfahren für Wasserstoffleitungen richtet sich verfahrensrechtlich im Grundsatz nach den spezielleren Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts, die die allgemeinen Vorschriften über die Planfeststellung nach §§ 72 – 78 LVwVfG modifizieren. Darüber hinaus sind weitere fachgesetzliche Normen, insbesondere des Umweltrechts (insb. UVPG, BNatSchG) zu beachten.

## II. Integration der Verfahrensbeschleunigungsnormen der TEN-E-VO in das nationale Verfahrensrecht

Mit dem Inkrafttreten der sechsten Unionsliste, die im Zuge der überarbeiteten TEN-E-VO von 2022 erstellt wurde, werden 22 Projekte mit deutscher Beteiligung für den Bereich Wasserstoff erfasst, wobei diese die gesamte wasserstoffwirtschaftliche Wertschöpfungskette abbilden.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Müller, S. 22.

<sup>69</sup> Allolio/Ohle/Schäfer, TransHyDE-Studie zum Rechtsrahmen einer zukünftigen Wasserstoffwirtschaft, 2022, abrufbar unter: <https://www.ikem.de/publikation/transhyde-studie/> (6.05.2025), S. 32; zitiert nach Müller (Rn. 62), S. 23 f.

<sup>70</sup> Grüner, in: Bourwieg/Hellermann/Hermes (Hrsg.), § 43I EnWG, Rn. 8.

<sup>71</sup> Bundesnetzagentur, Vorhaben von gemeinsamem Interesse (PCI), abrufbar unter: <https://www.netzausbau.de/Wissen/Europa/PCI/PCI.html> (6.05.2025).

## 1. Vorrangstatus von Vorhaben auf der Unionsliste

Bereits mit der Genehmigung des Wasserstoffkernetzes wird den darin enthaltenen Projekten, sofern in einem zukünftigen Netzentwicklungsplan nichts anderes festgestellt wird und sie bis 2030 in Betrieb genommen werden, ihre energiewirtschaftliche Notwendigkeit und Vordringlichkeit sowie ein überragendes öffentliches Interesse beigemessen (Art. 28q Abs. 8 S. 5 EnWG).

Mit der Änderung des EnWG liegt die Errichtung von Wasserstoffleitungen im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit (§ 43l Abs. 1 S. 2 EnWG).<sup>72</sup> Diese Feststellung, die an Formulierungen im EEG 2023, EnLAG, BBPlG und LNGG angelehnt ist, fließt insbesondere auf Ebene der Planrechtfertigung einer energierechtlichen Planfeststellung mit hohem Gewicht in die Abwägungsentscheidung ein.<sup>73</sup> Damit bezweckt der Gesetzgeber, dass sich das überragende öffentliche Interesse an Vorhaben zur Errichtung von Wasserstoffleitungen, in der Regel gegenüber betroffenen öffentlichen und privaten Belangen durchsetzen wird.<sup>74</sup>

Indem der deutsche Gesetzgeber den höchstmöglichen Status für sämtliche Vorhaben zur Errichtung von Wasserstoffleitungen erklärt, geht er sogar einen Schritt weiter als die Bestimmungen der TEN-E-VO, die einen solchen Status lediglich für Vorhaben auf der Unionsliste vorsieht. Inwiefern sich die Festschreibung der Erforderlichkeit in energie- und klimapolitischer Hinsicht allein durch die TEN-E-VO im Rahmen nationaler Abwägungsentscheidungen durchsetzen dürfte, ist umstritten,<sup>75</sup> wobei dies im Zweifel das im nationalen Recht bereits hohe Gewicht verstärken dürfte, nicht jedoch zur gänzlichen Vorrangstellung gegenüber jeglicher öffentlicher und privater Belange beitragen darf. Letztlich ist auf eine dem nationalen Verfahren entsprechende rechtmäßige Abwägung sonstiger (z.B. privater) Belange abzustellen.

## 2. Dauer und Durchführung des Genehmigungsverfahrens

Das deutsche Genehmigungsverfahren für Wasserstofftransportleitungen beginnt zunächst mit der Genehmigung des Wasserstoffkernetzes, was der in Art. 10 Abs. 5 TEN-E-VO vorgesehenen „gesonderten Frist“ entsprechen dürfte. Sowohl der Kernnetzgenehmigung als auch der dem Planfeststellungsverfahren vorgelagerten Raumverträglichkeitsprüfung kommt grundsätzlich eine Trassenfindungsfunktion zu, wobei das Ergebnis letzterer im weiteren Verfahren lediglich zu berücksichtigen ist und damit keine umfassende Entscheidung darstellen kann.<sup>76</sup> In-

72 BGBl. 2024 I Nr. 161.

73 *Riege/Schacht*, in: Assmann/Peiffer (Hrsg.), § 43l EnWG, Rn. 14a.

74 *Riege/Schacht*, in: Assmann/Peiffer (Hrsg.), § 43l EnWG, Rn. 14a.

75 Der „Durchgriff“ einer derartigen Ausweisung für die Planfeststellungsbehörden wird nach *Strobel* (S. 193 f.) unterschiedlich bewertet, wobei die Planrechtfertigung im Ergebnis nach h. M. feststeht.

76 *Strobel*, ZEuS 2013/2, S. 209.

sofern kann die Raumverträglichkeitsprüfung eher dem „Vortragsabschnitt“ nach Art. 10 Abs. 1 lit. a TEN-E-VO zugeordnet werden. Der Großteil fachrechtlicher Genehmigungstatbestände wird jedoch im formalen Genehmigungsabschnitt verortet sein, da dem Planfeststellungsverfahren eine umfassende Konzentrationswirkung zukommt.<sup>77</sup> Die folgende Grafik soll einen Überblick über das im deutschen Recht vorgesehene Genehmigungsverfahren und die jeweiligen Beschleunigungsoptionen geben:

| Genehmigung<br>H2-Kernnetz<br>(§ 28q EnWG)                                                                                                                                                                                                 | Raumverträglichkeits-<br>prüfung                                                                                        | Planfeststellungsverfahren                                                                                                            |                                                                                    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| <u>Beginn:</u><br>Einreichung des<br>Antrags (FNB)<br><u>Ende:</u> Erteilung<br>Genehmigung<br>(BNetzA)                                                                                                                                    | sofern notwendig nach<br>§ 15 Abs. 1 ROG,<br>§ 18 Abs. 1 S. 1 LplG<br><br>oder beantragt gemäß<br>§ 18 Abs. 1 S. 2 LplG | Energierrechtliche Planfeststellung, §43l Abs. 2 S. 1 EnWG<br><br>Annahme der Unterlagen<br>durch die zuständige<br>nationale Behörde | Erlass eines<br>Planfeststellungsbeschlusses<br>(Verwaltungsakt, § 35 S. 1 LVwVfG) |
| 2 Monate                                                                                                                                                                                                                                   | max. 6 Monate                                                                                                           | ca. 2 Jahre (keine gesetzliche Vorgabe)                                                                                               |                                                                                    |
| Gesamtdauer: i.d.R. ca. 2,5 – 3 Jahre                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                         |                                                                                                                                       |                                                                                    |
| <ul style="list-style-type: none"><li>- Beschleunigungsoption (z.B. Plangenehmigung, keine UVP, keine umfassende Ö.Beteiligung)</li><li>- Beschleunigungsoption (z.B. Umstellungsleitungen, Fortgeltung bestehender Zulassungen)</li></ul> |                                                                                                                         |                                                                                                                                       |                                                                                    |

Abbildung 2: Übersicht des Genehmigungsverfahrens in Deutschland (eigene Darstellung)

Weitere konkrete Fristen zur Durchführung der Genehmigungsverfahren, als die in der Grafik angeführten, lassen sich nicht im deutschen Rechtsrahmen erkennen und leiten sich aus der Verwaltungspraxis ab, die insgesamt jedoch von einer längeren Dauer als dem in der TEN-E-VO vorgesehenen Rahmen ausgeht.

Die bereits auf politischer Ebene in der Nationalen Wasserstoffstrategie getroffene Unterscheidung zwischen Neu- und Umstellungsleitungen schlägt sich ebenfalls genehmigungsrechtlich nieder und wendet damit die Bestimmungen des Art. 10 Abs. 4 TEN-E-VO an. Mit § 43l Abs. 4 S. 1 HS 1 EnWG erklärt der deutsche Gesetzgeber die Fortgeltung „behördlicher Zulassungen für die Errichtung, die Änderung und den Betrieb einer Gasversorgungsleitung für Erdgas einschließlich der für den Betrieb notwendigen Anlagen“ explizit auch für den Transport von Wasserstoff, soweit sie in ein Planfeststellungsverfahren integriert wurden. Darüber hinaus entfällt die Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung für Vorhaben, die aufgrund ihrer technischen Eigenschaften lediglich einer Plangenehmigung bedürfen, im Rahmen derer keine umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich ist.<sup>78</sup> Fraglich bleibt derzeit, inwiefern der in Art. 10 Abs. 3 UAbs. 3 S. 3 TEN-E-VO vorgesehene Wegfall des Vortragsabschnitts, der im

<sup>77</sup> Missling/Lippert/Dix, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), § 43c EnWG, Rn. 4.

<sup>78</sup> Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), § 74 VwVfG, Rn. 7.

deutschen Recht die Raumverträglichkeitsprüfung entspricht, bereits anwendbar ist.<sup>79</sup>

Insgesamt verfolgt das deutsche Genehmigungsrecht für Wasserstofftransportleitungen in weiten Teilen eine zur TEN-E-VO umgekehrte Systematik: der deutsche Gesetzgeber arbeitet weniger mit Höchstfristen, sondern mehr mit Beschleunigungsmechanismen, die unter bestimmten materiellrechtlich definierten Voraussetzungen anwendbar sind.<sup>80</sup> Grundsätzlich hat der deutsche Gesetzgeber aber bereits eine Reihe von den in der TEN-E-VO vorgesehenen materiellrechtlichen Beschleunigungsinhalten in die nationalen Verfahren implementiert. Verbleibende, nicht im nationalen Recht angewandte Inhalte, wie etwa die Erstellung eines Durchführungszeitplans, werden über das PCI-Verfahrenshandbuch Gegenstand betreffender Verwaltungsverfahren, ohne Einfluss auf die rein nationalen Vorhaben zu nehmen.

Das Absehen von doppelten Genehmigungen oder Zulassungen sofern es sich um Umstellungsleitungen handelt, entspricht dabei in besonderem Maße den Vorgaben der TEN-E-VO und scheint bereits jetzt ein erhebliches Beschleunigungspotenzial in der Verwaltungspraxis zu entfalten.

### 3. Benennung einer zuständigen nationalen Behörde

Bereits mit der Vorgängerversion der TEN-E-VO (2013) wurde die BNetzA als One-Stop Shop nach Art. 8 Abs. 1 TEN-E-VO benannt.<sup>81</sup> Im kooperativen Verfahren agiert sie als Kontaktstelle zwischen den zuständigen Behörden in Deutschland, den zentralen Anlaufstellen bzw. One-Stop-Shops anderer Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission. Den Vorschriften des kooperativen Modells entsprechend, ist die BNetzA damit nicht zwingend auch Genehmigungsbehörde, da die nationalen Zuständigkeiten durch die TEN-E-VO nicht geändert werden. In Deutschland liegt die Verwaltungszuständigkeit nach § 54 Abs. 1 EnWG bei der BNetzA für die Wahrnehmung von Aufgaben der Regulierungsbehörde. Hingegen sind die Regierungspräsidien gemäß § 54 Abs. 3 S. 1 EnWG i.V.m. § 1 EnWGZuVO des Landes Baden-Württemberg für die energiewirtschaftliche Planfeststellung sowie bei einer Umwidmung bestehender Gasleitungen für die Anzeigeverfahren zuständig.<sup>82</sup>

Im koordinierten Schema setzt sich die umfassende Entscheidung aus mehreren rechtsverbindlichen Einzelentscheidungen anderer betroffener Behörden zusammen, die von der zuständigen nationalen Behörde koordiniert werden.

79 Mit der Novelle des ROG (BGBl 2023 I Nr. 88) entfällt die Raumverträglichkeitsprüfung nach einer Frist von 6 Monaten nach Antragsingang bei der zuständigen Behörde. Darüber hinaus kann der Vorhabenträger auch ein Antrag auf gänzliches Absehen von der Durchführung einer Raumverträglichkeitsprüfung stellen.

80 Dazu *Rövekamp*, die eine Festlegung von Verfahrensdauern als wenig förderlich für die rechtssichere Verfahrensgestaltung sieht (S. 791).

81 BGBl 2014 I Nr. 21.

82 *Müller*, S. 79.

#### 4. Transparenz und Beteiligung der Öffentlichkeit

Den verbindlich formulierten, kein Ermessen einräumenden Transparenz- und Öffentlichkeitsbeteiligungsvorschriften in Art. 9 TEN-E-VO sollte aufgrund der hohen Priorisierung in der Verordnung auch in der Anwendung im nationalen Recht eine besondere Bedeutung zukommen. Zunächst hat die BNetzA bereits nach der ersten TEN-E-VO im Jahr 2013 das in Art. 9 Abs. 1 TEN-E-VO geforderte Verfahrenshandbuch erstellt, welches seither ständig aktualisiert wurde, letztmalig jedoch im Oktober 2018.<sup>83</sup> Insbesondere vor dem Hintergrund des sich dynamisch entwickelnden Rechtsrahmens für Wasserstoffinfrastrukturen wäre die Bundesnetzagentur nach dem Wortlaut der Verordnung dazu verpflichtet, diese Rahmenbedingungen in einer neuen Version des Verfahrenshandbuchs zu berücksichtigen.

In Deutschland könnten sich Vorschriften zur Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen des für grenzüberschreitende Wasserstofftransportleitungen anwendbaren Genehmigungsverfahrens insbesondere aus den Bestimmungen des EnWG, des VwVfG, des UVPG sowie den einschlägigen bi- oder multilateralen Abkommen, zu denen hierbei insbesondere das Protokoll über die strategische Umweltprüfung zum Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen (kurz: SEA-Protokoll) und die Espoo-Konvention zählen, ergeben.<sup>84</sup>

Grundsätzlich hat der deutsche Gesetzgeber bislang keine der TEN-E-VO entsprechenden Transparenz- und Öffentlichkeitsbeteiligungsvorschriften in den genehmigungsrechtlichen Vorschriften implementiert und verzichtet damit auf eine Übernahme dieser für Vorhaben, die nicht auf der Unionsliste geführt sind. Dennoch hat die Bundesnetzagentur mittels des bereits 2018 angepassten PCI-Verfahrenshandbuchs den Mindestinhalt für die von der TEN-E-VO vorgesehenen Maßnahmen an das deutsche Recht angepasst.<sup>85</sup>

Sofern für das geplante grenzüberschreitende Wasserstofftransportleitungsvorhaben die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich wird, beinhalten §§ 54 ff. UVPG und § 64 UVPG spezielle Verfahrensvorschriften für die grenzüberschreitende Behördenbeteiligung.

Der Verzicht auf die Implementierung der zusätzlichen Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligungsvorschriften scheint vor dem Hintergrund der beabsichtigten

83 BNetzA (Hrsg.), PCI-Verfahrenshandbuch, Stand Oktober 2018, abrufbar unter: [https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PCI-Verfahrenshandbuch.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PCI-Verfahrenshandbuch.pdf?__blob=publicationFile) (6.05.2025), S. 50.

84 BNetzA (Hrsg.), PCI-Verfahrenshandbuch, Stand Oktober 2018, abrufbar unter: [https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PCI-Verfahrenshandbuch.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PCI-Verfahrenshandbuch.pdf?__blob=publicationFile) (6.05.2025), S. 26.

85 Demnach hat der Vorhabenträger Überlegungen zu zentralen gesetzlich vorgegebenen Beteiligungsschritten anzustellen. „Im Planfeststellungsverfahren sind dies insbesondere: frühe Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 25 Abs. 3 VwVfG, Scopingtermin/Besprechung nach § 5 Abs. 2 UVPG, Behördenbeteiligung nach § 73 Abs. 2 VwVfG i.V.m. § 43, S. 6 EnWG, Auslegung der Unterlagen in den voraussichtlich betroffenen Gemeinden gem. § 43a Nr. 1 EnWG i.V.m. § 73 Abs. 2 VwVfG, Erörterungstermin nach § 43a Nr. 5 EnWG i.V.m. § 73 Abs. 6 VwVfG“. Siehe: BNetzA (Fn. 47), S. 54.

Verfahrensbeschleunigung für den Auf- und Ausbau von Wasserstoffinfrastrukturen eine effiziente Entscheidung zu sein. Insbesondere die zusätzlichen Berichtspflichten sowie die Vorlage eines zusätzlichen, so nicht im nationalen Genehmigungsverfahren vorgesehenen, Beteiligungskonzeptes sind geeignet, die Belastung für den Vorhabenträger erheblich zu erhöhen und damit eine Verlängerung des Verfahrens herbeizuführen. Dem kann entgegengehalten werden, dass insbesondere die gemäß Art. 9 Abs. 4 TEN-E-VO geforderte Vorabkonsultation regelmäßig Gegenstand genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetzlicher Vorhaben ist, da durch die bereits vor Einreichung der Antragsunterlagen berücksichtigten betroffenen Belange mit weniger Einwänden im laufenden Verfahren zu rechnen ist.<sup>86</sup>

### 5. Rechtsschutzverfahren

Nach Art. 7 Abs. 4 TEN-E-VO sind Klagen und Rechtsbehelfsverfahren für Vorhaben auf der Unionsliste als dringlich zu bearbeiten, sofern ein solches Verfahren im nationalen Recht vorgesehen ist. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung<sup>87</sup> sowohl im gerichtlichen Vorverfahren nach § 80c Abs. 4 VwGO als auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gemäß § 87c Abs. 1 S. 3 VwGO bei Vorhaben für die ein Bundesgesetz feststellt, dass sie im überragenden öffentlichen Interesse liegen, eine besondere Priorisierung bzw. besondere Berücksichtigung angeordnet.<sup>88</sup>

### III. Zwischenfazit

Insgesamt hat der deutsche Gesetzgeber bereits eine Reihe von den in der TEN-E-VO vorgesehenen beschleunigungsrechtlichen Inhalten in den nationalen Genehmigungsverfahren implementiert, sodass man vor dem Hintergrund der primärrechtlichen Kompetenzgrundlage durchaus von einer ergebnisorientierten Implementierung der Verordnung sprechen kann. Dies ist vor dem Hintergrund der in der TEN-E-VO inhaltlich unverbindlichen Ausgestaltung mit weitreichenden Ermessensspielräumen für die mitgliedstaatliche Anwendung „vorbildlich“.

Dennoch wurden nicht alle Vorschriften ins nationale Genehmigungsrecht übernommen. Vielmehr hat der deutsche Gesetzgeber einen Konflikt zwischen umfangreichen Beteiligungs- und Öffentlichkeitsvorschriften und der gewünschten Verfahrensbeschleunigung erkannt und darauf reagiert. Entsprechend wurden die in der TEN-E-VO sogar besonders hervorgehobenen und ohne Ermessen formulierten Transparenz- und Öffentlichkeitsvorschriften nur im Verfahrenshandbuch und da-

<sup>86</sup> Auch vor der Einreichung des Kernnetzantrags durch die Fernleitungsnetzbetreiber fanden umfassende Vorabkonsultationen statt, sodass die Frist zur Öffentlichkeitsbeteiligung während des Genehmigungsverfahrens kürzer ausfiel.

<sup>87</sup> BGBl 2023 I Nr. 71.

<sup>88</sup> Die Feststellung ergibt sich im Einzelnen aus dem Fachrecht (vgl. BT-Drs. 20/5165, S. 18), im vorliegenden Fall aus § 28q Abs. 8, S. 4 EnWG bzw. § 43l Abs. 1, S. 2 EnWG.

mit nur verbindlich für die Vorhaben von gemeinsamem Interesse übernommen. Damit entfallen diese zusätzlichen Anforderungen für rein nationale Verfahren, was sicherlich dem Ziel eines möglichst schnellen Auf- und Ausbaus von Wasserstoffinfrastrukturen dienlich ist.

Eine große Abweichung des nationalen Genehmigungsrechts zu den Inhalten der TEN-E-VO zeigt sich insbesondere mit Blick auf die Höchstfristen, von denen das EnWG absieht und im Gegensatz zur TEN-E-VO keine Verlängerungs- sondern Beschleunigungsoptionen vorsieht.

### **E. Fazit: Die TEN-E-VO als Beschleunigungsinstrument des Wasserstoffausbaus?**

Die Text zeigt, dass die TEN-E-VO nicht durchgängig geeignet ist, eine verfahrensbeschleunigende Wirkung im nationalen Genehmigungsverfahren für Wasserstofftransportinfrastrukturen zu entfalten. Vielmehr ist deren Anwendung abhängig vom politischen Willen des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers, der in Deutschland anhand der zahlreichen bereits implementierten beschleunigungsrechtlichen Vorschriften als hoch eingestuft werden kann, was sich auch in weiteren politischen Entscheidungen wie etwa der Kernnetzgenehmigung zeigt.

Der in der vorangestellten Analyse des primärrechtlichen Hintergrunds der TEN-E-VO festgestellte Rechtscharakter der Leitlinien als Allgemeiner Handlungs- bzw. Orientierungsrahmen spiegelt sich auch in ihrer inhaltlichen Weichheit wider, wodurch die Wirkung verfahrensbeschleunigungsrechtlicher Normen zunächst einmal erodiert wird und ihre einheitliche Durchsetzbarkeit in den Mitgliedstaaten schwierig erscheint. Diese Uneinheitlichkeit bzw. Unverbindlichkeit kann im Zusammenhang mit den den Anwendungsgegenstand der TEN-E-VO darstellenden grenzüberschreitenden Energieinfrastrukturen zu den naturgemäß bei solchen Vorhaben auftretenden Schwierigkeiten verstärkend beitragen und so geeignet sein, das Genehmigungsverfahren zu verzögern. Für die Verwaltungspraxis effizienter wäre hier eine die Verwaltungsverfahren harmonisierende Regelung gewesen, für die es jedoch an der entsprechenden Unionskompetenz mangelt.

Inhaltlich sieht die als beschleunigende Maßnahme deklarierte TEN-E-VO unter anderem eine Ergänzung weiterer Transparenz- und Öffentlichkeitsbeteiligungsvorschriften vor, die den Aufwand für den Vorhabenträger erheblich steigern dürften und damit eine Verlangsamung des Genehmigungsverfahrens indizieren. Den deutschen Weg, solche das Genehmigungsverfahren erschwerenden Vorschriften lediglich auf der Ebene des PCI-Verfahrenshandbuchs vorzusehen, ermöglicht es, diese nur bei Vorhaben von gemeinsamem Interesse unionsrechtsgemäß anzuwenden und rein nationale Vorhaben davon auszunehmen.

Im Regelungsumfeld zunehmender Beschleunigungsgesetze im nationalen sowie zumeist in Form von Richtlinien ausgestalteten Europäischen Rechtsakten, bleibt abzuwarten, inwiefern die vielfach konkret geforderten Höchstfristen Eingang in die deutsche Gesetzgebung finden. Fraglich ist derzeit auch, inwiefern die Wahl einer Richtlinie als Rechtsakt, wie dies etwa bei der Erneuerbare-Energien-Richtli-

nien (Richtlinie (EU) 2023/2413, RED III) der Fall ist, höheres Beschleunigungspotenzial entfalten kann und so zu einer weitreichenderen Umsetzung führen könnte. Mit dem entsprechenden politischen Willen könnte alternativ auch eine Ausweitung der Unionskompetenz zum Erlass von Verordnungen auch für den Bereich der transeuropäischen Netze angedacht werden. Dies scheint vor dem Hintergrund der zunehmenden Wichtigkeit klima- und energierechtlicher Kompetenzen – auch auf europäischer Ebene – nicht abwegig.

## Bibliografie

- ALLOLIO, FRIEDERIKE; OHLE, LEONIE; SCHÄFER, JUDITH, *TransHy-DE-Studie zum Rechtsrahmen einer zukünftigen Wasserstoffwirtschaft*, Rechtswissenschaftliche Studie im Auftrag der Fraunhofer Einrichtung für Energieinfrastrukturen und Geothermie, IKEM Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität, 2022
- BUSCHLE, DIRK, *Art. 171 AEUV*, in: von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen, Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht, Nomos Kommentar*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- CALLIESS, CHRISTIAN, *Art. 170f. EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München, 2022
- FREY, CHRISTOPHER, *Grundrechtliche Probleme bei einem beschleunigten Ausbau der transeuropäischen Energienetze*, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2013, Jg. 16(1), S. 19–52
- GÄRDITZ, KLAUS FERDINAND, *Europäisches Planungsrecht*, Tübingen, 2009
- GEISMANN, MARIA, *B. Europarechtlicher Rahmen*, in: de Witt, Siegfried; Scheuten, Frank-Jochen (Hrsg.), *Netzausbaubeschleunigungsgesetz*, 1. Auflage, München, 2013
- GRONEBERG, SIMON, *Die Fortschreibung der Nationalen Wasserstoffstrategie: Überblick und erste Bewertung*, EnK-Aktuell 2023
- GRÜNER, SASCHA, § 43l *EnWG*, in: Bourwieg, Karsten; Hellermann, Johannes; Hermes, Georg, *EnWG Kommentar*, 4. Auflage, München, 2023
- HERMES, GEORG, § 7, in: Schneider, Jens-Peter; Theobald, Christian (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft*, 5. Auflage, München, 2021
- LECHELER, HELMUT, *Ungereimtheiten bei den Handlungsformen des Gemeinschaftsrechts dargestellt anhand der Einordnung von Leitlinien*, DVBl. 2008, S. 873–880
- MISSLING, STEFAN; LIPPERT, ANDRE; DIX, ROBERT, § 43c *EnWG*, in: Theobald, Christian; Kühling, Jürgen (Hrsg.), *Energierrecht*, 127. Ergänzungslieferung (Oktober), München, 2024

- MÜLLER, RAHEL ALIA, *Planungs- und Genehmigungsverfahren grenzüberschreitender Wasserstofftransportleitungen zwischen Deutschland, Frankreich und der Schweiz*, Baden-Baden, 2025
- RIEGE, STEFFEN; SCHACHT, MARTIN, § 43l EnWG, in: Assmann, Lukas; Peiffer, Max (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz: EnWG*, München, 2024
- RUNG, CHRISTOPH, *Strukturen und Rechtsfragen europäischer Verbundplanung*, Tübingen, 2013
- SCHMITZ, HOLGER; UIBELEISEN, MAXIMILIAN, *Netzausbau Planung und Genehmigung*, 1. Auflage, München, 2016
- SCHRÖDER, MEINHARD, Art. 154 AEUV, in: STREINZ, RUDOLF (Hrsg.), *EUV/AEUV Kommentar*, 3. Auflage, München, 2018
- STREINZ, RUDOLF, Art. 171 AEUV, in: STREINZ, RUDOLF (Hrsg.), *EUV/AEUV Kommentar*, 3. Auflage, München, 2018
- STROBEL, TOBIAS, *Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur: Primärrechtliche Einordnung und genehmigungsrechtliche Implikationen*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2013, Jg. 16(2), S. 167–217
- WEISS, WOLFGANG, *Das Leitlinien(un)wesen der Kommission verletzt den Vertrag von Lissabon*, EWS 2010, S. 257–261
- WICKEL, MARTIN, § 74 VwVfG, in: Fehling, Michael; Kastner, Berthold; Störmer, Rainer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht. Nomos Handkommentar*, 6. Auflage, Baden-Baden, 2025



© Rahel Alia Müller und Prof. Dr. Michael Frey

# The EU and its Member States: increasing securitisation moves vis-à-vis China

To what extent is the European Union successful in collectively securitising China in the economic domain?

Marc Ziegler and Thomas Weck\*

## Contents

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Introduction                                                                     | 447 |
| B. The view of political science – theoretical framework                            | 448 |
| I. Copenhagen School, Collective Securitisation Theory, and Six-stage Model         | 449 |
| II. EU Collective Securitisation (vis-à-vis China)                                  | 450 |
| C. The legal view: The EU Treaty framework on EU foreign policy                     | 451 |
| I. Common Foreign and Security Policy                                               | 453 |
| II. Common Commercial Policy                                                        | 455 |
| III. The relationship of CFSP and CCP when the EU adopts measures concerning China  | 456 |
| D. Combined political and legal analysis: collective securitisation vis-à-vis China | 457 |
| I. Stage 1: Status Quo Discourse (from 1975 to mid-2000s)                           | 458 |
| II. Stage 2: Precipitating Event(s) (from late 2000s to 2019)                       | 459 |
| III. Stage 3: Securitising moves in the economic domain (from 2019)                 | 462 |
| IV. Stage 4: Divergent audience response by EU Member States                        | 465 |
| V. Stage 5: Development and execution of common EU policies                         | 468 |
| VI. Stage 6: Routinization and New Status Quo                                       | 471 |
| E. Conclusion                                                                       | 473 |

\* Marc Ziegler, Master of Science European and International Public Policy, European Institute, London School of Economics, London, UK & Master of Arts in European Affairs, Sciences Po Paris, School of Public Affairs, Paris (France). Email: marcziegler@gmx.net. Prof. Dr. Thomas Weck, Associate Professor of Public Law, Regulatory Law and Comparative Law at the Frankfurt Competence Centre for German and Global Regulation (FCCR) of Frankfurt School of Finance and Management, Frankfurt (Germany). Email: t.weck@fs.de. I declare that the FCCR receives regular funding by companies that have been or are involved in proceedings at EU and/or national level, although it is independent vis-à-vis funding partners.

## Abstract

The evolving EU-China economic relationship reflects a shift from cooperation to systemic rivalry, driven by China's increasingly assertive geoeconomic posture and the European Union's evolving focus on economic security. This article examines the EU's collective securitisation efforts, applying a political and legal lens to assess challenges and opportunities. While legal tools and strategic policy shifts in favour of "de-risking" signify progress, the Union faces substantial hurdles in aligning Member States' diverse interests and perceptions of China as a threat. Drawing on the evolution of EU-China relations in the past three decades, the analysis underscores the need for enhanced policy coherence and pragmatic measures to address economic security risks. The findings advocate leveraging existing Treaty provisions to foster resilience and strategic autonomy, emphasizing that coordinated action is critical to navigating the complexities of EU-China relations.

**Keywords:** EU-China Relations; Economic Security; De-Risking; Collective Securitisation; EU Foreign Policy

## A. Introduction

The EU-China relationship was formally established in 1975 with the initiation of diplomatic ties and has evolved in various stages over the decades. Important milestones such as the 1985 Agreement on Trade and Economic Cooperation, the opening of an EU representation in China in 1988, and the 2003 Comprehensive Strategic Partnership marked phases of deepening engagement, particularly in trade and economic cooperation.<sup>1</sup>

In the years after 2019, relations were increasingly strained although the EU did not cut ties with China.<sup>2</sup> This shift was underscored with the Commission's and High Representative's Strategic Outlook of 2019, which framed China in one go as a "partner," "competitor," and "systemic rival".<sup>3</sup> This EU narrative reflects growing concerns about China's use of political influence and state subsidies to advance its strategic goals, often perceived as conflicting with European interests. The EU's 2019 Strategic Outlook explicitly highlighted "security concerns" regarding China.<sup>4</sup> In 2023, European Commission President von der Leyen presented a "de-risk, not de-couple" strategy, citing risks to economic and national security from trade and

1 *Algieri*, *The China Quarterly* 2002/169, pp. 64–77; *Geeraerts*, in: W. Song & J. Wang (eds.), pp. 145–163.

2 *European Commission President von der Leyen*, Speech on EU-China relations, 29/3/2023, available at: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech\\_23\\_2063](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_2063) (19/8/2025).

3 *European Commission/High Representative*, Joint Communication, EU-China – A strategic outlook, JOIN(2019) 5 final.

4 See *European Commission/High Representative*, Joint Communication, EU-China – A strategic outlook, JOIN(2019) 5 final, p. 3; *Politi*, *Asian Affairs* 2023/4, pp. 670–693.

investment with China.<sup>5</sup> This strategy has guided EU policy-makers and to some extent also Member States in the past two years since its adoption.

However, recent months have seen significant developments in EU trade policy and diplomacy, particularly as tensions between the United States and China escalate. The Commission insists that EU-U.S. and EU-China relations are “two distinct matters” and will continue not to de-couple from China as a condition for reaching a trade deal with the U.S. It will only mitigate dependencies.<sup>6</sup> The EU has even stepped up diplomatic engagement with China, particularly as U.S. tariffs on Chinese goods threaten to disrupt global trade flows. Still, the EU is not turning away from the USA as its most important trading partner either.<sup>7</sup> Instead, it is continuing to pursue a nuanced, pragmatic approach – balancing its interests between both major powers, while emphasizing its own strategic autonomy.

Against that backdrop of increasing alienation within the West, the relationship between the EU and China must reflect the growing economic power and the self-centred trade interests of this Eastern rival. On the side of the EU, this has prompted efforts at *collective securitisation*, a concept in political science denoting a coordinated process of framing a perceived threat and mobilizing responses from the relevant audience. While the EU has increasingly attempted to collectively securitise China, these moves have faced challenges in gaining acceptance among Member States, complicating the translation of securitisation efforts into coherent common policies. This article explores these tensions through the lenses of political science and law, examining the theoretical and practical dimensions of EU collective securitisation vis-à-vis China.

## B. The view of political science – theoretical framework

The theory of collective securitisation developed mostly out of the Copenhagen School of Security Studies in the 1990s, led initially by Ole Wæver and systematized afterwards by Wæver together with Barry Buzan and Jaap de Wilde.<sup>8</sup> Traditional securitisation theory focuses on state actors at national level and neglects security dynamics operating across borders at a regional level.<sup>9</sup> This gap inspired the development of *collective securitisation* as a concept.

5 *European Commission President von der Leyen*, Speech on EU-China relations, SPEECH/23/2063, available at: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech\\_23\\_2063](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_2063) (19/8/2025).

6 *Liboreiro*, EU won't decouple from China as condition for reaching trade deal with Trump; Euronews, 22/4/2025, available at: <https://www.euronews.com/my-europe/2025/04/22/eu-wont-decouple-from-china-as-condition-for-reaching-trade-deal-with-trump> (19/8/2025).

7 See *Eurostat*, Principal partners for EU exports of goods, 2023, available at: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=International\\_trade\\_in\\_goods\\_by\\_partner](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=International_trade_in_goods_by_partner) (19/8/2025).

8 Wæver, in: Lipschutz (ed.), pp. 46–86; *Buzan/Wæver/De Wilde*.

9 *Sperling/Webber*, *European Journal of International Security* 2016/1, pp. 19–46.

## **I. Copenhagen School, Collective Securitisation Theory, and Six-stage Model**

The Copenhagen School frames securitisation as a “speech act”, where threats are socially construed rather than objectively defined.<sup>10</sup> Thus, the focus is less on “why” measures are adopted in reaction to a threat and more on “how” threats are framed by political actors and by the outer conditions.<sup>11</sup> As Buzan and Wæver note, securitisation involves presenting an issue as an existential threat requiring urgent, extraordinary measures.<sup>12</sup> Then, “by saying it, something is done”. That is to say, actors move issues into *being* security, claiming the right to use extraordinary means necessary to prevent the threats from materializing.<sup>13</sup> However, the measures adopted ultimately depend on audience acceptance of such claims; without it, the collective securitisation attempt remains unsuccessful.<sup>14</sup> The Copenhagen School emphasizes the dangers of securitisation leading to emergency measures bypassing democratic oversight, and advocates de-securitisation as a preferable approach.<sup>15</sup>

To address transnational threats, Haacke and Williams adapted securitisation theory to the cross-border context, identifying collective securitisation as when at least one national government frames an existential threat to regional security, demanding a collective response.<sup>16</sup> Sperling and Webber expanded on this, distinguishing “thin” and “thick” collective securitisation. In the thin version, organisations serve as bargaining platforms, while in the thick version, organisations like the EU act as autonomous securitising agents capable of framing discourses and shaping policy through recursive interaction with member states.<sup>17</sup> According to them, a successful securitisation move requires not only audience acceptance but also the formulation, implementation, and routinisation of common policies to address a shared threat.<sup>18</sup> Thus, their idea is that the organisation (e.g., the EU) is enabled by its members as a securitising actor in its own right to frame security discourses and design subsequent common policy measures to counter threats through repeated interactions with the member states as the audience (recursive interaction).<sup>19</sup>

Sperling and Webber’s six-stage framework outlines collective securitisation, particularly in the EU context:<sup>20</sup>

10 *Stepka*, in: *Stepka* (ed.), pp. 17–31.

11 *Eroukhmanoff*, in: McGlinchey/Walter/Scheinpflug (eds.), p. 104, 107.

12 *Buzan/Wæver*, p. 491.

13 *Wæver*, in: Lipschutz (ed.), p. 46, 55.

14 *Floyd*.

15 *Buzan/Wæver/De Wilde*, p. 26, 29.

16 *Haacke/Williams*, *Security Studies* 2008/4, p. 775, 785.

17 *Sperling/Webber*, *West European Politics* 2018/2, pp. 228, 236–237, 248.

18 See *Sperling/Webber*, *European Journal of International Security* 2016/1, pp. 19–46; *Sperling/Webber*, *West European Politics* 2018/2, pp. 228–260.

19 *Sperling/Webber*, *European Journal of International Security* 2016/1, p. 19, 21.

20 *Sperling/Webber*, *European Journal of International Security* 2016/1, pp. 19–46; *Sperling/Webber*, *West European Politics* 2018/2, pp. 228–260.

|                                                                                                                                                                  |                                         |                                                                                                                                                                                                                 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Stage 1                                                                                                                                                          | <i>Status Quo</i>                       | Existing security policies and discourse.                                                                                                                                                                       |
| Stage 2                                                                                                                                                          | <i>Precipitating Event(s)</i>           | Disruptions prompting the perception of heightened external threats.                                                                                                                                            |
| Stage 3                                                                                                                                                          | <i>Securitising Move</i>                | “Speech acts”, typically including official statements by authoritative actors (e.g. the Commission and the European Parliament), presenting an existential threat, and proposing how to respond appropriately. |
| Stage 4                                                                                                                                                          | <i>Audience Response</i>                | Member states’ acceptance via negotiations and compromise.                                                                                                                                                      |
| The third and fourth stage are two analytically separated stages within the process. Still, they are interdependent due to the process of recursive interaction. |                                         |                                                                                                                                                                                                                 |
| Stage 5                                                                                                                                                          | <i>Policy Formulation and Execution</i> | Development of common policies addressing the threat.                                                                                                                                                           |
| Stage 6                                                                                                                                                          | <i>Routinization and new Status Quo</i> | Establishing a new status quo with adjusted language, strategies, and practices.                                                                                                                                |

**Table 1:** Sperling and Webbers’ Six-stage Model of Collective Securitisation

## II. EU Collective Securitisation (vis-à-vis China)

Sperling and Webbers’ model of collective securitisation has not been widely applied to the European Union so far, particularly in relation to China.<sup>21</sup> However, it could be demonstrated using this model that the EU became a successful collective securitising actor in the aftermath of the 9/11 terrorist attacks, in readjusting the Schengen system following the 2015 migrant crisis, and in relation to cyberspace.<sup>22</sup> Other studies have explored the EU’s collective securitisation efforts in energy policy, health security and infectious disease control, and the transnational threat of climate change.<sup>23</sup> These cases highlight the EU’s attempts to frame and address shared threats collectively, employing a common narrative and coordinated policies.

China’s rise as a security challenge to the Western liberal order has been examined using different methodologies as well, retracing the EU’s internal divergences over securitisation.<sup>24</sup> These divergences emerged notably with regard to an EU weapons embargo on China in the early 2000s: While some Member States, notably France and Germany, advocated for treating China as a trusted partner even in sensitive

<sup>21</sup> However, see *Lucarelli/Sperling/Webber*.

<sup>22</sup> *Kaunert/Léonard*, *West European Politics* 2018/2, pp. 261–277; *Ceccorulli*, *West European Politics* 2018/2, pp. 302–322; *Christou*, *West European Politics* 2018/2, pp. 278–301.

<sup>23</sup> See *Hofmann/Staeger*, *West European Politics* 2018/2, pp. 323–345 (energy); *Bengtsson/Rhinard*, *West European Politics* 2018/2, pp. 346–368 (health and disease control); *Dupont*, *West European Politics* 2018/2, pp. 369–390 (climate change).

<sup>24</sup> *Hellmann et al.*, *Journal of International Relations and Development* 2017/2, pp. 301–330.

areas like military cooperation, others, along with external partners like the United States, viewed China as an authoritarian threat to shared democratic values. The lack of consensus on whether China constituted an existential threat ultimately resulted in a compromise: security cooperation with China would only proceed under strict adherence to human rights and democratic principles. Commission President von der Leyen's 2021 address on the EU-Indo-Pacific strategy and its role as securitisation move against China was examined as well.<sup>25</sup> This research followed the Copenhagen School.

While the last-mentioned studies address the EU's securitisation efforts towards China, however, none of them systematically applies Sperling and Webbers' six-stage model of collective securitisation. Chen and Gao provide the most comprehensive analysis of EU collective securitisation vis-à-vis China, applying Sperling and Webbers' model to different policy domains.<sup>26</sup> They found that Member States gradually aligned with EU securitising narratives in the area of information technology and cybersecurity, but that the EU's securitising moves often failed to achieve unified audience acceptance in other domains. However, despite its merits, Chen and Gao's study suffers from certain limitations: It lacks a clear distinction in the analysis between different policy challenges and referent objects, provides insufficient empirical evidence, and omits a conclusive discussion linking its findings and offering explanations to why collective securitisation attempts failed to succeed.

This article aims to close the remaining gaps in applying Sperling & Webbers' model in relation to China. Its political analysis will focus on the EU's securitisation moves and the Member States responses. In this context, it will make use of Critical Discourse Analysis (CDA), a qualitative method that reveals power dynamics in texts, uncovering how agenda setters frame issues to shape perceptions and prompt action.<sup>27</sup> The legal analysis will focus on the interplay of EU and Member States' competences regarding economic and national security. The political and the legal angle must be seen together to accurately assess the scope of Member State support for EU policies, to identify limitations and draw conclusions on the effectiveness of securitisation moves to address the challenges posed by China for the Union.

### C. The legal view: The EU Treaty framework on EU foreign policy

The EU derives its competences from the Member States, meaning that competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States.<sup>28</sup> Hence, national security continues to lie within the exclusive competence of the Member States in the European legal framework (Art. 4(2) sentence 3 TEU).

25 *Cachia/DeBattista*, *European Politics and Society* 2022/5, pp. 703–719.

26 *Chen/Gao*, *Asia Europe Journal* 2021/2, pp. 195–216.

27 *Fairclough/Fairclough*, *Critical Discourse Studies* 2018/2, pp. 169–185; *Ruiz*, *Forum Qualitative Sozialforschung/Forum: Qualitative Social Research* 2009/2; *van Dijk*, *Discourse & Society* 1993/2, pp. 249–283; *van Dijk*, *Belgian Journal of Linguistics* 1997/1, pp. 11–52.

28 Art. 1(1) and Art. 4(1) TEU.

The term “national security” is not defined conclusively, which might suggest that the Member States have room for a broad interpretation. However, in the interpretation of the European Court of Justice (ECJ), the focus is on existential threats that could directly affect the state’s ability to act or the population.<sup>29</sup> Moreover, these reservations do not release the Member States from observing the Union’s competences in other respects.

The Treaties entrust the Union with the task of establishing an “area of freedom, security and justice without internal frontiers” (Art. 3(2) TEU). This area encompasses the internal market (Art. 3(3) TEU) and obliges the Union in “its relations with the wider world, [to] uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens” (Art. 3(5) TEU). In those relations, the Union – or, more precisely, the European Council (Art. 22(1) TEU) and the Council in areas where the Treaties so provide – is empowered to “define and pursue common policies and actions” when taking “external action” (Art. 21(2) TEU). At the same time, however, both the Union and the Member States have competences regarding security according to what was said before: the Member States as to national security, and the Union when it comes to the common area of freedom, security and justice. Nevertheless, the policy-making still remains essentially intergouvernemental as it is for the Member States’ to agree on common action, thus raising the relevant question to Union level. The Treaties, hence, provide for a well-calibrated legal framework whenever the Union takes “external action” (Art. 21 ff. TEU, Art. 205 ff. TFEU). A closer look at this framework has merit as it allows to gain an understanding of how the EU institutions operate. It also allows to trace back how Member States are able to assert their own standpoints and policies in areas of Union competences and areas where the coordination of national security interests is needed.

The general framework is defined in the provisions on the Union’s Common Foreign and Security Policy (CFSP; Art. 23 ff. TEU). Particularities must be observed when it comes to the Common Security and Defence Policy (CSDP) as an element of the CFSP.<sup>30</sup> The CSDP will not be looked at in more detail in this article.<sup>31</sup> A largely separate regime applies to the Union’s Common Commercial Policy (CCP). In times of major geopolitical shifts, both the CFSP and the CCP become increasingly interrelated, sometimes making it difficult to separate one from the other clearly. The CCP is an exclusive EU competence (Art. 3(1)(e) TFEU). The following sections will discuss the CFSP and the CCP in more detail.

29 EuGH, Case C-373/13, *HT/Land Baden-Württemberg*, judgment of 24 June 2015, ECLI:EU:C:2015:413, paras. 78–79.

30 See Art. 24(1), 26(1), 31(4) and 42 ff. TEU, Art. 346(1)(b) TFEU.

31 See: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/common-security-and-defence-policy\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/common-security-and-defence-policy_en) (19/8/2025).

## **I. Common Foreign and Security Policy**

The Union's competence in the CFSP is "guided by" the general principles of EU law, including the limited conferral of powers to the Union (Art. 23, 5(1), (2) TEU). Nevertheless, as a matter of principle, the competence covers "all areas of foreign policy and all questions relating to the Union's security" (Art. 24(1) TEU). In relation to this broad competence, the Treaty on European Union mainly defines the competences and responsibilities of EU institutions and the used legal instruments when the EU institutions are shaping the CSFP. That Treaty also defines the role of Member States as participants of the EU's external action, but it must be viewed in conjunction with the institutional provisions of Art. 235-243 of the Treaty on the Functioning of the European Union in that regard.

Among the EU institutions, the European Council and the Council are competent to define and implement the CFSP "acting unanimously, except where the Treaties provide otherwise."<sup>32</sup> They cannot use legislative acts for that purpose. The European Council defines the broader objectives of the EU by way of general guidelines and decisions (Art. 25(a) and (b), 26(1) TEU). The Council then "frames" the CFSP and adopts "the decisions necessary for defining and implementing it" based on the prerogatives set by the European Council (Art. 25(b), 26(2) TEU). This includes decisions on "operational actions" and decisions on a "particular matter of a geographical or thematic nature" (Art. 28-29 TEU). The Council also concludes the international agreements of the Union, although here it acts based on Commission proposals and must involve the European Parliament (Art. 216 ff., particularly Art. 218 TFEU).<sup>33</sup> The negotiation of international agreements and the ongoing relations with international organisations and third countries, including when they relate to the CFSP (Art. 218(3) TFEU), are the task of the Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (Art. 17 (1) sentence 6; 27(2) sentence 1 TEU; Art. 220-221 TFEU). Otherwise, the individual CFSP policies are to be put into effect by the High Representative as well as the EU Member States.<sup>34</sup> The Member States and the High Representative (also with Commission support) may refer questions and submit initiatives or proposals to the Council (Art. 30(1) TEU).<sup>35</sup>

The Treaty on European Union stresses the cooperation obligations of Member States. Thus, the Union institutions pursue the CFSP in the common interest and to develop "mutual political solidarity among Member States" (Art. 24(2) TEU). The Member States, in turn, "shall support the Union's external and security policy actively and unreservedly in a spirit of loyalty and mutual solidarity", which is to be ensured by the Council and the High Representative (Art. 24(3) TEU). Member States "shall consult one another within the European Council and the Council" on any CFSP matter to determine a common approach, in particular before taking ac-

<sup>32</sup> Art. 24(2) para. 2, Art. 31(1) TEU, on the European Council also Art. 26 TEU.

<sup>33</sup> See also Sec. 3.2 below on the CCP.

<sup>34</sup> Art. 24(2) para. 2, 26(3) TEU.

<sup>35</sup> On the High Representative, see also Art. 27 TEU.

tion at international level that could affect the Union's interest and to ensure solidarity among them (Art. 32(1) TEU). Their coordination obligations also extend to actions within international organizations (with which the EU itself may conclude agreements and entertain relations) as well as Member State missions.<sup>36</sup>

That being said, individual Member States do have a strong role in the CFSP framework. It is the Member States that form the European Council (Art. 15(1) TEU, Art. 235-236 TFEU) and the Council (Art. 16 TEU, Art. 237 ff. TFEU). Moreover, it was pointed out above that the unanimity principle is governing EU external action.<sup>37</sup> A qualified majority is mainly permitted when it comes to defining EU actions or positions based on a strategic European Council decision, implementing CFSP decisions, or where the European Council decides that qualified majority is sufficient (Art. 31(2) TEU).<sup>38</sup> This allows individual Member States to hinder EU action where Member States disagree and regardless of whether other EU institutions favour certain action in the common interest. Member States moreover have special opposition rights within the CFSP (Art. 31(2) subpara. 2 TEU).

In contrast, the role of the European Parliament and the Commission is very limited in relation to the CFSP.<sup>39</sup> Moreover, the ECJ generally has no jurisdiction on the (political) decisions under the CFSP, except for international agreements (Art. 218(11) TFEU) and where the issues involve powers of the EU institutions relating to Union competences outside the CFSP (Art. 40 TEU, Art. 275 TFEU).<sup>40</sup> All CFSP measures are supported by the Political and Security Committee, but this body only has a monitoring and advisory role (Art. 38 TEU).

A special regime applies where the Union takes operational action or decisions on a "particular matter in the form of restrictive measures" (Art. 28-29 TEU; esp. embargoes). These measures always require an initial decision of the Council within the CFSP framework (Art. 215 TFEU).<sup>41</sup> Where they are adopted in relation to third countries, the Council decides based on proposals by the High Representative and the Commission whereas the European Parliament is (only) to be informed (Art. 215(1) TFEU). The Council may decide alone to impose measures on natural or legal persons and other entities (Art. 215(2) TFEU). The Member States do not have any role in those measures outside the Council and a full Court review of the

36 Art. 34, 37 TEU, Art. 216 ff., 220-221 TFEU and Art. 35 TEU.

37 Art. 22(1) para. 3, Art. 31(1) TEU.

38 See also Art. 238(2), (3) TFEU regarding the Council.

39 Art. 24(2) subpara. 2 TEU, on the European Parliament also Art. 36 TEU.

40 See also Art. 24(2) subpara. 2 EU. The ECJ, however, clarified that this exception does not apply where measures forming part of the CFSP coincide with the exercise of competences under the TFEU; see ECJ, Case C-130/10, *Parliament/Council*, judgment of 19 July 2012, ECLI:EU:C:2012:472, paras. 61-66 (re Art. 215 TFEU) and below section D.VI.

41 Cremer in: Calliess/Ruffert (eds.), Art. 215 TFEU para. 10.

Union measures is possible.<sup>42</sup> However, the Member States may adopt their own measures (narrowly understood) as long as no Union action has been taken (Art. 346-347 TFEU).<sup>43</sup> Their obligations to consult apply also in this context.

## II. Common Commercial Policy

The EU's CCP evolved separately from the intergovernmental CFSP, leading to different levels of exclusive EU competence and decision-making processes.<sup>44</sup> The CCP complements the EU's internal market policies with rules on the EU's external trade relations.<sup>45</sup> The internal market is an area marked by the free movement of goods, services, and capital (which are protected by individual rights; Art. 28 ff. TFEU), and the protection of a market economy characterized by undistorted competition (Art. 101 ff. TFEU; Prot. 27). The Union itself is empowered to engage in industrial policy only within these limits (Art. 173(3) subpara. 2 TFEU).

The CCP is conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action (Art. 207(1) TFEU).<sup>46</sup> In this context, the European Parliament and the Council adopt measures to implement the CCP (Art. 207(2) TFEU). Not all actions affecting trade with third countries fall into the CCP. Rather, an act does if it has a "specific link" to such trade in that it is essentially intended to promote, facilitate or govern such trade and has direct and immediate effects on it.<sup>47</sup> The relevant measures may comprise international agreements as well as autonomous measures, i.e., customs, trade defence and other measures.

A special legal framework applies to the extent that agreements with one or more third countries or international organisations need to be negotiated and concluded (Art. 207(3) in conj. with Art. 218(2) TFEU). Here, the Council authorizes the negotiations based on a recommendation by the Commission (Art. 207(3) subpara. 2 TFEU). The Commission conducts them in consultation with a special committee

42 ECJ, Case C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation/ Council and Commission*, judgment of 3 September 2008, ECR 2008, I-6351, ECLI:EU:C:2008:461, paras. 285 ff.; Case, C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, *Commission and others/Kadi*, judgment of 18 July 2013, ECLI:EU:C:2013:518, para. 119; Case C-872/19 P, *Venezuela/Council (Affectation d'un État tiers)*, judgment of 22 June 2021, ECLI:EU:C:2021:507, paras. 50-53. See also Cremer in: Calliess/Ruffert (eds.), Art. 215 TFEU para. 28.

43 Arnold/Klamert in: Dausen/Ludwigs (eds.), K.I paras. 117-118.

44 García-Durán et al., *Politics and Governance* 2023/4, p. 168; Klein/Kunstein/Reiners, *Mercury* e-paper 2010/6, p. 8 ff., available at: [https://static.sps.ed.ac.uk/europa/\\_data/assets/pdf\\_file/0005/206888/Mercury-Paper-6.pdf](https://static.sps.ed.ac.uk/europa/_data/assets/pdf_file/0005/206888/Mercury-Paper-6.pdf) (19/8/2025).

45 See Art. 206 TFEU.

46 ECJ, Opinion 2/15, *EU-Singapore FTA*, opinion of 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, para. 35.

47 ECJ, Opinion 2/15, *EU-Singapore FTA*, opinion of 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, paras. 36-37. See also Case 389/15, *Commission/Council (Revised Lisbon Agreement)*, judgment of 25 October 2017, ECLI:EU:C:2017:798, para. 65 according to which the action must have a "direct and immediate" effect on external trade to demarcate it from internal market policies.

appointed by the Council and reports also to the European Parliament (Art. 207(3) subpara. 3 TFEU). The Council concludes the agreement (Art. 207(3) in conj. with Art. 218(2), (5)–(6) TFEU). In the CCP, the Council adopts its decisions generally by qualified majority and only exceptionally by unanimity (Art. 207(4), 218(8) TFEU). However, since the Treaty of Lisbon also the consent or the consultation of the European Parliament is required (Art. 218(6)(a)(v) TFEU). Furthermore, the European Parliament has a right to be informed continuously of the state of negotiations (Art. 218(10) TFEU).

The Commission not only has the power to negotiate trade agreements, but it can also implement trade-defence measures based on autonomous EU trade legislation, including anti-dumping and anti-subsidy measures.<sup>48</sup> Its Directorate General (DG) for Trade collaborates with other Commission DGs (e.g., competition, internal market) if trade-related matters impact other EU policies. In the context of CCP measures, the Union institutions including the Commission must make sure that the delimitation of competences is not affected (Art. 207(6) TFEU). The Union's CCP measures are subject to Court review without limitations.<sup>49</sup>

### III. The relationship of CFSP and CCP when the EU adopts measures concerning China

The EU is obliged to ensure consistency between the different areas of its external action and between these and its other policies (Art. 21(3)(2) TEU). In particular, the EU must design measures relating to its CCP according to uniform principles in order to ensure a coherent trade policy.<sup>50</sup> While the EU has an exclusive legal competence and significant political authority in the CCP, its influence on China policy to some extent also depends on the Member States' contributions to the CFSP.<sup>51</sup> This is because general security and regulatory exceptions play a role here, e.g., when it comes to accessing critical resources or materials or to the trade in dual goods. Another relevant matter is the control of foreign direct investments where state or economic security interests could be affected. The ECJ has established that security-related measures can be implemented within the framework of trade poli-

48 Art. 207(2)–(5), 218 TFEU; on trade defense, see also: Regulation (EU) 2016/1036 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on protection against dumped imports from countries not members of the European Union (codification), OJ L 176, 30/6/2016, p. 21; Regulation (EU) 2016/1037 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on protection against subsidised imports from countries not members of the European Union (codification), OJ L 176 of 30/6/2016, p. 55. Moreover, see: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements_en); [https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/trade-defence\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/trade-defence_en) (19/8/2025).

49 ECJ, Opinion 2/15, *EU–Singapore FTA*, opinion of 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, paras. 33–37, 81–84, 302; Case 66/18, *Commission / Hungary (Enseignement supérieur)*, ECLI:EU:C:2020:792, paras. 69, 72–86, 91.

50 Art. 207(1) TFEU.

51 *Zanardi*.

cy.<sup>52</sup> Security law may therefore also be regarded as a sub-area of trade policy, particularly when security-related aspects influence economic policy measures.

Consequently, particularly within the framework of the CCP, the question may arise how conflicts between the EU's competence and the national security interests of the Member States can be resolved. On the one hand, EU trade measures must balance proportionality and preserve the Member States' security interests without distorting the allocation of competences.<sup>53</sup> On the other hand, Member States retain significant autonomy to safeguard national security, provided these measures respect internal market freedoms and overarching EU trade objectives.<sup>54</sup> Regarding antidumping and anti-subsidy measures, any conflicts must be resolved at EU level. In other areas, EU has resolved the issue by defining the intervention standard non-conclusively to the extent that Union interests are involved. In addition, the Union foresees a cooperation mechanism but otherwise leaves to the Member States the procedures where the necessary balancing takes place. This is notably the case in Foreign Direct Investment (FDI) screening. Here, EU law defines "security and public order" as assessment benchmark, but procedure remains largely in the hands of Member States.<sup>55</sup> That said, debates persist on whether security aspects may justify national investment controls independently of economic considerations.<sup>56</sup>

#### **D. Combined political and legal analysis: collective securitisation vis-à-vis China**

While Sperling and Webbers' six-stage theoretical model of collective securitisation has been applied to various transnational issues, its potential for analysing the EU's stance vis-à-vis China, particularly on economic security, remains underexplored. In the same vein, the role of the legal framework largely remains neglected when the model is applied. The following sections attempt to provide a combined analysis which closes the remaining gaps from the perspective of political science and embeds this analysis in the legal framework of EU competences. To this end, Sperling & Webbers' six-stage model will be applied on the EU's positioning towards China and the individual steps will be directly linked back to the law.

52 ECJ, Opinion 1/78, *International Agreement on Natural Rubber*, opinion of 4 October 1979, ECLI:EU:C:1979:224; Case C-83/94, *Leifer*, judgement of 17 October 1995, ECLI:EU:C:1995:329 ; Case C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgement of 3 September 2008, ECLI:EU:C:2008:461; Case C-149/96, *Portugal v. Council*, judgement of 23 November 1999, ECLI:EU:C:1999:574.

53 Art. 5(4) TEU.

54 Art. 4(2) TEU in conj. with Art. 34 ff., 207 TFEU.

55 See, e.g., in Germany the legislative competences in Art. 73(1) No. 5, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG and Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Außenwirtschaftsrechts, BT-Drs. 17/11127, p. 19.

56 See, e.g., *Malta-Kira*, CEBRI-Revista 2023/7, 99, pp. 102 ff.

## I. Stage 1: Status Quo Discourse (from 1975 to mid-2000s)

As noted before, formal EU-China relations began 50 years ago in 1975. The trade agreement of 1978 was the actual starting point for developing the economic relationship between the European Economic Community (EEC) and China.<sup>57</sup> In 1985, the EEC and China signed the Agreement on Trade and Economic Cooperation, which extended the cooperation in trade to broader economic co-operation and is still in place today.<sup>58</sup> On this occasion, the partners emphasized “the development of friendly relations” and their willingness to “make every effort to foster the harmonious expansion of their reciprocal trade”.

Despite acknowledging differences (e.g., human rights), the EEC – which, as European Community (EC), was integrated into the EU by the Maastricht treaty<sup>59</sup> – viewed its engagement with China as largely positive until the mid-2000s. The EC believed China’s economic opening and integration would, with EC support, lead to improved human rights, democracy, and a market economy.<sup>60</sup> Thus, relations with China could not exclusively be based on economic considerations for the EU but had to be seen as a complex and often highly political relationship.<sup>61</sup> Still, while acknowledging these challenges (“China is not always an easy partner”),<sup>62</sup> EC communications emphasized a “comprehensive partnership” serving mutual political and economic interests.<sup>63</sup> This view was shared by EC Member States.<sup>64</sup> China’s economic strength and “re-emergence” were seen as beneficial to Europe.<sup>65</sup> This period’s political and economic discourse on European-China relations emphasized opportunities and mutual benefits, not security threats.

It should also be noted that in the relevant period from 1975 to 2000, the currently existing competence framework was not in place yet. The EEC and then the EC had powers for a common commercial policy (Art. 110 EEC Treaty) and to adopt trade policy measures. Still, the Member States (EC/EU) were the real driving forces of European commercial policy.<sup>66</sup> The common procedures for external ac-

57 *Algieri*, *The China Quarterly* 2002/169, p. 64, 69.

58 Agreement on Trade and Economic Cooperation between the European Economic Community and the People’s Republic of China, OJ L 250 of 19/9/1985, p. 2.

59 *Algieri*, *The China Quarterly* 2002/169, p. 64.

60 *Godement*, in: *Shambaugh* (ed.), p. 251, 254; *Shambaugh*, *Current History* 2004/674, p. 243, 245.

61 *Algieri*, *The China Quarterly* 2002/169, p. 64, 69.

62 *European Commission*, Communication: EU Strategy towards China: Implementation of the 1998 Communication and Future Steps for a more Effective EU Policy, COM(2001) 265, p. 7.

63 *European Commission*, Communication: EU Strategy towards China: Implementation of the 1998 Communication and Future Steps for a more Effective EU Policy, COM(2001) 265, p. 20.

64 See the the official record of the 1998 China-EU Summit Joint Statement, available at: [https://www.fmprc.gov.cn/eng/zy/wjls/3604\\_665547/202405/t20240531\\_11367584.html](https://www.fmprc.gov.cn/eng/zy/wjls/3604_665547/202405/t20240531_11367584.html) (19/8/2025).

65 *European Commission*, Communication: EU – China: Closer partners, growing responsibilities, COM(2006) 631 final, pp. 2, 7, 12.

66 See Art. 11–28 TEU; Art. 113 ff. TEC.

tion had much stronger intergovernmental characteristics until the Treaties of Amsterdam (1997) and Nice (2001) introduced important institutional and procedural changes that increasingly enabled the EU (including the EC) to develop and conduct an effective and coherent foreign policy. The CFSP, as it exists today, would be established only on 1 December 2009 through the TEU.<sup>67</sup>

## II. Stage 2: Precipitating Event(s) (from late 2000s to 2019)

Until the mid-2000s, the relationship between the EU and its Member States and China was seen prosperous and rapidly intensifying. However, the 2008 global economic and financial crisis initiated a deterioration process in bilateral relations, significantly altering the European discourse on China.<sup>68</sup>

The financial crisis exposed the interconnectedness of global economies, highlighting economic imbalances between the EC and China and the need for economic restructuring.<sup>69</sup> This external challenge coincided with the EU's internal struggles for reform. Representatives of the European institutions, hence, started to emphasize existing interdependence and the need for internal and external co-operation to resolve the crisis.<sup>70</sup> In relation to China, they emphasised China's "stake in Europe's recovery".<sup>71</sup> Awareness grew that the crisis challenged the whole post-Cold War liberal economic order of the West, enabling China to pursue its own path, asserting itself as a global power.<sup>72</sup>

The EU underwent substantial internal reform through the Lisbon Treaty (2009), which merged the EC entirely into the EU and, thus, established the European institutional and legal order still existing today. In parallel to this internal reform, external relations with China changed considerably. By the 2010s, China's growing presence within the EU, driven by economic, diplomatic, and geopolitical ambitions, became an increasing concern.<sup>73</sup> Anxieties arose about the EU's global pos-

67 See, e.g., *Algieri*, *The China Quarterly* 2002/169, p. 64, 67; *Marquardt/Gaedtke* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (eds.), *Vorb. Art. 23 bis 46 TEU* para. 1 on the historic development.

68 *Geeraerts*, in: Song/Wang (eds.), pp. 145–163.

69 *Geeraerts/Huang*, in: *Kirchner/Christiansen/Dorussen* (eds.), p. 187, 188–189; *Geeraerts*, in: *Christiansen/Kirchner/Murray* (eds.), p. 492, 501; *Geeraerts*, *Policy Paper Series* 2014, p. 1.

70 *European Commissioner Ferrero-Waldner*, *Europe and China: A Strategic Dialogue*, SPEECH/09/270; European Parliament resolution of 5 February 2009 on Trade and economic relations with China (2008/2171(INI)), OJ C 67E of 18/3/2010, p. 132.

71 *European Commission President Barroso*, "The EU and China – a crucial partnership", SPEECH/12/95.

72 *Roberts/Choer Moraes/Ferguson*, *Journal of International Economic Law*, 22(4)/2019, 655–676; *Politi*, *Asian Affairs* 2023/4, pp. 670–693; *Roy/Stroikos/Davidescu*.

73 *Godement/Vasselier*.

ition and identity<sup>74</sup> and conflicts concerning interests and values increased.<sup>75</sup> China's more and more assertive and sometimes confrontational foreign policy, coupled with President Xi Jinping's shift away from previous reform and opening-up policies and launch of initiatives aimed at gaining greater political influence abroad, like the Belt and Road Initiative (BRI) and the Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB), further fuelled European concerns.<sup>76</sup> Chinese state-owned enterprises, particularly COSCO and China Merchants, acquired stakes in at least 15 European ports between 2013 and 2020, the most prominent case being COSCO's majority stake in Greece's Port of Piraeus, which became a flagship BRI project. COSCO also invested in terminals in the ports of Zeebrugge (Belgium), Valencia (Spain), and Vado Ligure (Italy).<sup>77</sup> For completeness, it should be noted that such investments continued also more recently, notably with COSCO's hotly debated acquisition of a 25% stake in Container Terminal Tollerort in the port of Hamburg, Germany.<sup>78</sup> Moreover, the Pelješac Bridge in Croatia, though funded by the EU, has been built by China Road and Bridge Corporation (CRBC).<sup>79</sup>

In addition to the advances by Chinese firms in Europe, European businesses complained increasingly that the opportunities did not clearly outbalance the risks anymore. China's policies were not directed at mutual benefit (i.e., reciprocal in terms of trade policy). Instead, Chinese law and administrative action would force European investors into joint ventures irrespective of potential business secret concerns. Chinese competitors would violate European intellectual property (IP) whereas IP protection in China was deficient. Chinese firms would benefit from subsidies from state-controlled banks and non-bank entities. Access to critical raw materials depended on good relations with local governments. Businesses com-

74 Geeraerts, EU-China Relations, in: Christiansen/Kirchner/Murray (eds.), p. 492, 493; Geeraerts, in: Song/Wang (eds.), p. 145.

75 Bartsch/Wessling, in: Bartsch/Wessling (eds.), p. 8; *Politi*, Asian Affairs 2023/4, p. 670, 687–688.

76 Brinza et al., EU-China relations: De-risking or de-coupling – the future of the EU strategy towards China. European Parliament, PE 754.446, March 2024, p. viii, available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO\\_STU\(2024\)754446](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_STU(2024)754446); Andersson/Lindberg, in: Andersson/Lindberg (eds.), p. 18; *Godement*, in: Shambaugh (ed.), p. 251, 256; *Pavličević*, in: Pavličević/Talmacs (eds.), p. 67, 76.

77 Ghiretti et al., Research for TRAN Committee – Chinese Investments in European Maritime Infrastructure, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, PE 747.278, September 2023.

78 See on this *Groening*, Bundesregierung stimmt Beteiligung des chinesische Staatskonzern Cosco am Hamburger Hafen zu, 11/5/2023, available at: <https://www.hamburg-zwei.de/news/HAMBURG-ZWEI-News/Bundesregierung-stimmt-Beteiligung-des-chinesische-Staatskonzern-Cosco-am-Hamburger-Hafen-zu-id889911.html>; *HHLA*, COSCO-Beteiligung am HHLA Container Terminal Tollerort, available at: <https://hlla.de/faktencheck-cosco-beteiligung> (19/8/2025); for a legal analysis and discussion: *Tietje/Reinhold*, The Control of Foreign Investment into Maritime Infrastructure in Europe, forthcoming in the Journal of World Investment & Trade, draft available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=5145930](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5145930) (19/8/2025).

79 See *Petkova/van der Putten*, Clingendael, Policy Brief, April 2020, pp. 6–8.

plained of persistent discriminatory practices: intellectual property theft, forced technology transfers, limited market access, and coercive economic strategies.<sup>80</sup>

In the period up to 2019, a straightforward and common European position in relation to China did not exist. By 2018, the EU officially still emphasized the need for “win-win solutions and avoiding any scenario of lose-lose confrontation”<sup>81</sup> in EU-China trade relations. In line with this, the EU institutions continued to call for reciprocity, balance in the bilateral relationship, and limited themselves to criticizing China’s trade-distorting practices.<sup>82</sup> In particular export restrictions were described as “the most important challenge for EU trade policy”.<sup>83</sup> This view was shared by several Member States whereas others like, e.g., Germany remained undecided.

However, the perception of China was about to change fundamentally.<sup>84</sup> Awareness grew that Chinese investments might constitute security threats,<sup>85</sup> creating dependencies and exposing Europe to vulnerability, particular with regard to critical infrastructure.<sup>86</sup> In 2015, the EU had still entered into a 5G partnership with the growing superpower, focusing on reciprocity.<sup>87</sup> In contrast, the EU in 2019 openly stressed the security risks of foreign investment in strategic sectors like 5G.<sup>88</sup>

The view of Chinese investments in the EU changed particularly after President Xi’s “Made in China 2025” plan and the BRI were implemented and their effects felt in Europe.<sup>89</sup> The European External Action Service (EEAS) emphasized that

80 Wright, Europe changes its mind on China, 2020, available at: [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/07/FP\\_20200708\\_china\\_europe\\_wright\\_v2.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/07/FP_20200708_china_europe_wright_v2.pdf) (19/8/2025).

81 HR/VP Mogherini, speech at the plenary session of the European Parliament on the state of the EU-China relations, 11/9/2018, available at: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/speech-hrvp-mogherini-plenary-session-european-parliament-state-eu-china-relations\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/speech-hrvp-mogherini-plenary-session-european-parliament-state-eu-china-relations_en) (19/8/2025).

82 *European Commission*, EU and China to agree on opening negotiations for a new comprehensive framework agreement, press release IP/06/1161; *European Parliament*, Minutes, OJ C 305E of 14/12/2006, p. 163; EU and China: unbalanced trade?, Resolution, 2010/2301(INI), OJ C 264E of 13/9/2013, p. 33; Resolution, 2012/2137(INI), OJ C 36 of 29/1/2016, p. 126; Resolution on the EU-China negotiations for a bilateral investment agreement, 2013/2674(RSP), OJ C 181, 19/5/2016, p. 45; Resolution on EU-China relations, 2015/2003(INI), OJ C 399, 24/11/2017, p. 92.

83 *European Commission*, EU requests WTO consultations with China over export restrictions on raw materials, press release IP/09/986.

84 See, e.g., *Small*, Why Europe Is Getting Tough on China: And What It Means for Washington, Foreign Affairs, 3/4/2019, available at: <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2019-04-03/why-europe-getting-tough-china> (29/6/2025).

85 *Babić/Dixon*, The Chinese Journal of International Politics 2022/2, p. 111, 112; *Ghiretti*, in: Hillebrand Pohl et al. (eds.), p. 95.

86 *Rencz*, Asia Europe Journal 2023/21, p. 331; *Godement*, in: Shambaugh (ed.), p. 251, 267; *Pavličević*, in: Pavličević/Talmacs (eds.), p. 67, 76.

87 *European Commission*, The EU and China signed a key partnership on 5G, our tomorrow's communication networks, IP/15/57/15.

88 *European Commission/High Representative*, Joint Communication: A strategic outlook, JOIN(2019) 5 final, p. 9; *European Parliament*, Resolution on security threats connected with the rising Chinese technological presence in the EU and possible action on the EU level to reduce them, 2019/2575(RSP).

89 *Cristiani et al.*, p. 5; *Duchâtel*, China Trends 2024/20, p. 3; *Vangeli*, China-CEE Institute, Working Paper 2018/19, p. 6, 19.

Chinese investment must comply with EU law,<sup>90</sup> and the European Parliament expressed its concern “about state-orchestrated acquisitions” that “might hinder European strategic interests, public security objectives, competitiveness and employment”.<sup>91</sup>

### III. Stage 3: Securitising moves in the economic domain (from 2019)

In accordance with the above developments, the EU institutions gradually moved away from viewing China as an opportunity to a threat.<sup>92</sup> Already by 2015, the European Parliament called for a rapid reassessment of EU-China strategic priorities, “as a matter of urgency”.<sup>93</sup> In 2019, the EU Commission eventually abandoned the “major strategic partner” narrative which had guided the EU’s 2003 external action strategy on China. Instead, in its 2019 Strategic Outlook, the Commission highlighted “security concerns” and advocated a “tripartite” approach: China as a cooperation partner, economic competitor, and systemic rival.<sup>94</sup> In the subsequent Commission communications, which the Commission uses to set out CCP priorities, it stressed that considering the “unprecedented” rise of “China’s economic power and political influence”, the “balance of challenges and opportunities presented by China [had] shifted”. This finding was reflected also in statements of the EEAS and the Parliament of this time.<sup>95</sup>

The Commission acted further. As a particularity of the EU legislative process under the Treaties (i.e., EU primary law), it is for the Commission to propose EU secondary legislation such as regulations and directives.<sup>96</sup> This is a powerful tool allowing the Commission to shape EU policies including the CCP. The Commission used this tool to propose several instruments which could serve to strengthen FDI control and to protect European businesses against unfair advantages of their foreign, particularly Chinese, competitors.

The first measure of relevance in this context was the FDI Screening Regulation.<sup>97</sup> The Commission had proposed a Regulation on FDI Screening already in 2017 in order to introduce a basic harmonization of intervention standards and

90 *European Commission/High Representative*, Elements for a New EU Strategy on China, JOIN(2016) 30 final, p. 7.

91 *European Parliament*, Resolution on the state of EU-China relations, 2017/2274(INI).

92 Pavličević, in: Pavličević/Talmacs (eds.), p. 67–92.

93 *European Parliament*, Resolution on EU-China relations, 2015/2003(INI).

94 *European Commission/High Representative*, Joint Communication: A strategic outlook, JOIN(2019) 5 final, p. 1, 3.

95 *European Commission/High Representative*, Joint Communication: A strategic outlook, JOIN(2019) 5 final; EEAS, EU-China Relations, April 2022, available at: [https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/EU-China\\_Factsheet\\_01Apr2022.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/EU-China_Factsheet_01Apr2022.pdf) (19/8/2025); European Parliament, Report on a new EU-China strategy, (2021/2037(INI), A9-0252/2021.

96 Art. 288, 289(1) TFEU.

97 Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union, OJ L 79I of 21/3/2019, p. 1.

to establish a framework for cooperation. While some Member States, such as Germany, France, and Italy, had well-developed FDI screening mechanisms that scrutinized acquisitions particularly in critical infrastructure, technology, and sensitive sectors; others either lacked such frameworks or had only minimal measures in place. This patchwork of national approaches created gaps in the EU's ability to protect its collective security and economic interests. The Regulation sought to address these gaps by aligning FDI screening across the EU to ensure a coordinated and effective response to risks posed by foreign investments.<sup>98</sup> The Regulation was adopted by both the European Parliament and the Council on 19 March 2019 and entered into force 20 days later, in April 2019.<sup>99</sup>

In the following years, economic competition and systemic rivalry between the EU and China further heightened.<sup>100</sup> The European Parliament called for an audit of EU reliance on China in critical sectors already in 2021.<sup>101</sup> Hence, the Commission initiated or revived several legislative measures, in addition to the FDI Screening Regulation:

- In 2021, the Commission proposed a Regulation on foreign subsidies, which would introduce a control regime similar to the State aid rules (Art. 107 ff. TFEU) in relation to third countries.<sup>102</sup> The Regulation was adopted in 2022 and entered into force in 2023.<sup>103</sup>
- Also in 2021, the Commission proposed an Anti-Coercion Instrument, which was adopted as a regulation two years later. Although this instrument originally had been proposed in reaction to U.S. sanctions against companies that helped construct the Nord Stream 2 pipeline, the policy debate was fueled when Lithuanian companies encountered substantial difficulties in their China trade after Lithuania had announced it was improving trade relations with Taiwan.<sup>104</sup>
- In 2022, the Commission succeeded in getting the International Procurement Instrument (IPI) adopted by EU legislature, which would allow the EU to restrict access to its procurement markets for companies from countries (notably China)

98 See Rec. 4, 6 of Reg. 2019/452.

99 Art. 289(1) TFEU, Art. 17 of Regulation (EU) 2019/452.

100 *Brinza et al.*, p. viii.

101 *European Parliament*, Report on a new EU-China strategy, 2021/2037(INI), 26/7/2021.

102 *EU Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, COM(2021) 223 final.

103 Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on foreign subsidies distorting the internal market, OJ L 330 of 23/12/2022, p. 1; see on the first cases thereunder: <https://competition-cases.ec.europa.eu/search?caseInstrument=InstrumentFS>.

104 Regulation (EU) 2023/2675 of the European Parliament and of the Council of 22 November 2023 on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries, (OJ L 2675 of 7/12/2023, p. 1. On the Lithuanian case, see: *Duchâtel*, Effective Deterrence? The Coming European Anti-Coercion Instrument, 2/12/2022, available at: <https://www.institutmontaigne.org/en/expressions/effective-deterrence-coming-european-anti-coercion-instrument> (19/8/2025).

that did not offer EU firms similar access.<sup>105</sup> The Commission had proposed this instrument already in 2012 and submitted an amended proposal in 2016 after the “Made in China 2025” revealed that Chinese markets for the award of public contracts to undertakings would not be opened in a satisfactory manner.<sup>106</sup>

Further, the Commission took steps to modernise the EU’s basic anti-dumping and anti-subsidy regulations to make them more effective and responsive. This would include a new anti-dumping methodology, faster investigations, and more support for small companies in pursuing cases.<sup>107</sup>

The EU-China relationship was complicated further by open tensions on the international arena between the U.S. and China, reflected in repeated statements by presidential candidate Donald Trump in 2020 that the U.S. would “de-couple” its economy from China.<sup>108</sup> Under the impression of the global semiconductor shortage during the COVID-19 pandemic, which exposed Europe’s dependence on foreign supply chains, and taking account of the Commission’s own strategic autonomy goals as well as pushes by Member States and industry stakeholders (e.g., the Semiconductor Coalition), Commission President von der Leyen in 2023 opted for a more moderate approach, presenting a “de-risk, not de-couple” strategy. Nevertheless, she explicitly cited risks to economic and national security from trade and investment with China as being the reason for the policy change.<sup>109</sup> Von der Leyen highlighted dependencies on critical raw materials, high-speed rail, renewable energy, and emerging technologies, emphasizing the need for open strategic autonomy.<sup>110</sup> With this, the EU’s objective had become to foster its open strategic autonomy against China, focusing on diminishing strategic dependencies, diversifying economic ties and supply chains, and mitigating risks arising from economic engagement with the superpower.<sup>111</sup>

105 Regulation (EU) 2022/1031 of the European Parliament and of the Council of 23 June 2022 on the access of third-country economic operators, goods and services to the Union’s public procurement and concession markets and procedures supporting negotiations on access of Union economic operators, goods and services to the public procurement and concession markets of third countries (International Procurement Instrument – IPI), OJ L 173 of 30/6/2022, p. 1.

106 See *Monopolies Commission*, Biennial Report, Competition 2023, 2020, paras. 694–696 on the details. On the first case under the IPI, see below section D.V.

107 See for the details: Europe’s Trade Defence Instruments – Now stronger and more effective, 7/11/2022; available at: <https://circabc.europa.eu/ui/group/2e3865ad-3886-4131-92bb-a71754ffec6/library/a43ebafe-aefc-46f6-a56c-e3a4896a7c71/details> (19/8/2025).

108 See *Reuters*, Trump again raises idea of decoupling economy from China, 8/9/2020; see on this also *Liu*, *Journal of Information Technology & Politics* 2025/1, pp. 32–48.

109 *European Commission President von der Leyen*, Speech on EU-China relations, SPEECH/23/2063.

110 *European Commission President von der Leyen*, Speech on EU-China relations, SPEECH/23/2063.

111 *Bartsch/Wessling*, in: *Bartsch/Wessling* (eds.), p. 9; *Brinza et al.*, EU-China relations: De-risking or de-coupling – the future of the EU strategy towards China. European Parliament., PE 754.446, March 2024, p. 65, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO\\_STU\(2024\)754446\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO_STU(2024)754446_EN.pdf) (both: 19/8/2025); *Gräff/Schmalz*, *Competition & Change*, 2023, p. 2.

Shortly after the Commission had announced the “de-risking” strategy, this strategy was formalized in two steps: first, in the Joint Communication of the Commission and High Representative on European Economic Security Strategy (EESS) of June 2023, and second, in a related package of five initiatives from January 2024. These initiatives focused on:

- Competitiveness (“promote”),
- Resilience in view of economic security risks (“protect”), and
- Cooperation with like-minded countries (“partnering”).<sup>112</sup>

The Joint Communication emphasized that the strategy would be developed “in full respect of Member States’ prerogatives” and underlined the need for a “cohesive and impactful common EU approach”.<sup>113</sup>

While the EESS has been formulated in general terms without explicitly mentioning China, the indirect references are discernible.<sup>114</sup> In line with this, other EU policymakers and institutions have openly stressed that the EESS is driven by and aims to minimize risks from economic flows and dependencies on authoritarian regimes like China.<sup>115</sup> In particular, China’s export restrictions on raw materials, such as on gallium and germanium, were identified as threats to the EU’s economic security on several occasions.<sup>116</sup> Arguing that China was “clearly shifting the course of [EU-China] relations towards systemic rivalry”, the EU institutions called “to act in unity” in order to ensure the EU’s economic security.<sup>117</sup>

#### IV. Stage 4: Divergent audience response by EU Member States

The Member States – as the Commission’s audience – reacted in two *fora* to the shift in EU policies. One *forum* consisted in the EU institutions where the representatives of Member States with a nationally delegated mandate would come together, i.e., the European Council and the Council, here meeting as the EU Foreign Affairs Council (FAC). The second *forum* was formed by the Member States individually, as independent subjects of international law.

112 *European Commission/High Representative*, Joint Communication on “European Economic Security Strategy”, JOIN(2023) 20 final.

113 *European Commission*, Communication: Advancing European economic security: an introduction to five new initiatives, COM(2024) 22 final.

114 *Reiterer/Houng*, *The Journal of East Asian Affairs* 2023/2, p. 169, 176.

115 *European Parliament*, Report on the security and defence implications of China’s influence on critical infrastructure in the European Union, 2023/2072(INI), A9-0401/2023; *EEAS*, Economic security: a new horizon for EU foreign and security policy, 23/06/2023, available at: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/economic-security-new-horizon-eu-foreign-and-security-policy\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/economic-security-new-horizon-eu-foreign-and-security-policy_en) (19/8/2025).

116 *European Commission President von der Leyen*, 2023 State of the Union Address, SPEECH/23/4426, 12/9/2023; *European Commission President von der Leyen*, SPEECH/23/5851.

117 *European Commission President von der Leyen*, SPEECH/23/5851, 15/11/2023; *European Council*, Conclusions of meeting (29 and 30 June 2023), EUCO 7/23, ST-7-2023-INIT.

While the FAC broadly supported the EU's new China strategy just after it was released in 2019 and the European Council later in 2020 expressly reaffirmed the EU's retuned approach towards China, the reactions of individual Member States varied.<sup>118</sup> France, Germany, and Austria expressed support for a more determined EU approach on China, sharing concerns about China exploiting divisions among EU countries.<sup>119</sup> Germany, in particular, considerably shifted its stance on China, emphasizing national security concerns, missing reciprocity, and the erosion of German technological advantage, thus advocating for selective protectionism.<sup>120</sup> Sweden also aligned with the EU's new tripartite approach, perceiving China as a "long-term and growing threat".<sup>121</sup> However, some countries, like Greece, did not openly perceive China as a threat. Hungary even continued to align with China-desired narratives, actively embracing de-securitisation rather than securitisation vis-à-vis the superpower.<sup>122</sup>

A more or less aligned response among Member States developed in relation to critical infrastructure and here particularly 5G networks. A progressive securitisation of 5G unfolded in numerous EU countries, prompted by warnings from security authorities, intelligence services, and technical specialists.<sup>123</sup> The discourses here swiftly aligned with the EU's 2019 updated strategy on China, highlighting "risks to the EU's security" concerning FDI in "strategic sectors [...], such as the 5G network".<sup>124</sup> While some countries openly banned or limited Chinese 5G equipment due to security concerns (Portugal, Lithuania, Romania, Netherlands, Sweden, Germany), others refrained from official bans (Spain, Greece) but still discreetly sidelined Chinese suppliers.<sup>125</sup>

In contrast, a more divergent response ensued where Member States' interest in controlling their national security regimes were affected. A striking example of this is the FDI Screening Regulation. The Regulation did even not require Member States to implement FDI screening mechanisms from the outset.<sup>126</sup> To the extent that Member States have kept or introduced them, the strictness and scope of these mechanisms vary. For example, the 11 Member States analysed in a recent study

118 See *Foreign Affairs Council*, Main results, 18/03/2019, available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/fac/2019/03/18/>; European Council, Conclusions (1 and 2 October 2020), EUCO 13/20, ST-13-2020-INIT, on the support at the level of EU institutions.

119 Pavličević, in: Pavličević/Talmacs (eds.), p. 67, 69.

120 Cai/Efstathopoulos, *Asia Europe Journal* 2023/21, p. 291, 303; Gräff/Schmalz, *Competition & Change* 2023, p. 7. This would also impact German FDI screening; see, e.g., Bungenberg/Reinhold, in: Bungenberg et al. (eds.), p. 3, 8 ff.

121 Andersson/Lindberg in: Andersson/Lindberg (eds.), p. 14; Bartsch/Wessling, in: Bartsch/Wessling (eds.), p. 10.

122 Andersson/Lindberg, in: Andersson/Lindberg (eds.), p. 15; Jakimów, in: Roy et al. (eds.), p. 121, 136.

123 Friis/Lysne, *Development and Change* 2021/5, p. 1174, 1184.

124 *European Commission/High Representative*, Joint Communication: A strategic outlook, JOIN(2019) 5 final, p. 9.

125 Andersson/Lindberg, in: Andersson/Lindberg (eds.), p. 15; Friis/Lysne, *Development and Change* 2021/5, p. 1174, 1184.

126 Art. 3(1) of Reg. 2019/452.

now have measures to monitor and potentially block risky foreign investments, but only eight have specific regulations for critical infrastructure.<sup>127</sup> Moreover, mandatory notification triggers differ significantly, with five Member States failing to cover all EU-recommended infrastructure sectors. Other divergences remain, as reflected in the Commission's annual FDI Screening Reports.<sup>128</sup>

Divergence between EU countries also existed until the announcement of the EESS in 2023 on the question of participating in China's BRI and the 16+1 formation. The European Parliament had critically noted the "Chinese interest in strategic infrastructure investments in Europe" concerning the BRI already in 2015, and had urged EU institution and Member States "to reflect on the impacts of China's global investments policy".<sup>129</sup> At EU level, this had resulted in the securitisation of Chinese "investment in strategic sectors, acquisitions of critical assets, technologies and infrastructure in the EU" as potentially "posing risks to the EU's security," in line with the EU's updated 2019 approach on China.<sup>130</sup> At Member State level, however, no uniform approach emerged: While some Member States remained considerably engaged with the BRI and the related AIIB, others exited completely, such as Latvia, Lithuania, and Estonia, or at least reduced involvement, like Bulgaria and Romania.<sup>131</sup> Italy participated initially, but withdrew subsequently from the BRI.<sup>132</sup>

The European Council endorsed the EESS formally in June 2023, reaffirming "the EU's multifaceted policy approach towards China, where it is simultaneously a partner, a competitor, and a system rival" and supporting the responsibility of the EU "to reduce critical dependencies and vulnerabilities" and "de-risk and diversify where necessary and appropriate".<sup>133</sup> The "de-risking" approach had not been developed by the Commission autonomously. In fact, this approach already had been emerging among EU Member States for some time, initially mentioned by German Chancellor Olaf Scholz at the end of 2022.<sup>134</sup> But after the formalization

127 *Stec/Legarda*, The Europe-China Resilience Audit: Insights for advancing European resilience, Mercator Institute for China Studies 2024, available at: <https://mercics.org/de/report/europe-china-resilience-audit-insights-advancing-eu-resilience> (19/8/2025).

128 See most recently *European Commission*, Fourth Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union, COM(2024)464. The reports can be found here: <https://circabc.europa.eu/ui/group/be8b568f-73f3-409c-b4a4-30acfc5283/library/8ee4993a-89c2-4680-a07a-872f24ca8708> (19/8/2025).

129 *European Parliament*, Resolution on EU-China relations, 2015/2003(INI).

130 *European Commission/High Representative*, Joint Communication: A strategic outlook, JOIN(2019) 5 final.

131 *Bartsch/Wessling*, in: *Bartsch/Wessling* (eds.), p. 13.

132 *Wright*, Europe changes its mind on China, 2020, p. 2.

133 *European Council*, Conclusions, meeting (29 and 30 June 2023), EUCO 7/2, ST-7-2023-INIT, Nos. 30 and 32.

134 *Benner*, Scholz's Asia month: Preparing Germany for a non-Western-centric world. ThinkChina, 10/11/2022, available at: <https://www.thinkchina.sg/politics/scholz-asia-month-preparing-germany-non-western-centric-world> (19/8/2025).

of the EESS and despite some reservations and divergences, Member States began to implement their national de-risking strategies.<sup>135</sup>

Member States may be classified into four categories in responding to the EU's de-risking approach: early advocates, endorsers and followers, cautious adopters, and opponents.<sup>136</sup> Germany from the start emphasized strong support for de-risking in its national strategy on China, while avoiding decoupling.<sup>137</sup> At the same time, however, the Federal Chancellery treaded cautiously, stressing that de-risking should last with companies.<sup>138</sup> The de-risking agenda gradually found acceptance also with Greece, Italy, Belgium, Ireland, and Sweden, where leading political figures publicly supported de-risking with China.<sup>139</sup> However, some Member States, such as Austria, Portugal, Ireland, Greece, or Bulgaria, while endorsing the EU's "de-risking" strategy, expressed reservations about excessive de-risking, as it could negatively impact their bilateral relations with the superpower.<sup>140</sup> One Member State continuously setting itself apart is Hungary, whose Prime Minister Viktor Orbán publicly opposed de-risking measures against China, instead welcoming Chinese activities to diminish dependencies on Western markets.<sup>141</sup>

## V. Stage 5: Development and execution of common EU policies

Following the 2019 Strategic Outlook, and reinforced by the Joint Communication introducing the EESS in 2023, the EU significantly increased its focus and resources on developing central defensive strategies to address perceived security challenges in its relationship to China.<sup>142</sup> Aligned with its "China threat" narrative, the EU implemented measures to counter this threat, introducing new policies and protective measures previously off the table.<sup>143</sup> As noted before, these measures include defensive tools such as FDI Screening, the Foreign Subsidies Regulation, the International Procurement Instrument, and the Anti-Coercion Instrument. In fact,

135 *Brinza et al.*, EU-China relations: De-risking or de-coupling – the future of the EU strategy towards China. European Parliament., PE 754.446, March 2024, p. 65, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO\\_STU\(2024\)754446\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO_STU(2024)754446_EN.pdf) (19/8/2025).

136 *Andersson/Lindberg*, in: *Andersson/Lindberg* (eds.), p. 11.

137 *Federal Government of Germany*, Strategy on China of the Government of the Federal Republic of Germany, 2023, p. 8, 10, 38, available at: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2608580/49d50fecc479304c3da2e2079c55e106/china-strategie-en-data.pdf> (19/8/2025).

138 *Brinza et al.*, EU-China relations: De-risking or de-coupling – the future of the EU strategy towards China. European Parliament., PE 754.446, March 2024, p. 64, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO\\_STU\(2024\)754446\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO_STU(2024)754446_EN.pdf) (19/8/2025).

139 See, on the Nordic states in particular, *Cristiani et al.*, p. 3.

140 *Andersson/Lindberg*, in: *Andersson/Lindberg* (eds.), pp. 13-14.

141 *Andersson/Lindberg*, in: *Andersson/Lindberg* (eds.), p. 14 on Hungary.

142 *Chimits/Ghiretti/Stec*, Updating the EU action plan on China: De-risk, engage, coordinate. Mercator Institute for China Studies, 2023, p. 1.

143 *Pavličević*, in: *Pavličević/Talmacs* (eds.), p. 67, 87; *Gräf/Schmalz*, Competition & Change 2023, p. 7.

the Commission has already conducted several investigations against Chinese firms under the Foreign Subsidies Regulation, concerning solar panels and wind turbines, scanners, and most recently car parts.<sup>144</sup> Moreover, the first investigation using the International Procurement Instrument, launched in April 2024, concerned discriminatory practices in the Chinese medical devices procurement market, aiming to rebalance EU-China trade and promote fair market access.<sup>145</sup> In 2023, the Commission also put forward proposals for a comprehensive reform of the Customs Union, which would tighten customs controls, remove duty exemptions for low-value parcels (most from China), and implement a surveillance system to detect trade diversion and market distortions.<sup>146</sup> In addition, it initiated trade defence probes concerning battery electric vehicles.<sup>147</sup>

Adding to this is a new focus on more assertive industrial policy measures. This includes efforts to align State aid reviews with the EU's industrial policy objectives by way of Important Projects of Common European Interest (IPCEI).<sup>148</sup> In addition, the EU adopted its Chips Act, the Critical Raw Materials Act (CRMA) and the Net Zero Industry Act (NZIA).<sup>149</sup> The Chips Act aims to bolster Europe's semiconductor ecosystem by introducing EU and Member State subsidies for manufacturing facilities, funding for research and innovation, and measures to streamline administrative procedures for chip production projects. The Critical Raw Materials Act addresses supply chain vulnerabilities by setting targets for domestic

144 See 16/2/2024 CRR (China) in Bulgaria, 3/4/2024 Enervo/Longi (Romania) and Shanghai Electric (photovoltaics); *Vice President Vestager*, speech of 9/4/2024 (re wind turbines); Cases T-284/24 and C-720/24 P(R), Nuctech Warsaw (re scanners); EU probes Hungarian subsidies to BYD under new foreign subsidies rules, *Central European Times*, 24/3/2025, available at: <https://centraleuropeantimes.com/eu-investigates-hungarian-subsidies-to-byd-under-new-foreign-subsidies-rules/> (19/8/2025).

145 See on this investigation: [https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/public-procurement/international-procurement-instrument/china-medical-devices\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/public-procurement/international-procurement-instrument/china-medical-devices_en) (19/8/2025).

146 See for the details: [https://taxation-customs.ec.europa.eu/customs/eu-customs-reform\\_en](https://taxation-customs.ec.europa.eu/customs/eu-customs-reform_en) (19/8/2025).

147 *Grieger*, EU anti-subsidy probe into electric vehicle imports from China, 18/10/2023 (Euro. Parliament Members' Research Service, 4/7/2024), available at: <https://epthinktank.eu/2024/07/04/eu-anti-subsidy-probe-into-electric-vehicle-imports-from-china/> (19/8/2025).

148 *European Commission*, Communication: Criteria for the analysis of the compatibility with the internal market of State aid to promote the execution of important projects of common European interest, OJ C 528, 30/12/2021, p. 10.

149 Regulation (EU) 2023/1781 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 establishing a framework of measures for strengthening Europe's semiconductor ecosystem and amending Regulation (EU) 2021/694 (Chips Act), OJ L 229 of 18/9/2023, p. 1; Regulation (EU) 2024/1252 of the European Parliament and of the Council of 11 April 2024 establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials and amending Regulations (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1724 and (EU) 2019/1020, OJ L, 2024/1252 of 3/5/2024; Regulation (EU) 2024/1735 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on establishing a framework of measures for strengthening Europe's net-zero technology manufacturing ecosystem and amending Regulation (EU) 2018/1724, OJ L, 2024/1735 of 28/6/2024.

sourcing and recycling, facilitating permitting processes, and providing financial incentives for strategic projects. Finally, the Net-Zero Industry Act seeks to accelerate the transition to clean energy technologies by simplifying regulatory procedures, offering subsidies for green technology manufacturing, and prioritizing projects of strategic importance within the EU.

The driving forces behind the adoption of these measures were not only the Commission's own strategic autonomy goals and pushes by Member States and industry stakeholders (e.g., the Semiconductor Coalition), but also the global semiconductor shortage during the COVID-19 pandemic, which exposed Europe's dependence on foreign supply chains. Another important factor were foreign measures like the U.S. CHIPS and Science Act.<sup>150</sup> The Union's – again – rather defensive interest may explain why the EU started to develop more offensive policies under the “promote” limp of the EESS only with a time lag. Important measures to mention here include:

- The aforementioned<sup>151</sup> Commission Communication on Advancing European Economic Security (January 2024), which places a focus on enhancing the EU's scientific, technological, and industrial base;<sup>152</sup>
- The Proposal for a Council Recommendation on enhancing research security, which advocates support of R&D in strategic sectors such as advanced electronics and dual-use technologies.<sup>153</sup>
- The Commission Recommendation on Reviewing Outbound Investments of January 2025, which militates in favour of actively monitoring and potentially restricting outbound investments to protect and promote strategic technological capabilities within the EU.<sup>154</sup>

Overall, the implementation of the new EU policies at Member State level has not been straightforward, however. This is particularly true when it comes to FDI screening. The Commission's annual FDI screening reports show an increase in both the number of national screening frameworks and screened cases.<sup>155</sup> But still not all countries have shown the willingness to align national policies. Notably, Hungary, despite formally adopting a mechanism, has continued to prioritize attracting Chinese investment rather than assessing risks.<sup>156</sup>

150 H.R.4346.

151 See Sec. 4.5.3 (on step 3) above.

152 *European Commission*, Communication: Advancing European economic security: an introduction to five new initiatives, COM(2024) 22 final.

153 *European Commission*, Proposal for a Council Recommendation on enhancing research security, COM(2024) 26 final.

154 *European Commission*, Recommendation (EU) 2025/63 of 15 January 2025 on reviewing outbound investments in technology areas critical for the economic security of the Union, C/2025/39.

155 <sup>155</sup> *European Commission*, Third Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union, COM(2023)590.

156 <sup>156</sup> *Andersson/Lindberg*, in: Andersson/Lindberg (eds.), pp. 14–15.

## VI. Stage 6: Routinization and New Status Quo

The last years have clearly produced a shift from the status quo in EU-China relations through revised political agendas and practices to address the perceived threat from China both at the EU and Member State level. Since the 2019 China strategy, key EU institutions (European Commission, European Parliament, European External Action Service) have consistently employed the “tripartite” approach in their communications. President von der Leyen’s “de-risking” agenda, integrated into the EESS, has emphasized collective action.<sup>157</sup> These securitisation efforts are reflected in Member States’ national discourses and were reaffirmed by EU leaders in June 2023.

EU policies addressing economic imbalances and related concerns, such as the FDI screening mechanism, have been well-received by Member States, though divergences in the national interest and policy approaches could not be overcome completely. This also has contributed to a Commission proposal and subsequent discussion on another reform of European FDI rules.<sup>158</sup> National measures in line with EU policies have been taken in those areas where perceived economic and national security risks align, particularly concerning 5G networks and Chinese equipment. Still, persistent differences in Member States’ views on whether China constitutes a security threat hinder coherent implementation of EU policies. Consequently, a fully realized new status quo has not yet been achieved, in which China is uniformly perceived as an existential threat and all 27 Member States adopt corresponding measures of condemnation.

The lack of unity has more profound underlying reasons than the individual instances of opposition by Member States to EU policy advances may reveal. To some extent, it is due to fundamentally differing views on the state’s role in the market and its influence on business and investment.<sup>159</sup> Germany, for example, has historically opposed protectionist measures due to its export-oriented economy and strong economic ties with China.<sup>160</sup> Some Member States, e.g., France and Germany, but also e.g. Hungary, seem to believe that the responsibility for economic security and related tools for ensuring it still primarily lies within Member States’

157 *European Commission President von der Leyen*, Speech, SPEECH/23/2063.

158 *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the screening of foreign investments in the Union and repealing Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council, COM (2024) 23 final; see most recently on this: *European Commission (DG TRADE)*, Interinstitutional talks begin on EU’s revised FDI screening mechanism, 17/6/2025, available at: [https://policy.trade.ec.europa.eu/news/interinstitutional-talks-begin-eus-revised-fdi-screening-mechanism-2025-06-17\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/news/interinstitutional-talks-begin-eus-revised-fdi-screening-mechanism-2025-06-17_en) (19/8/2025).

159 *Brinza et al.*, EU-China relations: De-risking or de-coupling – the future of the EU strategy towards China. European Parliament., PE 754.446, March 2024, p. 64, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO\\_STU\(2024\)754446\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXPO_STU(2024)754446_EN.pdf) (19/8/2025).

160 *Chan/Mennier*, *The Review of International Organizations* 2022/17, p. 513, 525 ff.

exclusive competencies.<sup>161</sup> In any event, while Member States are willing to support EU measures protecting them against national security threats (cf. Art. 4(2) TEU, Art. 346 TFEU), they are wary about the EU expanding the scope of the CCP and economic security.

Moreover, some Member States have developed specific national China strategies, while others prefer a more decentralized approach or do not prioritize China domestically, which leads to varying degrees of implementation of EU-level measures. EU countries also generally differ on their risk perception and assessment of China due to significant variations in their degrees of vulnerability towards the superpower.<sup>162</sup> Bulgaria, for instance, expresses little concern about China. Ireland and Slovakia, with substantial economic links to China, may be more cautious.<sup>163</sup> Some Member States also have reservations about EU policies to avoid escalating tensions with China and to distance themselves from the U.S. approach, which sometimes is perceived as overly aggressive and self-serving.<sup>164</sup>

Finally, divergent economic dynamics between large Member States (France, Germany) among themselves and between large Member States on the one hand and smaller ones on the other are straining the Member States' ability to contribute effectively to the definition of EU common policies while decreasing political stability weakens their leaders' positions and limits their influence in EU discussions.<sup>165</sup>

These divergences may eventually have to be accepted as reflecting the division of competences between the EU and its Member States. Some further alignment, however, may take place step by step through *ex-post* court review. The ECJ has only limited jurisdiction on matters affecting the CFSP. That being said, it has been using its jurisdiction on the CCP and its power to demarcate its jurisdiction where the issues involve powers of the EU institutions relating to Union competences outside the CFSP (Art. 40 TEU, Art. 275 TFEU) in order to navigate the division of competences between the EU and its Member States.

161 *Brinza et al.*, EU-China relations: De-risking or de-coupling – the future of the EU strategy towards China. Study for European Parliament., PE 754.446, March 2024, p. 65, available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXP\\_O\\_STU\(2024\)754446\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/754446/EXP_O_STU(2024)754446_EN.pdf) (19/8/2025).

162 *Stec/Legarda*, Mercator Institute for China Studies 2024, available at: <https://merics.org/en/report/europe-china-resilience-audit-insights-advancing-eu-resilience> (19/8/2025).

163 *Andersson/Lindberg*, in: Andersson/Lindberg (eds.), pp. 14–15.

164 *Puglierin/Zerka*, Keeping America close, Russia down, and China far away: How Europeans navigate a competitive world, 2023, available at: <https://ecfr.eu/publication/keeping-america-close-russia-down-and-china-far-away-how-europeans-navigate-a-competitive-world/> (19/8/2025); *Reiterer/Houng*, The Economic Security Tightrope: EU Economic Security Strategy, Friend-Shoring, and European Relations with Indo-Pacific States. *The Journal of East Asian Affairs* 2023/2, p. 169, 176.

165 *Buti/Messori*, Divergent economic dynamics grind down the Franco-German EU axis, Bruegel, 28/6/2024, available at: <https://www.bruegel.org/first-glance/divergent-economic-dynamics-grind-down-franco-german-eu-axis> (19/8/2025); *Hess*, Domestic political crises pose obstacles to Franco-German alliance, *euronews*, 12/11/2024; available at: <https://www.euronews.com/my-europe/2024/11/12/political-crises-pose-obstacles-to-franco-german-tandem> (19/8/2025).

Thus, the ECJ has held that “compelling reasons of public security” cover both internal and external security of a Member State, including threats “to the functioning of the institutions and essential public services and the survival of the population, as well as the risk of a serious disturbance to foreign relations or to peaceful coexistence of nations, or a risk to military interests”. According to the same judgment, “compelling reasons of public order” must go beyond an infringement of the law and involve a “genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society”.<sup>166</sup>

This EU jurisprudence does not exclude that, based on their national constitutions, some Member States interpret those terms more broadly, encompassing a wider range of national interests and societal norms as well as elements of security specific to their national context and perceived threats. Nevertheless, it must be noticed that the ECJ has been extending its jurisdiction gradually in the CFSP: The ECJ has stressed repeatedly that derogations from the rule of general jurisdiction in Article 19 TEU must be interpreted narrowly.<sup>167</sup> In line with this, it has held that it can give preliminary rulings on questions concerning the demarcation of its competences.<sup>168</sup> Notably, this also covers the question whether EU institutions circumvent the Court’s jurisdiction by adopting legislative acts without use of a legislative basis where the Court would have jurisdiction.<sup>169</sup> However, the ECJ has also ruled that the principles of conferral and of institutional balance bind the Court and apply in the CFSP area.<sup>170</sup> They must still be observed where the concern is that Member States may be using their remaining powers in the shared-competence area of internal market policies (Art. 4(2)(a) TFEU) to circumvent EU law.<sup>171</sup>

## E. Conclusion

As European Commission President Ursula von der Leyen publicly noted, EU-China relations have become “more distant and more difficult in the last few years.”<sup>172</sup> The transformation from strategic partnership to systemic rivalry reflects deepening concerns over economic security and geopolitical tensions. Yet, despite an increased awareness of shared challenges, the EU’s ability to act collectively

166 ECJ, Case C-373/13, *HT v Land Baden-Württemberg*, judgment of 24 June 2015, ECLI:EU:C:2015:413, paras. 78–79.

167 ECJ, Case C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*, judgment of 10 September 2024, ECLI:EU:C:2024:723, para. 35; ECJ, Joined Cases C-29/22 P and C-44/22 P, *KS and KD*, judgment of 10 September 2024, ECLI:EU:C:2024:725, para. 62.

168 ECJ, Case C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*, judgment of 10 September 2024, ECLI:EU:C:2024:723, para. 43.

169 ECJ, Case C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*, judgment of 10 September 2024, ECLI:EU:C:2024:723, para. 45; see also *Giegerich*, ZEuS 2024/4, pp. 616–617.

170 ECJ, Joined Cases C-29/22 P and C-44/22 P, *KS and KD*, judgment of 10 September 2024, ECLI:EU:C:2024:725, paras. 68 ff.

171 ECJ, Case 106/22, *Xella Magyarország*, judgment of 13 July 2023, ECLI:EU:C:2023:568, para. 38 (there with reference to (Art. 3(6) of Regulation (EU) 2019/452).

172 *European Commission President von der Leyen*, Speech, SPEECH/23/2063.

remains constrained – not least due to divergent national interests among Member States.

These divergences are not merely political but grounded in differing economic exposures and dependencies on China. The varying reliance on Chinese trade or investment affects Member States' willingness to support the development and employment of robust EU-level economic security instruments. The difficult negotiations over the EU-China Comprehensive Investment Agreement and the stalled ratification process – blocked in part by opposition from the European Parliament and Member States<sup>173</sup> – highlight how EU interests, as well as national economic priorities and security concerns increasingly pull in different directions. This renders the formation of a coherent EU position on China a complex and fragile endeavor.

From a legal perspective, the Treaty framework offers important but underutilized tools to promote coherence. Initiatives like the European Economic Security Strategy illustrate how the Commission can use its legislative competences under the CCP to strengthen coordination among Member States. In addition, Articles 21(3)(2), 24(3), 32, and 34 TEU require Member States to coordinate and mutually consult in foreign policy matters, including those touching economic security. Yet, these provisions leave substantial political discretion and their application within the CFSP is still subject to a limited court review. This makes it difficult to compel coherence in practice where economic or national security interests diverge. Thus, in both the CFSP and CCP contexts, the EU's external posture is still shaped less by legal obligations and more by political will and internal consensus-building.

To move forward, the EU should focus on making better use of existing legal mechanisms to clarify Member State obligations and enhance practical coherence. This includes seeking judicial clarification from the ECJ where feasible, particularly regarding coordination duties under the TEU. It also requires sustained political efforts to build shared resilience, rather than short-term national advantage, into EU foreign and economic security policy. A nuanced approach that respects the principle of subsidiarity while enabling more decisive Commission action – especially in trade and investment regulation – may help to bridge the gap between political fragmentation and the need for strategic unity.

In sum, while the current legal and political architecture poses real limits, a more coherent and consistent EU foreign policy on China is possible. Its evolution depends on strategic agenda-setting and normative clarity, at both EU and national

173 See on this on this, e.g., *European Parliament*, MEPs refuse any agreement with China whilst sanctions are in place, press release, 20/3/2021, available at: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210517IPR04123/meps-refuse-any-agreement-with-china-while-sanctions-are-in-place> (19/8/2025); *Le Corre*, Europe's China Challenge: The Narrow Path for France, Germany, and the EU, Asia Society Policy Institute, April 2023, available at <https://asiasociety.org/policy-institute/europes-china-challenge-narrow-path-france-germany-and-eu> (19/8/2025); *Telò*, JCMS 2021/1, p. 162; *Freeman*, in: Svetlicinii/Chen (eds.), p. 15 ff.

levels, creative use of existing instruments, and renewed political commitment to confronting systemic rivalry with a unified voice.

## **Bibliography**

- ALGERI, FRANCO, *EU Economic Relations with China: An Institutional Perspective*, The China Quarterly, 2002, Vol. 169, pp. 64–77. <https://doi.org/10.1017/s0009443902000062>
- ANDERSSON, PATRIK; LINDBERG, FRIDA (Eds.), *National Perspectives on Europe's De-risking from China*, European Think-tank Network on China, June 2024, available at: [https://merics.org/sites/default/files/2024-06/ETNC%202024\\_National%20Perspectives%20on%20Europe%E2%80%99s%20De-risking%20from%20China\\_FINAL\\_low.pdf](https://merics.org/sites/default/files/2024-06/ETNC%202024_National%20Perspectives%20on%20Europe%E2%80%99s%20De-risking%20from%20China_FINAL_low.pdf)
- BARTSCH, BERNHARD; WESSLING, CLAUDIA (Eds.), *From a China strategy to no strategy at all: Exploring the diversity of European approaches*, European Think-tank Network on China, July 2023, available at: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2023/08/etnc-from-a-china-strategy-to-no-strategy-at-all-exploring-the-diversity-of-european-approaches.pdf>
- BAUERLE DANZMAN, SARAH; MEUNIER, SOPHIE, *Mapping the Characteristics of Foreign Investment Screening Mechanisms: The New PRISM Dataset*, International Studies Quarterly, 2023, Vol. 67(2), pp. 1–11. <https://doi.org/10.1093/isq/squad026>
- BENGTTSSON, LOUISE; RHINARD, MARK, *Securitisation across borders: the case of “health security” cooperation in the European Union*, West European Politics, 2018, Vol. 42(2), pp. 346–368. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510198>
- BRINZA, ANDREEA; BĚRZIŇA-ČERENKOVA, UNA ALEKSANDRA; LE CORRE, PHILIPPE; SEAMAN, JOHN; TURCSÁNYI, RICHARD; VLADISAVLJEV, STEFAN, *EU-China relations: De-risking or de-coupling – the future of the EU strategy towards China*, European Parliament, 2024, available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EX-PO\\_STU\(2024\)754446](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EX-PO_STU(2024)754446)
- BUNGENBERG MARC; REINHOLD, PHILIPP, *Difficult Times in Investment Relations Between China and Germany: The Cases of Siltronic/GlobalWafers and COSCO/HHLA*, in: Bungenberg, Marc/Chi, Manjiao/Jusoh, Sufian/Ranjan, Prabhash/Rustambekov, Islambek (eds.) *Asian Yearbook of International Economic Law* 2023, pp. 3–22
- BUZAN, BARRY; WÆVER, OLE, *Regions and powers: The Structure of International Security*, 1st edition, Cambridge, 2003
- BUZAN, BARRY; WÆVER, OLE; DE WILDE, JAAP, *Security: A New Framework for Analysis*, 1st edition, Colorado/London, 1998

- CACHIA, JEAN CLAUDE; DEBATTISTA, ANDRÉ P., *Political narrative, collective EU security and the State of the Union*, European Politics and Society, 2022, Vol. 24(5), pp. 703–719. <https://doi.org/10.1080/23745118.2022.2082035>
- CAI, YU-HAN; EFSTATHOPOULOS, CHARALAMPOS, *Between economic openness and strategic caution: Germany's response to China's investment*, Asia Europe Journal, 2023, Vol. 21, pp. 291–309. <https://doi.org/10.1007/s10308-023-00671-z>
- CALLIESS/RUFFERT, *EUV/AEUV*, 6th edition, München, 2022
- CECCORULLI, MICHELA, *Back to Schengen: the collective securitisation of the EU free-border area*, West European Politics, 2018, Vol. 42(2), pp. 302–322. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510196>
- CHAN, ZENOBIA T.; MEUNIER, SOPHIE, *Behind the screen: Understanding national support for a foreign investment screening mechanism in the European Union*, The Review of International Organizations, 2022, Vol. 17, pp. 513–541. <https://doi.org/10.1007/s11558-021-09436-y>
- CHEN, XUECHEN; GAO, XINCHUCHU, *Analysing the EU's collective securitisation moves towards China*, Asia Europe Journal, 2021, Vol. 20(2), pp. 195–216. <https://doi.org/10.1007/s10308-021-00640-4>
- CHIMITS, FRANÇOIS; GHIRETTI, FRANCESCA; STEC, GRZEGORZ, *Updating the EU action plan on China: De-risk, engage, coordinate*, Mercator Institute for China Studies, 2023, available at: <https://merics.org/en/report/updating-eu-action-plan-china-de-risk-engage-coordinate>
- CHRISTOU, GEORGE, *The collective securitisation of cyberspace in the European Union*, West European Politics, 2018, Vol. 42(2), pp. 278–301. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510195>
- CRISTIANI, DARIO; OHLBERG, MAREIKE; PARELLO-PLESNER, JONAS; SMALL, ANDREW, *The Security Implications of Chinese Infrastructure Investment in Europe*. The German Marshall Fund of the United States (GMF), 2021, available at: <https://www.gmfus.org/sites/default/files/2022-01/Cristiani%20et%20al%20-%20report%20%281%29%20Updated.pdf>
- DAUSES/LUDWIGS, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 61th supp., München, 2024
- DUCHÂTEL, MATHIEU, *Critical Infrastructures and Power Games in EU-China Relations – Introduction*. Institut Montaigne, China Trends, 2024, No. 20, available at: [https://www.institutmontaigne.org/ressources/documents/china-trends-20-critical-infrastructures-and-power-games-eu-china-relations\\_0.pdf](https://www.institutmontaigne.org/ressources/documents/china-trends-20-critical-infrastructures-and-power-games-eu-china-relations_0.pdf)
- DUPONT, CLAIRE, *The EU's collective securitisation of climate change*, West European Politics, 2018, Vol. 42(2), pp. 369–390. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510199>

- EROUKHMANTOFF, CLARA, *Securitisation Theory*, in: McGlinchey, Stephen; Walters, Rosie; Scheinpflug, Christian (eds.), *International Relations Theory*, 1st edition, Bristol, 2017, pp. 104–109
- FAIRCLOUGH, NORMAN; FAIRCLOUGH, ISABELA, *A procedural approach to ethical critique in CDA*, *Critical Discourse Studies*, 2018, Vol. 15(2), pp. 169–185. <https://doi.org/10.1080/17405904.2018.1427121>
- FLOYD, RITA, *Security and the Environment: securitisation theory and US environmental security policy*, 1st edition, Cambridge, 2010
- FREEMAN, DUNCAN, *The Political Economy of the EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Balancing the European Union's Economic Interests*, in: Svetlicini, Alexandr; Chen, I-Ju (eds.), *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment*, 1st edition, Cham, 2024, pp. 15–35. [https://doi.org/10.1007/978-3-031-66862-3\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-031-66862-3_2)
- FRIIS, KARSTEN; LYSNE, OLAV, *Huawei, 5G and Security: Technological Limitations and Political Responses*, *Development and Change*, 2021, Vol. 52(5), pp. 1174–1195. <https://doi.org/10.1111/dech.12680>
- GARCÍA-DURÁN, PATRICIA; ELIASSON, L. JOHAN; COSTA, ORIOL, *Commerce and Security Meet in the European Union's Trade Defence Instruments*, *Politics and Governance*, 2023, Vol. 11(4), pp. 165–176. <https://doi.org/10.17645/pag.v11i4.7030>
- GEERAERTS, GUSTAAF, *EU-China Relations*, in: Christiansen, Thomas; Kirchner, Emil; Murray, Philomena (eds.), *The Palgrave Handbook of EU-Asia Relations*, 1st edition, London, 2013, pp. 492–505. [https://doi.org/10.1057/9780230378704\\_32](https://doi.org/10.1057/9780230378704_32)
- GEERAERTS, GUSTAAF, *EU-China Economic Security Cooperation: European Perspective*, *EU-China Security Cooperation: performance and prospects*, Policy Paper Series, Autumn/Winter 2014
- GEERAERTS, GUSTAAF, *The European Union's partnership with China: Navigating between trouble and promise*, in: Song, Weiqing; Wang, Jianwei (eds.), *The European Union in the Asia-Pacific: Rethinking Europe's strategies and policies*, 1st edition, Manchester, 2019, pp. 145–163. <https://doi.org/10.7765/9781526131867.00018>
- GEERAERTS, GUSTAAF; HUANG, WEIPING, *The Economic Security Dimension of the EU-China Relationship: Puzzles and Prospects*, in: Kirchner, Emil J.; Christiansen, Thomas; Dorussen, Han (eds.), *Security Relations Between China and the European Union: From Convergence to Cooperation?*, Cambridge, 2016, pp. 187–208

- GHIRETTI, FRANCESCA, *Screening FDI in the EU: A Cornerstone of an Economic Security Agenda*, in: Hillebrand Pohl, Jens; Warchol, Joanna; Papadopoulos, Thomas; Wiesenthal, Janosch (eds.), *Weaponising Investments*. Springer Studies in Law & Geoeconomics, Vol. 1, Cham, 2023, pp. 95–108. [https://doi.org/10.1007/17280\\_2023\\_2](https://doi.org/10.1007/17280_2023_2)
- GHIRETTI, FRANCESCA; GÖKTEN, MERYEM; GUNTER, JACOB; PINDYUK, OLGA; SEBASTIAN, GREGOR; TONCHEV, PLAMEN; ZAVARSKÁ, ZUZANA, *Chinese Investments in European Maritime Infrastructure*, Research for TRAN Committee, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, PE 747.278, Brussels, September 2023
- GIEGERICH, THOMAS, *The Rule of Law, Fundamental Rights, the EU's Common Foreign and Security Policy and the ECHR: Quartet of Constant Dissonance?*, ZEuS, 2024, Vol. 27(4), pp. 590–629. <https://doi.org/10.5771/1435-439X-2024-4-590>
- GODEMENT, FRANÇOIS, *China's Relations with Europe*, in: Shambaugh, David (ed.), *China and the World*, 1st edition, New York/Oxford, 2020, pp. 251–269. <https://doi.org/10.1093/oso/9780190062316.003.0012>
- GODEMENT, FRANÇOIS; VASSELIER, ABIGAËL, *China at the gates: A new power audit of EU-China relations*. European Council on Foreign Relations, 2017, available at: [https://ecfr.eu/publication/china\\_eu\\_power\\_audit7242/](https://ecfr.eu/publication/china_eu_power_audit7242/)
- GRÄF, HELENA; SCHMALZ, STEFAN, *Avoiding the China shock: How Chinese state-backed internationalization drives changes in European economic governance*, Competition & Change, 2023. <https://doi.org/10.1177/10245294231207990>
- HAACKE, JÜRGEN; WILLIAMS, PAUL D., *Regional Arrangements, Securitization, and Transnational Security Challenges: The African Union and the Association of Southeast Asian Nations Compared*, Security Studies, 2008, Vol. 17(4), pp. 775–809. <https://doi.org/10.1080/09636410802508014>
- HELLMANN, GUNTHER; HERBORTH, BENJAMIN; SCHLAG, GABI; WEBER, CHRISTIAN, *The West: a securitising community?*, Journal of International Relations and Development, 2017, Vol. 20(2), pp. 301–330. <https://doi.org/10.1057/jird.2013.9>
- HOFMANN, STEPHANIE C.; STAEGER, Ueli, *Frame contestation and collective securitisation: the case of EU energy policy*, West European Politics, 2018, Vol. 42(2), pp. 323–345. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510197>
- JAKIMÓW, MAŁGORZATA, *Between Normative Influence and Securitization Dynamic: China's Engagement in the Visegrád Group*, in: Roy, Indrajit; Eckhardt, Jappe; Strokos, Dimitrios; Davidescu, Simona (eds.), *Rising Power, Limited Influence: The Politics of Chinese Investments in Europe and the Liberal International Order*, 1st edition, Oxford, 2024, pp. 121–142. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192887115.003.0007>

- KAUNERT, CHRISTIAN; LÉONARD, SARAH, *The collective securitisation of terrorism in the European Union*, West European Politics, 2018, Vol. 42(2), pp. 261–277. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510194>
- KLEIN, NADIA; KUNSTEIN, TOBIAS; REINERS, WULF, *Assessing EU Multi-lateral Action: Trade and Foreign and Security Policy Within a Legal and Living Framework*, Mercury E-paper, 2010, No. 6
- LIU, KERRY, *America's decoupling from China narrative: development, determinants, and policy implications*, Journal of Information Technology & Politics, 2025, Vol. 22(1), pp. 32–48. <https://doi.org/10.1080/19331681.2023.2208105>
- LUCARELLI, SONIA; SPERLING, JAMES; WEBBER, MARK, *Collective Securitisation and Security Governance in the European Union*, 1st edition, London, 2020
- MALTA-KIRA, THOMAS, *National Security Legislation and National Innovation Systems: An International Trend Towards Investment Controls*, CEBRI-Revista, 2023, Vol. 2(7), pp. 99–116
- MONOPOLIES COMMISSION, *XXIII. Biennial Report: Competition 2020*, 2020, available at: [https://monopolkommission.de/en/reports/biennial-report/s/342-biennial-report-xxiii-competition-2020.html#:~:text=%2C%20Chinese%20companies.",In%20its%20Biennial%20Report%20"Competition%202020"%2C%20the%20Monopolies%20Commission,Affairs%20and%20Energy%2C%20Peter%20Altmaier](https://monopolkommission.de/en/reports/biennial-report/s/342-biennial-report-xxiii-competition-2020.html#:~:text=%2C%20Chinese%20companies.)
- PETKOVA, MIRELA; VAN DER PUTTEN, FRANS-PAUL, *Building the 'Belt and Road' in Europe?*, Clingendael China Centre, Policy Brief, April 2020, available at: <https://www.clingendael.org/publication/building-belt-and-road-europe>
- PAVLIĆEVIĆ, DRAGAN, *Contesting China in Europe: Contextual Shift in China-EU Relations and the Role of "China Threat"*, in: Pavlićević, Dragan; Talmacs, Nicole (eds.), *The China Question: Contestations and Adaptations*, 1st edition, London, 2022, pp. 67–92
- POLITI, ALICE, *The Paradigm-Shift in EU-China Relations and the Limits of the EU's current Strategy towards China: A Relational Perspective*, Asian Affairs, 2023, Vol. 54(4), pp. 670–693. <https://doi.org/10.1080/03068374.2023.2281164>
- PUGLIERIN, JANA; ZERKA, PAWEL, *Keeping America close, Russia down, and China far away: How Europeans navigate a competitive world*, European Council on Foreign Relations, Policy Brief, June 2023, available at: <https://ecfr.eu/publication/keeping-america-close-russia-down-and-china-far-away-how-europeans-navigate-a-competitive-world/>
- REITERER, MICHAEL; HOUNG, LEE IL, *The Economic Security Tightrope: EU Economic Security Strategy, Friend-Shoring, and European Relations with Indo-Pacific States*, The Journal of East Asian Affairs, 2023, Vol. 36(2), pp. 169–212

- RENCZ, FLORA, *The determinants of Chinese foreign direct investment in the European Union*, Asia Europe Journal, 2023, Vol. 21, pp. 331–349. <https://doi.org/10.1007/s10308-023-00673-x>
- ROBERTS, ANTHEA; CHOER MORAES, HENRIQUE; FERGUSON, VICTOR, *Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment*, Journal of International Economic Law, 2019, Vol. 22(4), pp. 655–676. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgz036>
- ROY, INDRAJIT; ECKHARDT, JAPPE; STROIKOS, DIMITRIOS; DAVIDESCU, SIMONA (eds.), *Rising Power, Limited Influence: The Politics of Chinese Investments in Europe and the Liberal International Order*, 1st edition, Oxford, 2024. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192887115.001.0001>
- RUIZ, JORGE RUIZ, *Sociological Discourse Analysis: Methods and Logic*, Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research, 2009, Vol. 10(2). <https://doi.org/10.17169/fqs-10.2.1298>
- SHAMBAUGH, DAVID, *China and Europe: The Emerging Axis*, Current History, 2004, Vol. 103(674), pp. 243–248
- SPERLING, JAMES; WEBBER, MARK, *NATO and the Ukraine crisis: Collective securitisation*, European Journal of International Security, 2016, Vol. 2(1), pp. 19–46. <https://doi.org/10.1017/eis.2016.17>
- SPERLING, JAMES; WEBBER, MARK, *The European Union: security governance and collective securitisation*, West European Politics, 2018, Vol. 42(2), pp. 228–260. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510193>
- STĘPKA, MACIEJ, *The Copenhagen School and Beyond. A Closer Look at Securitisation Theory*, in: Stępką, Maciej (ed.), *Identifying Security Logics in the EU Policy Discourse*, 1st edition, Cham, 2022, pp. 17–31. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-93035-6\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-030-93035-6_2)
- TELÒ, MARIO, *Controversial Developments of EU–China Relations: Main Drivers and Geopolitical Implications of the Comprehensive Agreement on Investments*, Journal of Common Market Studies, 2021, Vol. 59(1), pp. 162–174. <https://doi.org/10.1111/jcms.13226>
- TIETJE, CHRISTIAN; REINHOLD, PHILIPP, *The Control of Foreign Investment into Maritime Infrastructure in Europe*, forthcoming in the *Journal of World Investment & Trade*, draft available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=5145930](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5145930)
- VAN DIJK, TEUN A., *Principles of Critical Discourse Analysis*, Discourse & Society, 1993, Vol. 4(2), pp. 249–283. <https://doi.org/10.1177/0957926593004002006>
- VAN DIJK, TEUN A., *What is Political Discourse Analysis?* Belgian Journal of Linguistics, 1997, Vol. 11(1), pp. 11–52. <https://doi.org/10.1075/bjl.11.03dij>
- VANGELI, ANASTAS, *16+1 and the re-emergence of the China Threat Theory in Europe*, China-CEE Institute, 2018, Working Paper, No. 19, available at: [https://china-cee.eu/wp-content/uploads/2018/08/Work\\_paper-201819.pdf](https://china-cee.eu/wp-content/uploads/2018/08/Work_paper-201819.pdf)

VON DER GROEBEN/SCHWARZE/HATJE, *Europäisches Unionsrecht*, 7th edition, Baden-Baden, 2015

WÆVER, OLE, *Securitization and Desecuritization*, in: Lipschutz, Ronnie D. (ed.), *On Security*, 1st edition, New York, 1995, pp. 46–86

WRIGHT, THOMAS, *Europe changes its mind on China*, The Brookings Institution, July 2020, available at: [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/07/FP\\_20200708\\_china\\_europe\\_wright\\_v2.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/07/FP_20200708_china_europe_wright_v2.pdf)

ZANARDI, CLAUDE, *European Foreign and Security Policy towards China: The Cases of France, Germany and the United Kingdom*, 1st edition, London, 2022



© Marc Ziegler and Thomas Weck

# Applicability of the CISG to Asset Deals

Berkay Doğu Yılmaz\*

## Contents

|                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Introduction                                                         | 483 |
| B. Goods within the meaning of the CISG                                 | 484 |
| C. Contracts for Services, Art. 3(2) CISG                               | 487 |
| D. Sphere of Application of the CISG and Asset Deals                    | 488 |
| I. Asset Deal                                                           | 488 |
| II. Applicability of the CISG to Asset Deals                            | 490 |
| E. Preponderant Part                                                    | 494 |
| I. Decisive Factor for the Preponderant Part of Asset Deals             | 494 |
| II. Determining the Interest and the Will of the Parties in Asset Deals | 496 |
| 1. Role of the Preamble                                                 | 496 |
| 2. Qualitative Approach                                                 | 496 |
| 3. Final Remarks on the Preponderant Part                               | 499 |
| F. Consequences                                                         | 500 |
| G. Conclusion                                                           | 501 |

## Abstract

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) plays a crucial role in facilitating international trade by providing a uniform legal framework for the sale of goods. However, its applicability to asset deals remains a subject of debate. This article examines this issue, focusing on the sphere of the CISG and its approach to defining “goods”, as well as the implications of Article 3(2) CISG, which addresses mixed contracts. The analysis considers the classification of aggregated assets, the significance of the preponderant part in such

\* LL.M. (Bucerius Law School), Research Assistant, Faculty of Law, Istanbul University (Türkiye). Email: berkay.yilmaz@istanbul.edu.tr. This article is adapted from a master's thesis originally written and submitted for the completion of the LL.M. program at Bucerius Law School, Hamburg. I would like to express my sincere gratitude to my thesis supervisors, Prof. Dr. Stefan Kröll and Prof. Dr. Karsten Thorn, for their exceptional supervision and invaluable guidance. I also extend my heartfelt thanks to Prof. Dr. Azra Arkan Serim, Prof. Dr. Sanem Aksoy Dursun, Assoc. Prof. Dr. Cansu Kaya Kızılırmak, Assoc. Prof. Dr. Cüneyt Pekmez, and Research Assistant Canberk Kurugöllü for their unwavering support and for fostering a collaborative environment. Their encouragement and guidance have inspired me to pursue excellence in my research and given me the confidence to publish this article.

transactions and the importance of the parties' intent. The article concludes that the CISG can, under certain conditions, apply to asset deals, particularly where the preponderant part of the assets involved falls within the CISG's sphere.

**Keywords:** CISG, Asset Deals, Mergers and Acquisitions (M&A), Aggregated Assets, Mixed Contracts, Applicability of the CISG

## A. Introduction

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) is a treaty that provides a uniform set of substantive rules for contracts for the international sale of goods.<sup>1</sup> It aims to facilitate international trade by reducing legal obstacles and promoting a common understanding of the rights and obligations of sellers and buyers across different legal systems.<sup>2</sup> The CISG has been adopted by 97 Contracting States and has the potential to cover over 80 per cent of the global trade in goods.<sup>3</sup>

The importance of the CISG as a treaty, which has been ratified by many countries, is undeniable. Thus, it is also important to determine when the CISG shall be applicable. The scope and sphere of application of the CISG are regulated between Art. 1 and 6. Pursuant to Art. 1(1) CISG, the CISG applies to "contracts of sale of goods". Also, for the CISG to apply, the parties to the sales contract shall have their places of business in different states and there must be a connection with the law of a Contracting State.<sup>4</sup> The applicability of the CISG is a complex topic, as there are different views on which properties fall under the definition of "goods" within the meaning of "sale of goods".<sup>5</sup> Even as technology develops, new properties come into question whether they are within the sphere of the CISG or not, such as software and other digital goods like music or video files, etc.<sup>6</sup> Asset deals are one of these controversial topics.<sup>7</sup>

There are different ways for a company to catch up with the market conditions, increase its market share, grow, expand, restructure, or consolidate its operations

1 Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Introduction to the CISG, paras. 10-11; Huber, in: Westermann (ed.), CISG Vorbemerkung, para. 1.

2 Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Introduction to the CISG, para. 2.

3 Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Introduction to the CISG, para. 1; Droese, p. 25; Saenger, in: Hau/Poseck (eds.), CISG Präambel, para. 2; CISG-Online, CISG Contracting States by Entry into Force, available at: <https://ciscg-online.org/cisg-contracting-states/chronological-order> (8/6/2025).

4 Atamer, p. 47; Kaya, pp. 28-32.

5 Mistelis, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, paras. 36-40; Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, paras. 6-7; Huber, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, paras. 13-18.

6 Huber, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, paras. 19-23.

7 Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; Huber, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 18.

and mergers & acquisitions (M&A) are one of these ways.<sup>8</sup> An asset deal is a way to do an acquisition, where the acquisition of selected/specific assets occurs.<sup>9</sup>

The applicability of the CISG to asset deals is a controversial and complex issue that has not been explicitly addressed by the CISG itself. However, it is an issue that needs to be resolved as there are many CISG Contracting States and the asset deal has a big share in the M&A market on a global scale. According to DLA Piper's Global M&A Intelligence Report 2024, asset deals accounted for less than 10 per cent of European deals in 2023. In the United States of America (USA), however, they accounted for more than 30 per cent of the USA deals surveyed.<sup>10</sup> Even though these numbers might seem low, considering that the global M&A deal value was around \$3.5 trillion in 2022 and \$3 trillion in 2023, the asset deal market cannot be underestimated.<sup>11</sup>

Asset deals typically involve the transfer of various types of assets, such as tangible and intangible goods, real estate, contracts, claims, liabilities and goodwill.<sup>12</sup> This leads to the question of whether the CISG can govern the sale of such assets, either as a whole or in part and under what conditions. If it is determined that the CISG can govern asset deals, it would imply that the CISG applies to cross-border M&A when the parties to the asset deal have their places of business in different states and there is a connection to the law of a Contracting State.

This article aims to examine the arguments for and against the applicability of the CISG to asset deals. In order to achieve this, the definition of the goods and Art. 3(2) CISG will be examined. This will enable an understanding of the rationale behind the circumstances in which the CISG is applicable, thereby providing a foundation for the question of whether the CISG can be applied to asset deals. Finally, this article will conclude with an analysis of the applicability of the CISG to asset deals, the prerequisites for such an application and the potential consequences thereof. However, this article will not examine the territorial requirements of the CISG, as there are no particularities specific to asset deals in this regard.

## B. Goods within the meaning of the CISG

The CISG does not contain a definition of "goods" and therefore, it has to be interpreted autonomously according to Art. 7(1) CISG, also the definition shall not be

<sup>8</sup> *Pulaşlı*, p. 71.

<sup>9</sup> *Rosengarten/Burmeister/Klein*, p. 53; *Jaletzke*, in: *Jaletzke/Henle* (eds.), p. 2.

<sup>10</sup> *DLA Piper*, Global M&A Intelligence Report, p. 26, available at <https://www.dlapiper.com/en-br/news/2024/07/dla-piper-global-ma-intelligence-report-2024> (10/5/2024).

<sup>11</sup> *PitchBook*, 2023 Annual Global M&A Report, p. 4, available at <https://pitchbook.com/news/reports/2023-annual-global-ma-report> (10/09/2024).

<sup>12</sup> *Meyer-Sporenberg*, in: *Meyer-Sporenberg/Jäckle* (eds.), § 41, para. 34; *Jaques*, in: *Ettinger/Jaques* (eds.) D. Phase 3: Verhandlung Und Abschluss Des Kaufvertrags I. Kaufgegenstand, para. 9; *Weber*, in: *Hölters* (ed.), Kapitel 9, paras. 9.91-9.109; *Rosengarten/Burmeister/Klein*, pp. 53-54.

determined by the *lex rei sitae*.<sup>13</sup> According to the case law and the literature, goods within the sphere of the CISG are usually new or used, existing, manufactured or created, regardless of form, inanimate or alive, tangible or even maybe intangible (discussed below) goods that are movable at the time of delivery.<sup>14</sup> Live animals,<sup>15</sup> petroleum and petroleum products,<sup>16</sup> gas,<sup>17</sup> organic and inorganic chemicals,<sup>18</sup> medicinal and pharmaceutical products (such as vaccines),<sup>19</sup> and prefabricated buildings<sup>20</sup> are examples of “goods” within the sphere of the CISG. The status of an immovable is dependent on whether the goods are attached to land at the time of delivery and are intended to remain so, for example land or an apartment is not considered to be “goods” under the CISG.<sup>21</sup> The sale of rights is considered to fall outside the sphere of the CISG, e.g. copyrights or licenses.<sup>22</sup>

- 13 *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, para. 36; *Tarman*, p. 36; *Zeytin*, p. 48; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 34; *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 13; *Mankowski*, in: Grunewald (ed.), Art. 1, para. 24; *Wagner*, in: Ball (ed.), CISG Art. 1, para. 9.
- 14 OLG Köln 26.8.1994 – 19 U 282/93, NJW-RR 1995, 245, CISG-Online 132; OLG Köln 21.5.1996 – 22 U 4/96, BeckRS 1996, 122644, CISG-Online 254; *Freiburg*, p. 41; *Piltz*, NJW 2005/30, p. 2127; *Schlechtriem*, Victoria University of Wellington Law Review 2005/4, p. 786; *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, para. 37; *Tarman*, p. 37; *Zeytin*, p. 48; *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 34; *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 13; *Durak*, pp. 20–21; *Mankowski*, in: Grunewald (ed.), Art. 1, para. 24; *Lookofsky*, p. 19; *Droese*, p. 142; *Wagner*, in: Ball (ed.), CISG Art. 1, para. 9.
- 15 LG Flensburg 19.1.2001 – 4 O 369/99, BeckRS 2001, 17005, CISG-Online 619; *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, para. 37; *Zeytin*, p. 48; *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 34; *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 13; *Mankowski*, in: Grunewald (ed.), Art. 1, para. 25.
- 16 Arbitration Court of Latvian Chamber of Commerce and Industry 7.7.2011 – 2011/144, CISG-Online 2647; *ThyssenKrupp Metallurgical Prods. GmbH v. Energy Coal, S.p.A.* Supreme Court of the State of New York 14.10.2015 – 653938/14, CISG-Online 2793.
- 17 Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court) 6.2.1996 – 10 Ob 518/95, CISG-Online 224; *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, para. 37; *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; *Mankowski*, in: Grunewald (ed.), Art. 1, para. 26.
- 18 LG Kleve 11.6.2014 – 2 O 119/13, BeckRS 2014, 12748, CISG-Online 2544; OLG Köln 21.8.1997 – 18 U 121/97, CISG-Online 290.
- 19 Netherlands Commercial Court (Court of Appeal) 19.1.2024, – 200.334.272, CISG-Online 6753; *Janssen/Wahnschaffe*, EuZW 2021/20, p. 878; *von Bary*, ZIP 2021/37, p. 1903.
- 20 Obergericht des Kantons Aargau (Court of Appeal Canton Aargau) 3.3.2009 – ZOR.2008.16 / eb, CISG-Online 2013.
- 21 *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, para. 39; *Zeytin*, p. 48; *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 1, para. 53; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 35; *Droese*, p. 142.
- 22 *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, para. 39; *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 1, para. 56; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 36; *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 16; *Brunner/Meier/Stacher*, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 2, para. 2; *Wagner*, in: Ball (ed.), CISG Art. 1, para. 10; *Zeytin*, p. 50.

There are discussions regarding the intangibles such as know-how or software about whether they can be considered “goods”. According to the broadly interpreted view, “goods” can be all kinds of things that are movable, definable and transferable, regardless of whether they are tangible or not.<sup>23</sup> Because the CISG does not limit its sphere to tangible goods and Art. 2(f) CISG expressly excludes electricity, it can be concluded that there is no categorical exclusion of all intangible goods.<sup>24</sup> Moreover, according to the preamble to the CISG, the CISG should be kept open to future developments which can only be achieved by a broad interpretation.<sup>25</sup> A second view is that for an intangible to fall within the sphere of the CISG, it must be embodied in writing or in an electronic form on a physical storage medium such as a disk, USB, or a CD.<sup>26</sup> A third view is of the opinion that intangibles fall outside the sphere of the CISG as they lack the ability to be physically delivered in accordance with the provisions of the CISG.<sup>27</sup> A final view is that an interpretation should be made for each specific case and subject matter.<sup>28</sup>

There are many discussions in the literature about some specific intangible objects. For example, in the case of know-how, the prevailing opinion is that it can be subject to the CISG if it is embodied,<sup>29</sup> whereas there is the opinion that it can be considered a good even without being embodied.<sup>30</sup>

The prevailing view is that, under certain conditions, aggregated assets (*Sachgesamtheiten*) may also fall within the sphere of the CISG.<sup>31</sup> If it also includes other properties that are outside the sphere of the CISG, the applicability should be determined according to Art. 3(2) CISG and if the preponderant part is goods within the sphere of the CISG, then the CISG would be applicable.<sup>32</sup> However, according to a minority opinion, Art. 3(2) CISG only serves to distinguish the contract of sale from other types of contracts and the type of object of sale is irrelevant for Art. 3 CISG and therefore the CISG cannot be applied regardless of whether the preponderant part is goods within the sphere of the CISG or not.<sup>33</sup>

23 Zeytin, p. 50; Schmitt, Computer und Recht 2001/3, p. 151.

24 Lookofsky, p. 23; Droese, p. 144; Schmitt, Computer und Recht 2001/3, p. 151.

25 Schmitt, Computer und Recht 2001/3, p. 151.

26 Mankowski, in: Grunewald (ed.), Art. 1, para. 26.

27 Mistelis, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, para. 38.

28 Wagner, in: Ball (ed.), CISG Art. 1, para. 10.

29 Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 7; Ferrari, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 38; Brunner/Meier/Stacher, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 2, para. 3; Wagner, in: Ball (ed.), CISG Art. 1, para. 10; Droese, p. 147.

30 Huber, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1 para. 23.

31 Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; Magnus, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 1, para. 51; Ferrari, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 34; Huber, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 17; Brunner/Meier/Stacher, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 2, para. 2; Achilles, in: Achilles (ed.), Art. 1, para. 4.

32 Magnus, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 1, para. 51; Huber, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 17.

33 Piltz, p. 55.

### C. Contracts for Services, Art. 3(2) CISG

Pursuant to Art. 3(2) CISG, the CISG “does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services”. As a result of this provision, mixed contracts in which the sale element is the preponderant part will fall within the sphere of the CISG.<sup>34</sup>

A discussion exists for Art. 3(2) CISG as to what constitutes a preponderant part. One approach is to compare the economic value of the sale element and the other non-sale part of the contract.<sup>35</sup> Accordingly, the interest and will of the parties should only be considered if it is impossible or inappropriate to apply the comparison of the economic value.<sup>36</sup> Most of the scholars are of the opinion to follow a second approach which takes into account not just the economic value, but also the interest and will of the parties and argues that if the sale part is more important for the parties, then the CISG should apply even though the economic value of the sales part is not preponderant.<sup>37</sup> It is also disputed when a preponderant part exists with regard to economic comparison. The majority view argues that the value of the sales element should exceed 50 per cent and the minority view argues that the value must be significantly greater than 50 per cent.<sup>38</sup> However, as there is no certain percentage, it is hard to determine when there is a significant exceedance when the minority view is followed.<sup>39</sup> The German Federal Court has held that the interest and will of the parties are of essential importance and that if the non-sale part is the main focus from the point of view of the buyer, as recognizable by the supplier, it is not necessary that the economic value of the non-sale part reaches the value of the sale part.<sup>40</sup> The German Federal Court also stated that a “preponderance” is always to be assumed if the value of the non-sale part (significantly) exceeds the value of the sale

34 *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 3, para. 6; *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 3, para. 21.

35 CISG-AC Opinion No 4, *Perales Viscasillas*, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), para. 3.3; *Brunner/Feit*, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 3, para. 8; *Zeytin*, p. 56; *Siehr*, in: Honsell (ed.), Art. 3, para. 7.

36 CISG-AC Opinion No 4, *Perales Viscasillas*, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), para. 3.3; *Brunner/Feit*, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 3, para. 8.

37 *Mistelis/Raymond*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 3, para. 20; *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 3, para. 6; *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 3, para. 21; *Atamer*, p. 40; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 3, para. 14; *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 3, para. 14; *Mankowski*, in: Grunewald (ed.), Art. 3, para. 13; *Wagner*, in: Ball (ed.), CISG Art. 3, para. 10; *Tarman*, p. 53; *Czerwenka*, pp. 144–145.

38 *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 3, para. 22; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 3, para. 14; *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 3, para. 14; *Brunner/Feit*, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 3, para. 8.

39 *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 3, para. 22.

40 BGH, VII ZR 101/14, para. 44.

part.<sup>41</sup> It remains unclear whether this renders the assessment of the parties' will and interest unnecessary.<sup>42</sup>

The consequence is that the CISG applies to the contract in its entirety, even to the non-sale parts.<sup>43</sup> If the CISG does not involve provisions for some specific questions regarding the non-sale parts, then such questions should be settled in conformity with the general principles of the CISG and in the absence of such the national provisions shall apply pursuant to Art. 7(2) CISG.<sup>44</sup> If, however, two separate contracts are involved instead of one uniform contract, the CISG applies to the sales contract and national law applies to the non-sales contract.<sup>45</sup>

## D. Sphere of Application of the CISG and Asset Deals

### I. Asset Deal

In order to assess the applicability of the CISG to asset deals, it is first necessary to define asset deals.

A company may be acquired in one of two ways: an asset deal or a share deal.<sup>46</sup>

In a share deal, the shares themselves constitute the object of the sale and it is the acquisition of shares in a corporate vehicle.<sup>47</sup> Should a sufficient number of shares be purchased to enable control of the company, then it may be asserted that an acquisition (*Unternehmenskauf*) has occurred.<sup>48</sup> Pursuant to Art. 2(d) CISG, shares are excluded from the sphere of the CISG. Consequently, the CISG cannot be applied to share deals, as the purchase of shares is explicitly excluded.<sup>49</sup> Some authors argue that the CISG cannot be applied to share deals on the grounds that it constitutes a sale of rights.<sup>50</sup> While this conclusion is correct, the primary reason for the exclusion of share deals from the sphere of the CISG is the explicit exclusion of sales of shares under Art. 2(d) CISG. As a share deal is a sale of shares, there is no

41 BGH, VII ZR 101/14, para. 44.

42 Huber, in: Westermann (ed.), CISG Art. 3, para. 14.

43 Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 3, para. 7; Magnus, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 3, para. 29; Ferrari, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 3, para. 16.

44 Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 3, para. 7; Ferrari, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 3, para. 14.

45 Saenger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 3, para. 7; Brunner/Feit, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 3, para. 9.

46 Beisel, in: Beisel/Klump/Schindler (eds.), § 4 Der Kaufgegenstand Beim Unternehmenskauf, para. 5; Kästle/Oberbracht, p. 3; Heckschen, in: Reul/Heckschen/Wienberg (eds.), § 4, para. 1351; Frey/Fichtner, in: Prinz/Kahle (eds.), § 27, para. 8; Rosengarten/Burmeister/Klein, p. 53.

47 Beisel, in: Beisel/Klump/Schindler (eds.), § 4, para. 5; Kästle/Oberbracht, p. 3; Frey/Fichtner, in: Prinz/Kahle (eds.), § 27, para. 10; Picot, in: Römermann (ed.), § 21, para. 84.

48 Eigler, in: van Kann (ed.), p. 90; Pasli, p. 202; Esin, pp. 163–164.

49 Schwenzer/Hachem, in: Schwenzer (ed.), Art. 1, para. 21; Honnold/Flechner, para. 56.5; Brunner/Meier/Stacher, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 2, para. 12 fn. 95.

50 Magnus, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 1, para. 51; Huber, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 18; Wagner, in: Ball (ed.), CISG Art. 1, para. 16.

need to classify it as a sale of rights and then exclude it from the CISG. The legal basis for this exclusion is important as it may play a role in the application of the CISG to asset deals.

An asset deal is the acquisition of selected and specific assets.<sup>51</sup> In order for an asset deal to be considered an acquisition (*Unternehmenskauf*), it is necessary for all or at least the essential elements of the company's assets to be purchased; otherwise, the sale of only a few non-essential elements does not constitute an acquisition, but rather a sale of some assets.<sup>52</sup>

An asset deal is more complicated than a share deal because the parties have to identify each object.<sup>53</sup> In asset deals, the assets subject to transfer shall be specified all individually in the asset purchase agreement and they are transferred on an individual basis.<sup>54</sup> Although the share deals are the more common way of an acquisition,<sup>55</sup> asset deals also play a role in the M&A market as evidenced by the findings of the DLA Piper Report referenced above.<sup>56</sup>

A reason to pursue an acquisition by way of an asset deal is that the parties can freely choose which assets and liabilities the buyer wants to acquire, which allows the buyer to acquire only a part of the company, avoiding the acquisition of certain liabilities and risks while avoiding the necessity for any restructuring measures such as carve-outs.<sup>57</sup> The buyer has the opportunity to purchase only those assets that align with his/her specific interests, whereas, in the case of an acquisition by way of a share deal, all assets and liabilities of the company are economically assumed.<sup>58</sup>

In the case of an acquisition by way of an asset deal, the object of the sale contract is regarded not to be single items sold to another party, but rather an aggregated asset, a collective group of items (*Sachgesamtheit*) consisting of all tangible and intangible elements of the business attributable to the company.<sup>59</sup> These include, for instance, movable assets, intellectual property, know-how, goodwill,

51 *Rosengarten/Burmeister/Klein*, p. 53; *Jaletzke*, in: *Jaletzke/Henle* (eds.), p. 2.

52 *Frey/Fichtner*, in: *Prinz/Kahle* (eds.), § 27, para. 9.

53 *Rosengarten/Burmeister/Klein*, p. 62; *Beisel*, in: *Beisel/Klumpp/Schindler* (eds.), § 4, para. 33.

54 *Rosengarten/Burmeister/Klein*, p. 53; *Kästle/Oberbracht*, p. 3; *Beisel*, in: *Beisel/Klumpp/Schindler* (eds.), § 4, para. 33; *Jaletzke*, in: *Jaletzke/Henle* (eds.), p. 2. There are also different jurisdictions, where a transfer on an individual basis might not be necessary, see *Merkt/von Teichman*, para. 377; or see Turkish Commercial Code Section 11(3).

55 *Jaletzke*, in: *Jaletzke/Henle* (eds.), p. 1; *Pasli*, p. 199; see *DLA Piper*, Global M&A Intelligence Report, p. 26, available at <https://www.dlapiper.com/en-br/news/2024/07/dla-piper-global-ma-intelligence-report-2024> (10/5/2024).

56 See *DLA Piper*, Global M&A Intelligence Report, available at <https://www.dlapiper.com/en-br/news/2024/07/dla-piper-global-ma-intelligence-report-2024> (10/5/2024).

57 *Meyer-Sparenberg*, in: *Meyer-Sparenberg/Jäckle* (eds.), § 41, para. 32; *Rosengarten/Burmeister/Klein*, p. 62.

58 *Rosengarten/Burmeister/Klein*, p. 62; *Kästle/Oberbracht*, p. 4.

59 *Jaques*, in: *Ettinger/Jaques* (eds.) D. Phase 3: Verhandlung Und Abschluss Des Kaufvertrags I. Kaufgegenstand, para. 9; *Frey/Fichtner*, in: *Prinz/Kahle* (eds.), § 27, para. 9; *Picot*, in: *Römermann* (ed.), § 21, para. 85; *Korch*, JuS 2018/6, p. 522; *Schmitz*, RNotZ 2006/12, p. 562; *Beisel*, in: *Beisel/Klumpp/Schindler* (eds.), § 4, para. 5.

brands, logos, immovables, contracts such as rental agreements, license agreements, or liabilities such as warranty obligations or liabilities from contracts.<sup>60</sup>

## II. Applicability of the CISG to Asset Deals

The applicability of the CISG to asset deals is a disputed topic with regard to the substantive sphere of application of the CISG. It is evident that in cases where the parties conclude separate contracts for individual assets (which is typically not the case), the CISG would be applicable to the contracts encompassing goods within the sphere of the CISG.<sup>61</sup> However, there is no explicit provision for the case where there is only one single contract.<sup>62</sup>

The prevailing view among scholars is that the CISG cannot be applied to asset deal acquisitions.<sup>63</sup> Nevertheless, there is also a strong scholarly opinion arguing that if the preponderant part of the assets can be classified as “goods” in accordance with the CISG, then the CISG may be applicable.<sup>64</sup>

Some authors argue that the applicability of the CISG to asset deals should be denied, on the grounds that the companies lack the necessary marketability.<sup>65</sup> It is first necessary to state that there is no requirement such as marketability for a contract to fall within the sphere of the CISG.<sup>66</sup> Even if marketability were a

60 *Meyer-Sparenberg*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle (eds.), § 41 para. 34; *Jaques*, in: Ettinger/Jaques (eds.) D. Phase 3: Verhandlung Und Abschluss Des Kaufvertrags I. Kaufgegenstand, para. 9; *Weber*, in: Hölters (ed.), Kapitel 9, paras. 9.91-9.109; *Rosengarten/Burmeister/Klein*, pp. 53–54.

61 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 365; *Mankowski*, in: Grunewald (ed.), Art. 1, para. 29; *Göthel*, in: Reithmann/Martiny (eds.), § 33, para. 33.50; *Baum*, Mergers and Acquisitions, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, available at: [https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mergers\\_and\\_Acquisitions](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mergers_and_Acquisitions) (8/6/2025).

62 *Göthel*, in: Reithmann/Martiny (eds.), § 33, para. 33.51.

63 *Herber*, in: Schlechtriem (ed.), Art. 1, para. 24; *Schwenzer/Hachem*, in: Schwenzer (ed.), Art. 1, para. 21; *Westermann*, in: Krüger/Westermann (eds.), CISG Art. 1, para. 6; *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Art. 1, para. 39; *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 36; *Piltz*, p. 33 para. 57; *Durak*, p. 21; *Meyer-Sparenberg*, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle (eds.), § 40 para. 68; *Droese*, p. 143; *Lorenz*, in: Witz/Salger/Lorenz (eds.), Art. 1, para. 8; *Groh/Nath/Kraft*, p. 140 para. 40; *Achilles*, in: Achilles (ed.), Art. 1, para. 4; *Wetzler*, in: Hölters (ed.), Kapitel 18, para. 18.54; *Baum*, Mergers and Acquisitions, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, available at: [https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mergers\\_and\\_Acquisitions](https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Mergers_and_Acquisitions) (8/6/2025); *Göthel*, in: Göthel (ed.), § 6, paras. 17–21; *Vischer/Huber/Oser*, para. 361.

64 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 368; *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 18; *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 1, para. 51; *Brunner/Meier/Stacher*, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 2, para. 5; *Slechtriem/Schroeter*, pp. 43–44 para. 79; *Mankowski*, in: Grunewald (ed.), Art. 1, para. 29; *Wagner*, in: Ball (ed.), CISG Art. 1, para. 16; *Schäuble*, in: Hausmann/Odersky (eds.), § 16, para. 14. Suggestion for the parties who do not want the CISG to be applicable to exclude the CISG if preponderant part is CISG see *Göthel*, in: Reithmann/Martiny (eds.), § 33, para. 33.51.

65 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 363; *Göthel*, in: Göthel (ed.), § 6, para. 21.

66 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 364.

requirement, the marketability of companies should be accepted, particularly in light of the growing significance of cross-border M&A in recent years.<sup>67</sup>

Some authors deny the applicability of the CISG to asset deals on the grounds that the goods within the sphere of the CISG typically do not constitute a preponderant part in cases of asset deals and therefore the entire contract should not be subject to the CISG.<sup>68</sup> This opinion, however, fails to provide a satisfactory answer to cases, where the preponderant part of the transaction is goods within the sphere of the CISG. For some companies, it may be challenging to determine whether the preponderant part is goods within the sphere of the CISG or not. To illustrate, one may consider the example of a company engaged in the rental construction equipment business, which owns machinery and construction equipment such as cranes and rents them to third parties. The most valuable asset of such companies may be movable machinery and equipment. It is also not uncommon for rental car businesses to own a significant number of vehicles. In such a case however, it is also necessary to consider the immovables owned by the rent-a-car company. For example, an office located at or near an airport may be of significant value. Nevertheless, when one considers the number of vehicles owned by these companies, it becomes evident that it is not straightforward to conclude that the preponderant part is not considered goods within the sphere of the CISG. There are logistics companies that may have a preponderant part of their assets in the form of trucks. In such cases, the preponderant part of the asset deal may indeed constitute goods within the sphere of the CISG. This is also the case with bus companies. This view in the literature does not provide satisfactory answers to such cases.

A further significant argument against the applicability of the CISG to asset deals is that asset deals include goods outside the sphere of the CISG such as immovables and therefore, asset deals do not fall within the substantive sphere of the application of the CISG and that the companies cannot be considered goods under the CISG.<sup>69</sup>

In order to ascertain whether asset deals fall within the substantive sphere of the CISG, it is essential to consider their legal nature. As previously stated, asset deals are aggregated assets.<sup>70</sup> Therefore, asset deals should be treated in a manner consistent with the treatment of aggregated assets. As previously stated, the prevailing view regarding aggregated assets is that they may fall within the scope of the CISG if

67 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 364.

68 *Schwenzer/Hachem*, in: Schwenzer (ed.), Art. 1, para. 21; *Herber*, in: Schlechtriem (ed.), Art. 1, para. 24; *Lorenz*, in: Witz/Salger/Lorenz (eds.), Art. 1, para. 8; *Göthel*, in: Göthel (ed.), § 6, para. 19.

69 *Herber*, in: Schlechtriem (ed.), Art. 1, para. 24; *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; *Achilles*, in: Achilles (ed.), Art. 1, para. 4; *Groh/Nath/Kraft*, p. 140 para. 40; *Wetzler*, in: Hölter (ed.), Kapitel 18, para. 18.54; *Meyer-Sporenberg*, in: Meyer-Sporenberg/Jäckle (eds.), § 40, para. 68; *Durak*, p. 21; *Göthel*, in: Göthel (ed.), § 6 Bestimmung des Vertragsstatus, in: Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, paras. 18-20.

70 *Jaques*, in: Ettinger/Jaques (eds.) D. Phase 3: Verhandlung Und Abschluss Des Kaufvertrags I. Kaufgegenstand, para. 9; *Frey/Fichtner*, in: Prinz/Kahle (eds.), § 27, para. 9; *Picot*, in: Römermann (ed.), § 21, para. 85; *Korch*, JuS 2018/6, p. 522; *Schmitz*, RNotZ 2006/12, p. 562; *Beisel*, in: Beisel/Klump/Schindler (eds.), § 4, para. 5.

the preponderant part consists of goods within the sphere of the CISG.<sup>71</sup> The same rationale should apply to asset deals, given that they are also aggregated assets.<sup>72</sup>

The CISG does not contain any specific provisions regarding asset deals.<sup>73</sup> However, asset deals typically include goods within the sphere of the CISG.<sup>74</sup> In order to fill this gap, a first attempt should be to adopt an analogical approach.<sup>75</sup> Therefore, a new principle must be established by extending an existing legal norm, that is applicable to a comparable set of circumstances.<sup>76</sup>

As previously stated, pursuant to Art. 3(2) CISG, mixed contracts in which the sale element constitutes the preponderant part will fall within the sphere of the CISG.<sup>77</sup> In essence, such a contract comprises two distinct parts: one that falls outside the sphere of application of the CISG and another that falls within it. This case is also similar to aggregated assets, where certain elements of the contract may fall within the sphere of the CISG, while others may not. It would not be fair to not apply the CISG in a case where the preponderant part is goods within the sphere of the CISG, thereby depriving the parties of the advantages of a uniform law.<sup>78</sup> It would be inequitable to impose the application of a national law of one party or a law that private international law leads to, on the parties simply because there is a part of the contract that does not fall within the sphere of the CISG and is of lesser importance than the part that does fall within the sphere. Furthermore, if the CISG is applicable to contracts with unfamiliar non-sale obligations when the sale element is preponderant, then it must also be applicable to mere sales contracts that have as their object both goods within the sphere of the CISG and other objects of sale.<sup>79</sup> It is this author's opinion that it is appropriate to apply Art. 3(2) CISG by analogy to aggregated assets and therefore to asset deals.<sup>80</sup> This leads to the conclusion that if

71 *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 1, para. 6; *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 1, para. 51; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 1, para. 34; *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 17; *Brunner/Meier/Stacher*, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 2, para. 2; *Achilles*, in: Achilles (ed.), Art. 1, para. 4.

72 *Huber*, in: Westermann (ed.), CISG Art. 1, para. 18.

73 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 366; *Göthel*, in: Reithmann/Martiny (eds.), § 33, para. 33.51.

74 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 366.

75 *Ferrari*, International Business Law Journal 2003/2, p. 227; Demirsatan, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2025/62, pp. 340-341.

76 *Groh*, in: Weber, Allgemeine Rechtsbegriffe, Gerichtsverfassungsrecht, Handels- Und Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Recht Der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Zivilprozess, Analogie.

77 *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 3, para. 6; *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 3, para. 21.

78 For such advantages see *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds.), Introduction to the CISG, paras. 47-49.

79 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 368.

80 *Honnold/Flechtner*, para. 56.5; *Brunner/Meier/Stacher*, in: Brunner/Gottlieb (eds.), Art. 2, para. 5.

the preponderant part of the asset deal is constituted by goods within the sphere of the CISG, the CISG will be applicable.<sup>81</sup>

It may also be proposed that Art. 2(d) CISG should be applied by analogy. The rationale for this proposition may be found in the fact that share deals are excluded from the sphere of the CISG based on Art. 2(d). It may, therefore, appear reasonable to conclude that asset deals should be excluded as well. A more similar case for asset deals would be Art. 2(d) CISG rather than the Art. 3(2) CISG, given that both share deals and asset deals are a way to do an acquisition. If one is excluded, then the other should be excluded as well. However, Art. 2 CISG contains an exhaustive list, which therefore cannot be applied by analogy.<sup>82</sup> Consequently, it is not possible for Art. 2(d) to be applicable to asset deals and for asset deals to be subject to the same exclusion as share deals. Furthermore, it is important to note that Art. 2 CISG excludes not only share deals but even the sale of individual shares, regardless of whether they are transferred as part of a company acquisition or as a standalone transaction. This distinction is significant because the rationale for excluding shares from the sphere of the CISG lies in their characterisation as financial instruments, which are inherently subject to complex national legal provisions and regulatory frameworks.<sup>83</sup> This rationale cannot be applied to asset deals, as the latter do not exhibit the same characteristics as shares. Another rationale behind this rule is that the sale of shares constitutes a sale of rights, which is outside the sphere of the CISG.<sup>84</sup> Asset deals, on the other hand, involve the transfer of tangible or intangible property, not only the transfer of rights in the same sense as shares. This fundamental difference between the share deal and asset deal further highlights why the rationale behind the exclusion of shares under Art. 2(d) CISG cannot be applied to asset deals.

The result is also unsurprising in the context of US sales law, given that the prevailing opinion in the USA is that the Uniform Commercial Code for the sale of goods (Art. 2 Uniform Commercial Code) also applies to asset deals if the goods are the predominant asset in an overall view of the company's assets and this approach can be easily applied to the CISG.<sup>85</sup>

81 *Merkt*, ZVglRWiss 1994/2, p. 370; *Honnold/Flechtner*, para. 56.5; *Brunner/Meier/Stacher*, in: *Brunner/Gottlieb* (eds.), Art. 2, para. 5; *Mankowski*, in: *Grunewald* (ed.), Art. 1, para. 29; *Wagner*, in: *Ball* (ed.), CISG Art. 1, para. 16.

82 *Spohnheimer*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (eds.), Art. 2, para. 4; *Saenger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* (eds.), Art. 2, para. 1; *Magnus*, in: *Kaiser* (ed.), CISG Art. 2, para. 7; *Achilles*, in: *Achilles* (ed.), Art. 2, para. 1; *Ferrari*, in: *Schwenzer/Schroeter* (eds.), Art. 2, para. 5; *Huber*, in: *Westermann* (ed.), CISG Art. 2 para. 2.

83 *Spohnheimer*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (eds.), Art. 2, para. 36.

84 *Spohnheimer*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (eds.), Art. 2, para. 36; *Huber*, in: *Westermann* (ed.), CISG Art. 2 para. 18.

85 *Göthel*, in: *Göthel* (ed.), § 6, para. 23.

## E. Preponderant Part

Once it has been established that the CISG can be applied to asset deals in cases where the preponderant part of the transaction are goods within the sphere of the CISG, it is necessary to determine the specific circumstances under which such a preponderant part exists in the context of asset deals.

### I. Decisive Factor for the Preponderant Part of Asset Deals

The discussions regarding the preponderant part in cases of Art. 3(2) CISG are relevant here because that is the provision that applies to asset deals by analogy. It was previously stated that one opinion was in favour of conducting an economic value comparison between the sale element and the other non-sale part of the contract and considering the party interest solely in cases where it is impossible or inappropriate to apply the comparison.<sup>86</sup> The majority opinion was to take the interest and will of the parties into consideration as well.<sup>87</sup>

In the context of asset deals, the majority of scholars who are in favour of the application of the CISG to asset deals follow the economic value comparison approach and argue that if more or significantly more than 50 per cent of the value of an asset deal is goods within the meaning of the CISG, then the CISG should be applicable.<sup>88</sup> It is this author's view that this approach should be rejected on two grounds.

Firstly, an economic value comparison is impractical and would not result in fair results.

One possible method for conducting a comparison would be to evaluate the economic value of the goods within the sphere of the CISG in relation to the sum of the value of assets owned by the company based on financial statements.<sup>89</sup> Nevertheless, it is unlikely that such a comparison can lead to satisfactory or fair results. Such a comparison would be more focused on the value of the assets in

86 CISG-AC Opinion No 4, *Perales Viscasillas*, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), para. 3.3; *Brunner/Feit*, in: *Brunner/Gottlieb* (eds.), Art. 3, para. 8; *Zeytin*, p. 56; *Siebr*, in: *Honsell* (ed.), Art. 3, para. 7.

87 *Mistelis/Raymond*, in: *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (eds.), Art. 3, para. 20; *Saenger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* (eds.), Art. 3, para. 6; *Magnus*, in: *Kaiser* (ed.), CISG Art. 3, para. 21; *Atamer*, p. 40; *Ferrari*, in: *Schwenzer/Schroeter* (eds.), Art. 3, para. 14; *Huber*, in: *Westermann* (ed.), CISG Art. 3, para. 14; *Mankowski*, in: *Grunewald* (ed.), Art. 3, para. 13; *Wagner*, in: *Ball* (ed.), CISG Art. 3, para. 10; *Tarman*, p. 53; *Czerwenka*, pp. 144–145.

88 *Merkel*, ZVglRWiss 1994/2, p. 369; *Magnus*, in: *Kaiser* (ed.), CISG Art. 1, para. 51; *Brunner/Meier/Stacher*, in: *Brunner/Gottlieb* (eds.), Art. 2, para. 5.

89 Although this issue is not directly related to the CISG see for example the Communiqué on Common Principles Regarding Significant Transactions and Exit Right in Turkey, which compares the value of the assets subject to transaction and the value of the total assets based on the publicly disclosed financial statements to determine if a transaction is significant or not.

question on an individual basis. However, when examining asset deals, it becomes evident that the combined value of the assets exceeds that of their individual value.<sup>90</sup> The existence of multiple methods for calculating the purchase price of a company demonstrates that the value of a company and its assets collectively cannot be determined solely by examining the figures presented in the financial statements on an individual basis.<sup>91</sup> Although the goods within the sphere of the CISG may constitute the preponderant part on an individual value basis based on the financial statements, goods outside the sphere of the CISG might create a greater value and constitute the preponderant part when the other assets are considered collectively. Therefore, a comparison between the economic value of the goods within the sphere of the CISG and the value of the other assets owned by the company based on financial statements is not a valid approach.

An alternative means of comparison would be between the collective economic value of the goods within the sphere of the CISG and the real economic value of the company, which is also a challenging proposition. As previously stated, real economic value of the company cannot be determined by the figures presented in the financial statements. As it is challenging to determine the real value of a company,<sup>92</sup> the purchase price can be used as a point of reference for comparison. This, however, gives rise to the question of how the collective value of the goods that fall within the sphere of the CISG should be determined. As previously stated, while the value of the goods within the sphere of the CISG can be determined on an individual basis using financial statements, this approach does not accurately reflect the combined value of them. A comparison of the value of the goods within the sphere of the CISG based on the financial statements individually with the real value of the company not based on the financial statements would not lead to satisfactory results. Calculating the real value of the goods within the sphere of the CISG however, would be also challenging, impractical and time consuming. Therefore, an economic value comparison approach for asset deals is inappropriate.

Secondly, even if the aforementioned issues could be resolved, it would be challenging to categorise all those different types of assets involved in an asset deal as either goods or not within the meaning of the CISG. As previously stated, there is an ongoing debate as to whether certain assets fall within the definition of goods or not. In the context of asset deals, a number of different types of assets may be involved, including intellectual property, goodwill, know-how and all other objects. Consequently, there would be a great deal of debate regarding which of these assets would fall within the sphere of the CISG. It would be again impractical to classify all these different asset types as goods or not. It would require a significant investment of time and effort on the part of the parties or courts to accomplish such a classification.

90 *Kästle/Oberbracht*, pp. 64–66.

91 *Kästle/Oberbracht*, pp. 64–70.

92 See *Kästle/Oberbracht*, pp. 64–70 for all different types of company valuation methods.

In conclusion, if the first one of the previously mentioned approaches is followed (economic value comparison), it would be inappropriate to conduct a comparison and therefore the will and interest of the parties would be the decisive factor in the preponderant part. As the decisive factor for the second approach is also the same, both approaches would lead to the conclusion that the preponderant part of asset deals should be determined by the interest and will of the parties and not by the comparison of the economic value of assets.

## II. Determining the Interest and the Will of the Parties in Asset Deals

The question thus arises as to how one might determine the interest and will of the parties involved in asset deals and thereby determine whether the goods within the meaning of the CISG hold greater significance for them.

### 1. Role of the Preamble

In order to ascertain the interests and the will of the parties involved, it is first necessary to examine the preamble of the asset purchase agreement. The preamble of an asset purchase agreement provides an overview of the background and purpose of the transaction.<sup>93</sup> It assists with the interpretation of the clauses within the contract and provides guidance to the judge in litigation with regard to the interpretation of the contract.<sup>94</sup> Consequently, it enables the determination of the interests and the will of the parties, as well as the identification of the parts of the company that are of greater significance to them. If it can be established from the preamble that the goods within the meaning of the CISG are of greater significance in an asset deal for the parties involved, then it should be concluded that the CISG is applicable to the contract in question.

### 2. Qualitative Approach

However, it may not always be possible to determine which part is of greater significance to the parties from the preamble alone. In such instances, it is necessary to establish a framework for evaluating the interest and the will of the parties and determining which part of the assets is of greater significance to them.

In order to establish such a framework, it would be reasonable to first determine what constitutes a significant part of the company, as the asset deal is the sale of a company. In the event that the significant part of a company constitutes goods within the meaning of the CISG, then it may be reasonably presumed that the part of the company with assets within the meaning of the CISG holds greater importance for the parties.

93 *Beisel*, in: *Beisel/Klumpp/Schindler* (eds.), § 4, para. 9; *Kästle/Oberbracht*, p. 28.

94 *Beisel*, in: *Beisel/Klumpp/Schindler* (eds.), § 4, para. 9; *Kästle/Oberbracht*, p. 28.

However, this raises the question of what constitutes an important part of a company. This is a question that is not addressed in the CISG or in the literature on the CISG. Nevertheless, it is possible to conduct a comparative analysis by reviewing other legal areas, other countries' laws and their corresponding literature regarding what constitutes a significant part of a company's assets, thereby transferring the insights gathered from these sources to the context of the present case. While such discussions can be found in many countries, this article will focus on the literature on Turkish and German company law.

Pursuant to Section 408(2)(f) Turkish Commercial Code (*Türk Ticaret Kanunu* –TCC), the wholesale of a significant amount of a company's assets is listed among the exclusive and unassignable rights and duties of the general assembly of the shareholders in a stock corporation. Pursuant to Section 179a German Stock Corporation Act (*Aktiengesetz* – GSCA), “a contract by which a stock corporation enters into obligation to transfer the entirety of the company's assets ... requires a resolution to be adopted by the general meeting ...”. While the wording of Section 179a GSCA requires an obligation to transfer the entirety of the company's assets, the relevant provision also applies to contracts when the company is obligated to sell a significant part of its assets and only an insignificant part of the assets remain in the company.<sup>95</sup> It is noteworthy that both provisions address the question of what constitutes a significant and an insignificant part of a company's assets. It is also worth noting that it is disputed whether these provisions apply to limited liability companies in both jurisdictions.<sup>96</sup> It is evident that these provisions are unrelated to the CISG and serve no similar purpose. Consequently, the significant part within the meaning of these provisions may not lead to a satisfactory outcome for the significant part framework that this article strives to achieve. Nevertheless, despite the possible inapplicability of these provisions to other business entity forms and despite the fact that these provisions are unrelated to CISG, the discussions held regarding what constitutes a significant and an insignificant part of the company's asset may still offer valuable insights.

95 *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (eds.), § 179a, para. 19; *Ehmann*, in: Grigoleit (ed.), § 179a, para. 5; *Wachter*, in: Wachter (ed.), § 179a, para. 11; *Haberstock/Greitemann*, in: Hölters/Weber (eds.), § 179a, para. 4; *Koch*, § 179a para. 4; *Seibt*, in: Schmidt/Bayer/Vetter (eds.), § 179a, para. 8.

96 *Çamoğlu*, in: Kırca/Gürel/Şit İmamoglu/Yener/Tekin/Bektaş (eds.), p. 330 fn. 2. For Turkish literature which is in favour of applying the provision to limited liability companies see *Hamamcıoğlu/Bıçer*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/1, p. 49; *Dural*, in: Erdem/Ayoğlu/Altay/Dural/Yusufoğlu/Yüksel (eds.), p. 227 fn. 3; *Saat*, p. 215. For Turkish literature which is not in favour of applying the provision to limited liability companies see *Helvacı*, in: Kaya/Tokcan/Aşıkoğlu/Özsoy/Evlek, pp. 47–48. For German literature which is in favour of applying the provision to limited liability companies see *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (eds.), § 179a, para. 12; *Wagner*, in: Heidel (ed.), § 179a, para. 20; *Zetzsche*, in: Zöllner/Noack (eds.), § 179a, para. 23; *Stein*, in: Goette/Habersack (eds.), § 179a, para. 14. For German literature which is not in favour of applying the provision to limited liability companies see *Ehmann*, in: Grigoleit (ed.), § 179a, para. 2; *Wachter*, in: Wachter (ed.), § 179a, para. 6; *Koch*, Aktiengesetz (n. 95) AktG § 179a para. 1.

One approach to determining the significant part of the company's assets within the meaning of Section 408(2)(f) TCC and Section 179a GSCA is to apply quantitative criteria in both jurisdictions and to compare the value of the transferred assets to the value of the company's assets. In the Turkish literature percentages between 10 per cent and 84 per cent have been recommended as indicative of a significant part of the company's assets, however, the prevailing range would be between 50 per cent and 80 per cent.<sup>97</sup> In contrast, the German literature suggests higher percentages, ranging from 85 per cent to 95 per cent.<sup>98</sup> This approach is based on a value comparison, which is similar to the method employed by scholars who accept the applicability of the CISG to asset deals.

However, the prevailing opinion in German literature and the view of the Turkish Court of Cassation suggests a qualitative approach should be adopted and it should be assumed that the assets shall be regarded as a significant part of the company if they are essential for the company's survival and if the absence of the assets renders it impossible for the company to continue pursuing its purpose as defined in the articles of association.<sup>99</sup> Therefore, the decisive factor is whether the company can continue to pursue its purpose, even if to a limited extent.<sup>100</sup>

As previously stated, these provisions are not related to the CISG. Furthermore, these discussions are focused on defining what constitutes a significant part of a company, without any reference to the CISG. Nevertheless, the qualitative approach appears to be a suitable approach for determining the will and the interest of the parties in cases where the applicability of the CISG to the asset deals is in question as well. It thus follows that a general rule shall be established as follows: if the company subject to the asset deal is unable to pursue its purpose as defined in the articles of association, not even to a limited extent, when the goods within the sphere of the CISG are disregarded, then it may be assumed that the part of the

97 *Saat*, pp. 113–21. See *Tekinalp*, p. 309 for 20 per cent. According to the Communiqué on Common Principles Regarding Significant Transactions and Exit Right, if the value of the assets subject to transaction in the last publicly disclosed financial statements exceeds 50 per cent of the value of the total assets in the last publicly disclosed financial statements, the transaction is deemed significant. See *Çamoğlu*, in: Kırca/Gürel/Şit İmamoğlu/Yener/Tekin/Bektaş (eds.), p. 333 for the opinion that although this provision is not directly applicable, it shall be a reference for the judge to exercise his discretion. See *Hamamcıoğlu/Biçer*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/1, p. 41 for the opinion that a regulation could have been enacted to define a threshold for the sale of company assets, with a figure exceeding 60 per cent being considered significant.

98 *Stein*, in: Goette/Habersack (eds.), § 179a, para. 18; *Seibt*, in: Schmidt/Bayer/Vetter (eds.), § 179a, para. 8; *Zetzsche*, in: Zöllner/Noack (eds.), § 179a, paras. 72–74; *Wagner*, in: Heidel (ed.), § 179a, para. 6.

99 Turkish Court of Cassation decisions: Yargıtay 11. HD, E 2020/8038, K 2022/4957, T 16.6.2022; Yargıtay 11. HD, E 2019/2449, K 2021/552, T 28.1.2021; Yargıtay 11. HD, E 2016/3810, K 2017/3294, T 1.6.2017; Yargıtay 11. HD, E 2005/1362, K 2006/1253, T 13.2.2006; for the German literature: *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (eds.), § 179a, para. 19; *Wachter*, in: Wachter (ed.), § 179a, para. 11; *Haberstock/Greitemann*, in: Hölter/Weber (eds.), § 179a, para. 4; *Koch*, Aktiengesetz (n. 95) AktG § 179a para. 4.

100 *Holzborn*, in: Spindler/Stilz (eds.), § 179a, para. 19; *Koch*, Aktiengesetz (n. 95) AktG § 179a para. 4; *Wagner*, in: Heidel (ed.), § 179a, para. 4.

transaction within the sphere of the CISG is of greater importance to the parties and that the CISG shall be applicable to the asset deal transaction.

### 3. Final Remarks on the Preponderant Part

As an example of the results achieved, a real-life example can be presented. In 2019, FlixBus, a mobility provider, acquired Kamil Koç, a Turkish bus provider.<sup>101</sup> It is unclear whether the transaction was a share deal or an asset deal. If it were an asset deal, then the applicability of the CISG would be open to question. Given that FlixBus is a German company and Kamil Koç is a Turkish company,<sup>102</sup> it can be assumed that the territorial requirements were fulfilled without any further information, given that the places of business of both companies are in different states and that Germany and Türkiye are both Contracting States.<sup>103</sup>

To determine whether the CISG would be applicable in this case, it would be first necessary to evaluate the preamble and determine which part of the assets is of greater importance to the parties. If it can be established that the acquisition of Kamil Koç by FlixBus was motivated primarily by the desire to leverage the brand and reputation of Kamil Koç in Türkiye, or to make use of its customer base in Türkiye, rather than by the desire to utilise the buses themselves, then it may be concluded that the CISG would not be applicable. Nevertheless, if the purpose of FlixBus was primarily to obtain a substantial number of buses in another country, enabling itself to enter the market there under its own name rather than that of Kamil Koç, then it could be concluded that the CISG would be applicable. If this information cannot be obtained from the preamble or any other means of interpretation, then the general rule previously mentioned would apply. In this case, it is evident that Kamil Koç cannot continue its bus providing business without its buses. As the buses are considered goods under the CISG,<sup>104</sup> it should be assumed that the part of the transaction within the sphere of the CISG is of greater importance for the parties and the CISG should be applied. However, this conclusion is based on a number of assumptions, given the lack of available information regarding the case.

As can be observed, this solution also partially, though not entirely, addresses the criticism that has previously been expressed regarding the economic value comparison approach and problem of the classification of all assets of a company as goods or not under the CISG. In such instances for example, once it is evident that

101 *Daily Sabah*, German FlixBus Moves to Acquire Prominent Turkish Bus Company Kamil Koç, available at: <https://www.dailysabah.com/tourism/2019/08/21/german-flixbus-moves-to-acquire-prominent-turkish-bus-company-kamil-koc> (8/6/2025).

102 *Daily Sabah*, German FlixBus Moves to Acquire Prominent Turkish Bus Company Kamil Koç, available at: <https://www.dailysabah.com/tourism/2019/08/21/german-flixbus-moves-to-acquire-prominent-turkish-bus-company-kamil-koc> (8/6/2025).

103 *CISG-Online*, CISG Contracting States by Entry into Force, available at: <https://cisg-online.org/cisg-contracting-states/chronological-order> (8/6/2025).

104 OLG Köln 24.5.2006 – 16 W 25/06, CISG-Online 1232; see also the used car OLG Köln 17.2.2017 – 19 U 101/16, CISG-Online 2946.

the buses constitute the preponderant part of the transaction, it is unnecessary to classify the remaining assets of the company as goods or not.

In cases like this, it is unlikely that the CISG would be applicable because, when a large and established company is acquired, it is evident that intangible assets such as know-how, goodwill and the brand name of the company will play a significant role in the transaction. These elements are unlikely to fall within the sphere of the CISG. However, if a company aims to enter a foreign market and chooses to acquire a smaller or mid-sized enterprise – one that may not have a strong name in the country but possesses a substantial number of physical assets which are considered goods under the CISG, such as buses – then an asset deal could fall under the CISG. For example, if FlixBus were to acquire a smaller regional Turkish bus company primarily to leverage its fleet of buses, rather than its brand or customer base, the transaction would likely be governed by the CISG.

## F. Consequences

As the provision applied by analogy is Art. 3(2) CISG, the consequences of it shall be applicable, but in a suitable way for asset deals. As previously stated, the consequence is that the CISG applies to the contract in its entirety.<sup>105</sup> Therefore, the CISG will also apply to the assets, which do not fall within the scope of the CISG. If the CISG does not involve provisions for some specific questions regarding the assets not within the sphere of the CISG, then such questions should be settled in conformity with the general principles of the CISG and in the absence of such the national provisions shall apply pursuant to Art. 7(2) CISG.<sup>106</sup>

Most importantly, the rights and obligations of the seller and the buyer shall be governed by the CISG. Consequently, issues such as whether the object of the sale is defective, as well as the parties' respective rights in cases of defects, delay, or breach of contract will all be resolved in accordance with the CISG.

This conclusion is advantageous. Because the Part II Formation of Contract section of the CISG is formulated in such general terms that it can be used for any type of contract,<sup>107</sup> which also can be used for the sale of any object. Similarly, the system of remedies for breach of contract established by the CISG can be used for any type of contract.<sup>108</sup>

It is evident that assets outside the sphere of the CISG will complicate the transaction, particularly in the case of immovables.<sup>109</sup> One example of this is the form

105 *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 3, para. 7; *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Art. 3, para. 29; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 3, para. 16.

106 See *Saenger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger (eds.), Art. 3, para. 7; *Ferrari*, in: Schwenzer/Schroeter (eds.), Art. 3, para. 14 for the consequences of direct application of Art. 3 (2) CISG.

107 *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Einleitung CISG, para. 2.

108 *Magnus*, in: Kaiser (ed.), CISG Einleitung CISG, para. 2.

109 *Honnold/Flechtner*, para. 56.5.

requirements for immovables under the relevant domestic law, while Art. 11 CISG stipulates that there are no form requirements to conclude a contract of sale. However, it is generally accepted that Art. 11 CISG does not apply to the real property in the mixed contracts and the form requirements of the domestic law apply to the real property.<sup>110</sup> The same shall also be the case for asset deals to which the CISG is applied. Furthermore, as previously stated, domestic law may apply to some assets outside the sphere of the CISG if there is no provision for a specific question regarding that asset or a general principle within the CISG. It can thus be argued that it is not beneficial and not convenient to apply the CISG to some parts of the asset deal and another sales law to other parts.<sup>111</sup> But it is important to note that the national law will be applicable only in exceptional cases where the CISG does not have a provision or a general principle for that specific question, or where there are some problematic areas with the form requirements, such as in the case of real properties. Therefore, the national law will be applicable to a minor part of the transaction. This is not a disadvantageous position when weighed against the advantage of the application of the uniform law to a majority part of the contract. It is a preferable position for a party to apply mostly a uniform law and only for some specific questions a foreign national law, rather than applying the foreign national law to the whole contract.

When the CISG is applied in the cases of asset deals, the divisibility of the seller's performance within the meaning of Art. 51 CISG shall be rejected since the assets involved in an asset deal belong together functionally.<sup>112</sup> This is also the case for the aggregated assets.<sup>113</sup>

## G. Conclusion

The objective was to determine whether asset deals fall within the CISG's sphere of application of the CISG. The difficulty arises from the fact that asset deals include various types of assets that are not covered by the CISG. The applicability of the CISG to asset deals is therefore disputed. Nevertheless, when the legal nature of the asset deals as aggregated assets is considered, it can be argued that Art. 3(2) CISG should apply by analogy, given that it provides a similar case to asset deals where a

110 *Schmidt-Kessel*, in: *Schwenzer/Schroeter* (eds.), Art. 11, para. 34; *Honnold/Flechtner*, para. 127.2; *Saenger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* (eds.), Art. 1,1 para. 6.

111 *Vischer/Huber/Oser*, para. 361.

112 *Elliott/Vischer*, *Sachgesamtheiten Unter Den Regeln Des CISG*, dRSK, pp. 2–3, available at: [https://ciscg-online.org/files/commentFiles/Elliott\\_Vischer\\_dRSK\\_30Januar2013\\_1.pdf](https://ciscg-online.org/files/commentFiles/Elliott_Vischer_dRSK_30Januar2013_1.pdf) (8/6/2025).

113 *Elliott/Vischer*, *Sachgesamtheiten Unter Den Regeln Des CISG*, dRSK, pp. 2–3, available at: [https://ciscg-online.org/files/commentFiles/Elliott\\_Vischer\\_dRSK\\_30Januar2013\\_1.pdf](https://ciscg-online.org/files/commentFiles/Elliott_Vischer_dRSK_30Januar2013_1.pdf) (8/6/2025); *Saenger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* (eds.), Art. 51, para. 2; *Magnus*, in: *Kaiser* (ed.), *CISG Art. 52*, para. 4; *Müller-Chen*, in: *Schwenzer/Schroeter* (eds.), Art. 51, para. 2; *Huber*, in: *Westermann* (ed.), *CISG Art. 51*, para. 3.

part of the contract falls outside the sphere of the CISG, while other part falls within it.

In order to apply Art. 3(2) CISG, it is necessary to determine which part of the asset deal is the preponderant part and whether that part is considered goods within the sphere of the CISG. One possible approach would be to compare the economic value of the assets of the company. However, this would lead to unsatisfactory results due to the complex valuation methods of the companies and their assets.

This article argued that a qualitative approach is more appropriate than a purely economic value comparison. Accordingly, the preponderant part shall be determined in accordance with the will and the interest of the parties and whether the goods within the sphere of the CISG are of greater significance to them. A preliminary reference point for determining this would be the preamble of the asset purchase agreement.

In the event that this cannot be determined by the preamble or by any other means of interpretation, it would be reasonable to examine whether the company is able to continue pursuing its purpose as defined in the articles of association without the assets within the sphere of the CISG. If the company is unable to do so, then it should be concluded that the goods within the sphere of the CISG are of greater importance to the parties and thus the CISG should be applied to the asset deal.

The application of the CISG to asset deals can provide parties with the benefits of a uniform legal framework, thereby reducing the necessity to engage with the complexities of foreign domestic law. Nevertheless, some obstacles remain due to the absence of explicit provisions for asset deals and for certain assets included in such deals.

In conclusion, while the CISG's application to asset deals is not straightforward, this article supports the view that it can be applicable when the preponderant part of the assets falls within the sphere of the CISG.

## Bibliography

- ACHILLES, WILHELM-ALBRECHT, *Art. 1-2*, in: Achilles, Wilhelm-Albrecht (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, 2nd edition, Cologne, 2019
- ATAMER, YEŞİM M., *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, 1st edition, Istanbul, 2005
- BEISEL, DANIEL, § 4 *Der Kaufgegenstand beim Unternehmenskauf*, in: Beisel, Daniel; Klumpp, Hans-Hermann; Schindler, Darius Oliver (eds.), *Der Unternehmenskauf*, 7th edition, Munich, 2016
- BRUNNER, CHRISTOPH; FEIT, MICHAEL, *Art. 3*, in: Brunner, Christoph; Gottlieb, Benjamin (eds.), *Commentary on the UN sales law (CISG)*, 1st edition, Alphen aan den Rijn, 2019

- BRUNNER, CHRISTOPH; MEIER, FABIAN; STACHER, MARCO, *Art. 2, 5, 10*, in: Brunner, Christoph; Gottlieb, Benjamin (eds.), *Commentary on the UN sales law (CISG)*, 1st edition, Alphen aan den Rijn, 2019
- CZERWENKA, BEATE, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, 1st edition, Berlin, 1988
- ÇAMOĞLU, ERSİN, *Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı*, in: Kırca, İsmail; Gürel, Murat; Şit İmamoğlu, Başak; Yener, Merve İrem; Tekin, Ufuk; Bektaş, İbrahim (eds.), *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, 1st edition, Istanbul, 2019, pp. 329–340
- DROESE, PATRICK A., *Die Abwahl des UN-Kaufrechts aufgrund von Rechtsunsicherheit*, 1st edition, Berlin, 2023
- DEMİRSATAN, BARIŞ, *Uluslararası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na Tâbi Sözleşmelerde Boşluk Doldurma*, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2025, Vol. 62, pp. 325–352
- DURAK, YASEMİN, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, 1st edition, Istanbul, 2020
- DURAL, HALİL ALİ, *Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı*, in: Erdem, Ercüment; Ayoğlu, Tolga; Altay, S. Anlam; Dural, Ali; Yusufoğlu, Fülurya; Yüksel, Sinan H. (eds.), *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, 1st edition, Istanbul, 2017, pp. 225–239
- EHMANN, ERIK, *AktG § 179a*, in: Grigoleit, Hans Christoph (ed.), *Aktiengesetz Kommentar*, 2nd edition, Munich, 2020
- EIGLER, MIRA: *Kapitel III: Haftung und Gewährleistung*, in: van Kann, Jürgen (ed.), *Praxishandbuch Unternehmenskauf*, 1st edition, Stuttgart, 2009
- ESİN, İSMAİL G, *Birleşme ve Devralmalar*, 4th edition, Istanbul, 2021
- FERRARI, FRANCO, *Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law*, *International Business Law Journal*, 2003, Issue 1, pp. 221–239
- FERRARI, FRANCO, *Präambel, Art. 1–7, 10, 89–101, Unterzeichnungsklausel*, in: Schwenzer, Ingeborg; Schroeter Ulrich G. (eds.), *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7th edition, Munich, 2019
- FREIBURG, NINA, *Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht: Unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlussgründe*, 1st edition, Berlin, 2020
- FREY, JOHANNES; FICHTNER, STEPHANIE, *§ 27 Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf bei Personengesellschaften im Wege des Share Deals und des Asset Deals*, in: Prinz, Ulrich; Kahle, Holger (eds.), *Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*, 5th edition, Munich, 2020

- GÖTHEL, STEPHAN R., § 6 *Bestimmung des Vertragsstatus*, in: Göthel, Stephan R. (ed.), *Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen*, 4th edition, Cologne, 2015
- GÖTHEL, STEPHAN R., § 33 *Unternehmenskauf*, in: Reithmann, Christoph; Martiny, Dieter (eds.), *Reithmann/Martiny Internationales Vertragsrecht*, 9th edition, Cologne, 2022
- GROH, GUNNAR, *Allgemeine Rechtsbegriffe, Gerichtsverfassungsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Zivilprozess*, in: Weber, Klaus (ed.), *Weber Rechtswörterbuch*, 32nd edition, Munich, 2024
- GROH, GUNNAR; NATH, RAFFAEL; KRAFT, JULIA, *Fälle zum internationalen Gesellschaftsrecht*, 2nd edition., München, 2022
- HABERSTOCK, OTTO; GREITEMANN, GEORG, *AktG § 179a*, in: Hölter, Wolfgang; Weber, Markus (eds.), *Aktiengesetz Kommentar*, 4th edition, Munich, 2022
- HAMAMCIOĞLU, ESRA; BIÇER, LEVENT, *Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Vol. 1(1), pp. 33–52
- HECKSCHEN, HERIBERT, § 4 *Gesellschaftsrecht*, in: Reul, Adolf; Heckschen, Heribert; Wienberg, Rüdiger (eds.), *Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis*, 3rd edition, Munich, 2022
- HELVACI, MEHMET, *Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilemez Bir Yetkisi Olarak Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı [TK 408/2-(F)] – Temel Sorunlar, Hükmün Yorumu ve Uygulanması Hakkında Düşünce ve Öneriler* -, in: Kaya, Arslan; Tokcan, F. Pelin; Aşıkoğlu, Ş. İpek; Özsoy, Mehmet Akif; Evlek, Müge (eds.), *Yürürlüğünün 7. yılında ve yargıtay kararları ışığında Türk Ticaret Kanunu sempozyumu III: tebligler ve tartışmalar*, 18 Ekim 2019, 1st edition, Istanbul, 2020
- HERBER, ROLF, *CISG Art. 1*, in: Schlechtriem, Peter (ed.), *Commentary in the UN Convention of the International Sale of Goods*, 2nd edition, Munich, 1998
- HOLZBORN, TIMO, *AktG § 179a*, in: Spindler, Gerald; Stilz, Eberhard (eds.), *Kommentar zum Aktiengesetz*, 4th edition, Munich, 2019
- HONNOLD, JOHN O.; FLECHTNER, HARRY M, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th edition, Alphen aan den Rijn, 2009
- HUBER, PETER, *CISG Art. 1-6, CISG Art. 45-101*, in: Westermann, Harm Peter (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band IV*, 8th edition, Munich, 2019
- JALETZKE, MATTHIAS, *I. Einführung – II. 6. Repayment of Financial Debt*, in: Jaletzke, Matthias; Henle, Walter (eds.), *M&A Agreements in Germany*, 1st edition, Munich, 2011

- JANSSEN, ANDRÉ; WAHNSCHAFTE, CHRISTIAN JOHANNES, *Von Impfstoffen und Einheitsrecht: Zur verkannten Rolle des UN-Kaufrechts im Rechtsstreit der Europäischen Union mit AstraZeneca*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2021, Vol. 32(20), pp. 877–883
- JAQUES, HENNING, *D. Phase 3: Verhandlung und Abschluss des Kaufvertrags, I. Kaufgegenstand*, in: Ettinger, Jochen; Jaques, Henning (eds.), Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 3rd edition, Munich, 2021
- KÄSTLE, FLORIAN; OBERBRACHT, DIRK, *Unternehmenskauf Share Purchase Agreement*, 3rd edition, Munich, 2018
- KAYA, CANSU, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*, 1st edition, Istanbul, 2012
- KOCH, JENS, *Aktiengesetz*, 18th edition, Munich, 2024
- KORCH, STEFAN, *Der Unternehmenskauf*, Juristische Schulung, 2018, Vol. 58(6), pp. 521–525
- KRÖLL, STEFAN; MISTELIS, LOUKAS; PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Introduction to the CISG*, in: Kröll, Stefan; Mistelis, Loukas; Perales Viscasillas, Pilar (eds.), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2nd edition, Munich, 2018
- LOOKOFSKY, JOSEPH M., *Understanding the CISG*, 6th edition, Alphen aan den Rijn, 2022
- LORENZ, MANUEL, *CISG Art. 1–6*, in: Witz, Wolfgang; Salger, Hanns-Christian; Lorenz, Manuel (eds.), International Einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, 2nd edition, 2016
- MAGNUS, ULRICH, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, in: Kaiser, Dagmar (ed.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, Berlin, 2018
- MANKOWSKI, PETER, *CISG Art. 1–6, CISG Art. 71–77, CISG Art. 79–88*, in: Grunewald, Barbara (ed.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band V, 5th edition, Munich, 2021
- MERKT, HANNO, *Internationaler Unternehmenskauf und Einheitskaufrecht*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 1994, Vol. 93(2), pp. 353–378
- MERKT, HANNO; VON TEICHMAN, CHRISTOPH, *Internationaler Unternehmenskauf*, 2nd edition, Cologne, 2003
- MEYER-SPARENBERG, WOLFGANG, § 40 *Grundlagen der Vertragsgestaltung*, § 41 *Kaufgegenstand; Verkauf und Übertragung*, in: Meyer-Sparenberg, Wolfgang; Jäckle, Christof (eds.), Beck'sches M&A-Handbuch, 1st edition, Munich, 2017

- MISTELIS, LOUKAS, *Preamble, Art. 1, Art. 6*, in: Kröll, Stefan; Mistelis, Loukas; Perales Viscasillas, Pilar (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd edition, Munich, 2018
- MISTELIS, LOUKAS; RAYMOND, ANJANETTE, *Art. 3 CISG*, in: Kröll, Stefan; Mistelis, Loukas; Perales Viscasillas, Pilar (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd edition, Munich, 2018
- MÜLLER-CHEN, MARKUS, *Art. 51*, Schwenzer, Ingeborg; Schroeter, Ulrich G. (eds.), *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7th edition, Munich, 2019
- PASLI, ALİ, *Anonim Ortaklığın Devralınması*, 1st edition, Istanbul, 2009
- PERALES VISCASILLAS, PILAR, *CISG-AC Opinion no 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)*, CISG Advisory Council
- PICOT, CHRISTOPHER M., § 21 *Unternehmenskauf, Mergers & Acquisitions*, Römermann, Volker (ed.), *Münchener Anwalts Handbuch GmbH-Recht*, 5th edition, Munich, 2023
- PILTZ, BURGHARD, *Internationales Kaufrecht*, 1st edition, Munich, 1993
- PILTZ, BURGHARD, *Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*, Neue Juristische Wochenschrift, 2005, Vol. 58(30), pp. 2126–2131
- PULAŞLI, HASAN, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6th edition, Ankara, 2020
- ROSENGARTEN, JOACHIM; BURMEISTER, FRANK; KLEIN, MARTIN, *Mergers and Acquisitions in Germany*, 3rd edition, Munich, 2020
- SAAT, DURSUN, *Anonim Ortaklıkta Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışı*, 1st edition, Istanbul, 2021
- SAENGER, INGO, *CISG*, in: Hau, Wolfgang; Poseck, Roman (eds.), *BeckOK BGB*, 70th edition, Munich, 2024
- SAENGER, INGO, *CISG Einl., Art. 1–13, Art. 30–34, Art. 45–52, Art. 71–77, Art. 79, 80*, in: Ferrari, Franco; Kieninger, Eva-Maria; Mankowski, Peter; Otte, Karsten; Saenger, Ingo; Schulze, Götz; Staudinger, Ansgar (eds.), *Internationales Vertragsrecht*, 3rd edition, Munich, 2018
- SCHÄUBLE, DANIEL, § 16 *Schuldvertragsrecht*, Hausmann, Rainer; Odersky, Felix (eds.), *Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis*, 4th edition, Munich, 2021.
- SCHLECHTRIEM, PETER, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, Victoria University of Wellington Law Review, 2005, Vol. 36(4), pp. 781–794
- SCHLECHTRIEM, PETER; SCHROETER, ULRICH G., *Internationales UN-Kaufrecht*, 6th edition, Tübingen, 2016

- SCHMIDT-KESSEL, MARTIN, *Art. 11*, Schwenzer, Ingeborg; Schroeter, Ulrich G. (eds.), *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7th edition, Munich, 2019
- SCHMITT, HANSJÖRG, »Intangible Goods« in *Online-Kaufverträgen und der Anwendungsbereich des CISG*, Computer und Recht, 2001, Heft 3, pp. 145–155
- SCHMITZ, CHRISTIAN, *Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform*, Rheinische Notar-Zeitschrift, 2006, Vol. 6(12), pp. 561–601
- SCHWENZER, INGEBORG; HACHEM, PASCAL, *Art. 1 CISG*, in: Schwenzer, Ingeborg (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd edition, Oxford, 2010
- SEIBT, CHRISTOPH H., *AktG § 179a*, in: Schmidt, Karsten; Bayer, Walter; Vetter, Jochen (eds.), *Aktiengesetz Kommentar*, 5th edition, Cologne, 2024
- SIEHR, KURT, *Art. 1-6 CISG*, Honsell, Heinrich (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2nd edition, Berlin, 2010
- SPOHNHEIMER, FRANK, *Art. 2*, in: Kröll, Stefan; Mistelis, Loukas; Perales Vis-casillas, Pilar (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd edition, Munich, 2018
- STEIN, URSULA, *AktG § 179a*, in: Goette, Wulf; Habersack, Mathias (eds.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band IV*, 5th edition, Munich, 2021
- TARMAN, ZEYNEP DERYA, *Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı)*, 1st edition, Istanbul, 2011
- TEKINALP, ÜNAL, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5th edition, Istanbul, 2020
- VISCHER, FRANK; HUBER, LUCIUS; OSER, DAVID, *Internationales Ver-tragsrecht*, 2nd edition, Bern, 2000
- VON BARY, CHRISTIANE, *Best efforts? Der Impfstoffstreit zwischen der EU und AstraZeneca*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2021, Heft 37, pp. 1902–1910
- WACHTER, THOMAS, *AktG § 179a*, in: Wachter, Thomas (ed.), *AktG Kommen-tar*, 4th edition, Cologne, 2022
- WAGNER, FRANZ, *AktG § 179a*, in: Heidel, Thomas (ed.), *Aktienrecht und Kap-italmarktrecht*, 5th edition, Baden-Baden, 2020
- WAGNER, PHILIPP K., *CISG Art. 1–6*, in: Ball, Wolfgang (ed.), *beck-on-line.Grosskommentar: CISG*, 1st edition, Munich, 2024
- WEBER, MARKUS, *Kapitel 9 Der Unternehmens- und Beteiligungskaufvertrag*, in: Hölters, Wolfgang (ed.), *Handbuch Unternehmenskauf*, 9th edition, Cologne, 2019
- WESTERMANN, HARM PETER, *CISG Art. 1*, in: Krüger, Wolfgang; Wester-mann, Harm Peter (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band III*, 6th edition, Munich, 2012

WETZLER, CHRISTOPH, *Kapitel 18 Besonderheiten beim grenzüberschreitenden Unternehmenskauf*, in: Hölters, Wolfgang (ed.), *Handbuch Unternehmenskauf*, 9th edition, Cologne, 2019

ZETZSCHE, DIRK, *AktG § 179a*, in: Zöllner, Wolfgang; Noack, Ulrich (eds.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band IV/1*, 3rd edition, Cologne, 2020

ZEYTIN, ZAFER, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, 1st edition, Ankara, 2011



© Berkay Doğu Yılmaz

# Das Rahmenübereinkommen des Europarats über KI und Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit und die Verordnung der Europäischen Union über Künstliche Intelligenz: Parallelen und Unterschiede

Elisabeth Hannah Woll\*

|                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Inhalt                                                                                                                                                                          |     |
| A. Einleitung                                                                                                                                                                   | 511 |
| B. Entstehung und Einordnung beider Regulierungsinstrumente                                                                                                                     | 512 |
| I. Institutionelle Umsetzung und Entstehung des Rahmenübereinkommens über KI und Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit des Europarats                              | 512 |
| II. Vorgeschichte und Entstehung der KI-Verordnung der EU und zuständige EU-Institutionen im Überblick                                                                          | 515 |
| C. Regulierungsansätze im Vergleich                                                                                                                                             | 519 |
| I. Risikobasierte Regulierung in der KI-Verordnung der Union: Einteilung der KI-Systeme nach Risikokategorien                                                                   | 519 |
| II. Ethische und menschenrechtliche Grundlagen im Rahmenübereinkommen des Europarats mit Fokus auf Menschenrechte, Privatsphäre, Nichtdiskriminierung und soziale Gerechtigkeit | 523 |
| D. Verantwortung, Haftung und Durchsetzung                                                                                                                                      | 525 |
| I. Sanktionen und Durchsetzung in der KI-Verordnung der Union                                                                                                                   | 525 |
| II. Durchsetzung und freiwillige Selbstverpflichtung im Europarat                                                                                                               | 526 |
| E. Vergleich der KI-Regulierungsinstrumente der EU und des Europarats                                                                                                           | 526 |
| I. Wirkung und Durchsetzungsmechanismen im Vergleich                                                                                                                            | 527 |
| II. Kooperation und Verschiebung der Dynamik zwischen EU und Europarat?                                                                                                         | 531 |
| III. Perspektiven und Herausforderungen                                                                                                                                         | 532 |
| F. Schlussbetrachtung                                                                                                                                                           | 533 |

\* Elisabeth Hannah Woll, B.A. in Philosophy and Sociology, LL.M. Candidate at the Europa-Institut, Saarland University (Germany). Email: hannah.e.woll@gmail.com.

## Abstract

Künstliche Intelligenz hält zunehmend Einzug in zentrale gesellschaftliche Lebensbereiche, ein Wandel der Fragen im Hinblick auf individuelle Sicherheit, demokratische Stabilität und soziale Gerechtigkeit aufwirft. Besonders risikobehaftet sind beispielsweise algorithmische Entscheidungen, die bestehende Diskriminierungsmuster verstärken und neue Formen der Manipulation ermöglichen können. Angesichts der zunehmenden Schwierigkeit, digitale Räume wirksam zu regulieren, haben sowohl die Europäische Union als auch der Europarat eigene Regulierungsinstrumente entwickelt: die 2024 in Kraft getretene KI-Verordnung der EU und das im selben Jahr zur Unterzeichnung freigegebene Rahmenübereinkommen des Europarats über KI, Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Dieser Beitrag vergleicht die beiden Regelwerke im Hinblick auf ihre institutionellen Ursprünge, rechtliche Ausgestaltung und Durchsetzungsmechanismen. Obwohl beide Instrumente den Schutz fundamentaler Rechte betonen, unterscheiden sie sich strukturell: die KI-Verordnung der EU etabliert ein verbindliches, risikobasiertes Regelungssystem mit klaren Sanktionsmechanismen, während das Übereinkommen des Europarats auf internationale Kooperation und politische Rechenschaftspflicht setzt, ohne rechtlich bindende Sanktionen. Abschließend wird untersucht, wie sich die institutionellen Rollen zwischen EU und Europarat im Bereich der KI-Regulierung verschieben, und welche Bedeutung einer verstärkten Zusammenarbeit für eine grundrechtsbasierte Regulierung im digitalen Zeitalter zukommt.

### **The CoE Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law and the EU's AI Act: Parallels and Differences**

The growing presence of artificial intelligence in key sectors of society is raising new concerns about personal security, democratic resilience or social equity. Of particular concern is the deepening of social inequalities, with algorithmic decision-making reinforcing discrimination and manipulation. As digital spaces grow increasingly difficult to govern, the European Union and the Council of Europe have introduced two regulatory frameworks: the EU's Artificial Intelligence Act, which entered into force in 2024, and the Council of Europe's Framework Convention on AI, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, open for signature since the same year. This paper compares the two instruments with a focus on their institutional origins, legal nature and implementation mechanisms. Although both frameworks emphasize the protection of fundamental rights, they differ in structure. The AI Act establishes a binding, risk-based regulatory system with direct applicability and defined enforcement via sanctions, while the Council of Europe's Framework is based on cooperation and political accountability, lacking binding sanctions. The paper further explores how the regulation of AI governance reflects a shift in regulatory leadership between the EU and the Council, especially in technology-related areas, and emphasizes the importance of cooperation to promote rights-based governance in the digital age.

**Keywords:** Artificial Intelligence Regulation, Digital Governance, EU Artificial Intelligence Act, Council of Europe Framework Convention on AI, Fundamental Rights in AI Governance, Human Rights Protection in AI Regulation, Discriminatory Algorithms

## A. Einleitung

Die Präsenz von Künstlicher Intelligenz im Alltag ist bereits so weit vorgedrungen, dass sie subtil in Prozesse und Nutzeranwendungen integriert wurde und oft kaum noch wahrgenommen wird. Der regelmäßige Griff zur scheinbar allwissenden ChatGPT-App ist mittlerweile für viele Normalität. Was zunächst als faszinierende Spielerei begann, etwa in Bezug auf die Generierung von Texten oder das zum-Leben-Erwecken von Bildern, hat sich zu einer Technologie entwickelt, die das Potenzial besitzt, ganze Industrien und Gesellschaften zu transformieren. In kreativen Branchen fühlen sich KünstlerInnen, JournalistInnen und GrafikerInnen in ihrer beruflichen Existenz bedroht, da ihre Tätigkeiten zunehmend durch Künstliche Intelligenz (KI) übernommen werden, aber auch Tätigkeiten im juristischen Bereich werden künftig in Teilen von KI ersetzt werden können, etwa durch KI-gestützte Vertragsanalysen oder die Digitalisierung ganzer Verfahrensschritte. Zudem wird die Notwendigkeit, sich kontinuierlich auf neue Technologien einzustellen, zu einer Verschiebung sozialer Strukturen und zu einer Zunahme sozialer Ungleichheit führen, nicht zuletzt auch weil die KI-Entwicklung von wenigen globalen Akteuren dominiert wird.<sup>1</sup>

In die technisch betrachtete mögliche Neutralität von KI-Systemen können durch Fehler in der Entwicklung strukturelle Vorurteile oder rassistische Denkmuster unreflektiert in die KI-generierten Ergebnisse einfließen. Dadurch werden diskriminierende Inhalte nicht nur reproduziert, sondern in automatisierten Prozessen verstärkt und gesellschaftlich verfestigt, mit potenziell gravierenden Auswirkungen auf Gleichheit bzw. Menschenrechte im Allgemeinen. Beispiele wie diese zeigen, dass die ethischen und gesellschaftlichen Fragestellungen, die mit dem Vormarsch von KI verbunden sind, vielfältig und weitreichend sind.

Angesichts dessen wird die Notwendigkeit zur politischen Einflussnahme und zur Schaffung angemessener regulatorischer Rahmenbedingungen immer dringlicher. Die aktuellen Initiativen des Europarats und der Europäischen Union zeigen deutlich, dass den Risiken Künstlicher Intelligenz sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene wachsende Bedeutung beigemessen wird, mit potenziell weitreichenden Konsequenzen für internationale Beziehungen.<sup>2</sup> Beide Organisationen teilen die Auffassung, dass Künstliche Intelligenz eine ambivalente Natur aufweist: Einerseits hat sie das Potenzial, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte und Demo-

<sup>1</sup> Golob, in: Villafranca (Hrsg.), S. 6.

<sup>2</sup> Nardocci, *Italian Journal of Public International Law*, S. 167.

kratie zu fördern, andererseits könnte sie diese Werte auch erheblich bedrohen.<sup>3</sup> Sowohl der Europarat als auch die Europäische Union verfolgen im Hinblick auf den Schutz der Menschenrechte eine vergleichbare Grundhaltung: Sie lehnen eine Selbstregulierung von KI-Technologien ab und plädieren stattdessen für die Schaffung eines verbindlichen rechtlichen Rahmens.<sup>4</sup>

Die im August 2024 in Kraft getretene KI-Verordnung der EU<sup>5</sup> und das Rahmenübereinkommen des Europarats, das im September 2024 zur Unterzeichnung aufgelegt wurde,<sup>6</sup> sind Ergebnisse dieses Vorhabens. Trotz der Übereinstimmung in den formulierten Zielen unterscheiden sich die jeweiligen Ansätze aufgrund ihrer unterschiedlichen institutionellen Strukturen und Entscheidungsverfahren.<sup>7</sup> Das Ziel dieses Artikels ist es, die beiden regulatorischen Instrumente vorzustellen und ihre Gemeinsamkeiten sowie Unterschiede vergleichend gegenüberzustellen, um sie abschließend einordnen zu können. Dabei werden zentrale Aspekte wie die unterschiedlichen institutionellen Rahmenbedingungen, Regulierungsansätze sowie die Mechanismen der Durchsetzung und Kontrolle untersucht. Zudem wird die Frage diskutiert, welches der beiden Instrumente aktuell größeren internationalen Einfluss entfaltet und welche Rolle Europa im globalen Diskurs um vertrauenswürdige KI einnehmen kann.

## B. Entstehung und Einordnung beider Regulierungsinstrumente

### I. Institutionelle Umsetzung und Entstehung des Rahmenübereinkommens über KI und Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit des Europarats

Bereits in den 1970er Jahren begann der Europarat, unverbindliche Resolutionen zum Schutz personenbezogener Daten zu erlassen, welche grundlegende Prinzipien für den Datenschutz festlegten und die Konventionsstaaten zu entsprechenden Maßnahmen aufforderten. Mit der Konvention Nr. 108 wurde 1981 die erste verbindliche Regelung zum Schutz personenbezogener Daten verabschiedet.<sup>8</sup> Mit der 2001 verabschiedeten *Budapester Konvention* legte der Europarat den ersten internationalen Vertrag zur Bekämpfung von Cyberkriminalität vor,<sup>9</sup> der inzwischen

3 *Council of Europe*, Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, und Verordnung (EU) 2024/1689.

4 *Nardocci*, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 170.

5 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates, abrufbar unter [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689\(11/7/2024\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689(11/7/2024)).

6 *Council of Europe*, Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, CETS No. 225, abrufbar unter: [https://rm.coe.int/1680afae3c\(11/7/2024\)](https://rm.coe.int/1680afae3c(11/7/2024)).

7 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 3.

8 Ebd., S. 7.

9 *Kimpian*, in: Bergström (Hrsg.), S. 37; *Übereinkommen über Computerkriminalität* vom 23.11.2001 (ETS No. 185).

durch zwei Zusatzprotokolle ergänzt wird.<sup>10</sup> In den folgenden Jahren, unter anderem mit der neuen Auflage der Konvention Nr. 108 im Jahre 1999, die damit zur Konvention 108+<sup>11</sup> wurde, modernisierte der Europarat seine Instrumente in Anpassung an den raschen technologischen Wandel und verschärfte seine Datenschutzregelungen durch das Protokoll von 2018 weiter.<sup>12</sup>

Im Jahr 2019, und damit ein Jahr nach der Vorstellung der KI-Strategie der Europäischen Union, veröffentlichte die Menschenrechtskommissarin des Europarats den Bericht *Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights*.<sup>13</sup> Dieser richtete sich an die Konventionsstaaten und verfolgte das Ziel, einen menschenrechtsfreundlichen Ansatz für KI-Technologien zu fördern.<sup>14</sup> Dieser Bericht bildete eine wichtige Grundlage für spätere KI-Initiativen des Europarats.<sup>15</sup>

Im Februar 2019 fand in Helsinki eine hochrangige Konferenz zur KI statt, organisiert vom finnischen Vorsitz des Ministerkomitees des Europarats. Unter den 400 Teilnehmenden befanden sich hochrangige VertreterInnen der Mitgliedstaaten, darunter JustizministerInnen, MenschenrechtsexpertInnen sowie VertreterInnen internationaler Organisationen.<sup>16</sup> Diese Konferenz unterstrich die Dringlichkeit politischer Reaktionen auf die Auswirkungen von KI auf Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit.<sup>17</sup> Auf der Konferenz wurde beschlossen, ein neues Gremium einzurichten, um die Notwendigkeit eines Rechtsrahmens für KI zu prüfen. Daraus entstand Ende 2019 das *Ad hoc*-Komitee zur Künstlichen Intelligenz (CAHAI), welches sich, als zwischenstaatliches Gremium mit pluralistischem Ansatz, neben den RegierungsvertreterInnen der 46 Mitgliedstaaten auch aus Beobachterstaaten, internationalen Organisationen wie der Europäischen Union, OECD

10 Zusatzprotokoll betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art vom 28.1.2003 (ETS No. 189); Zweites Zusatzprotokoll betreffend die Verstärkung der Zusammenarbeit und der Weitergabe vom elektronischem Beweismaterial vom 12.5.2022 (CETS No. 224 – noch nicht in Kraft).

11 Vgl. die vom Ministerkomitee beschlossenen Ergänzungen unter <https://rm.coe.int/168008c2b8> (11/7/2024).

12 Protokoll zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 10.10.2018 (CETS No. 223 – noch nicht in Kraft); *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 7.

13 *Council of Europe*, *Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights*, <https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e> (11/7/2024).

14 Ebd.

15 *Breuer*, *The Council of Europe as an AI Standard Setter*, in *Verfassungsblog*, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/the-council-of-europe-as-an-ai-standard-setter/> (11/7/2024).

16 *Council of Europe*, *Helsinki Conference on Artificial Intelligence*, unter: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/helsinki-conference-on-artificial-intelligence> (11/7/2024).

17 *Council of Europe*, *Governing the Game Changer, Impacts of artificial intelligence development on human rights, democracy and the rule of law*, unter: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/aiconference2019> (11/7/2024).

und UNESCO, sowie VertreterInnen aus Wissenschaft und Wirtschaft zusammensetzte.<sup>18</sup>

Im Dezember 2020 legte das CAHAI eine erste Machbarkeitsstudie zur KI-Regulierung vor: Sie analysierte bestehende nationale und internationale Regelungen und identifizierte Schlüsselwerte und Prinzipien, die das geplante Rahmenwerk prägen sollten.<sup>19</sup> Dabei verfolgte das CAHAI einen „Bottom-up“-Ansatz: Statt eine abstrakte, technologische Definition von KI als Ausgangspunkt zu wählen, konzentrierte man sich auf die konkreten Auswirkungen von KI-Systemen auf Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Alles, was in diesem Sinne Risiken mit sich brachte, fiel unter den breiten Sammelbegriff *Künstliche Intelligenz*.<sup>20</sup>

Im Gegensatz dazu war die Definition von KI bei der Entstehung der KI-Verordnung der EU ein höchst umstrittenes Thema. Die Diskussionen drehten sich vor allem um die Schwierigkeit, eine präzise und umfassende Definition zu finden, die sowohl die Entwicklung der Technologie abbildet als auch zukunftsichere regulatorische Maßnahmen ermöglicht.<sup>21</sup>

Im Dezember 2021 veröffentlichte das CAHAI schließlich seinen Abschlussbericht mit dem Titel *Mögliche Elemente eines Rechtsrahmens für künstliche Intelligenz, basierend auf den Standards des Europarats zu Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*.<sup>22</sup> Dieser enthielt Vorschläge für ein rechtsverbindliches, übergreifendes Instrument. Mit dem Ende des CAHAI-Mandats im Jahr 2021 wurde der Übergang zur nächsten Phase eingeleitet: Ab Januar 2022 übernahm das neu gegründete Komitee für Künstliche Intelligenz (CAI) die Verantwortung und setzte die Arbeit fort.<sup>23</sup>

Der Auftrag des CAI bestand darin, bis Ende 2023 ein rechtsverbindliches Instrument zur Entwicklung, Gestaltung und Anwendung von KI-Systemen zu erarbeiten, auf Grundlage der Standards des Europarats zu Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit und im Einklang mit den relevanten Beschlüssen des Ministerkomitees.<sup>24</sup> Das CAI setzte sich, wie zuvor das CAHAI, aus VertreterInnen der Konventionsstaaten des Europarats, WissenschaftlerInnen, sowie aus Beobachterstaaten und VertreterInnen internationaler Organisationen zusammen. Die Arbeitsweise des CAI war geprägt von einem mehrstufigen Konsultations- und

18 Council of Europe, Members of the ad hoc Committee on Artificial Intelligence, unter: <https://rm.coe.int/list-of-cahai-members-web/16809e7f8d> (11/7/2024).

19 Nardocci, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 181.

20 Nardocci, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 180.

21 European Parliament: EU Legislation in Progress – Artificial intelligence act, unter: <https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2024/09/Documento-riassuntivo-dellAI-Act-Parlamento-europeo-settembre-2024.pdf> (11/7/2024), S. 4 f.

22 CAHAI(2021)09rev, unter <https://rm.coe.int/cahai-2021-09rev-elements/1680a6d90d> (11/7/2024) (Übers. d. Verf.); Nardocci, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 182.

23 Council of Europe: CAHAI – Ad hoc Committee on Artificial Intelligence, unter: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai> (11/7/2024).

24 Nardocci, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 184.

Verhandlungsprozess.<sup>25</sup> Bei diesen Verhandlungen war auch die Europäische Union involviert, unter anderem durch die Beteiligung der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA), die an der 8. Plenarsitzung des CAI im Dezember 2023 in Straßburg teilnahm.<sup>26</sup>

Die eigentliche Grundlage für die finalen Verhandlungen bildete schließlich der darauf folgende *Consolidated Working Draft*, der im Juli 2023 veröffentlicht wurde: Diese konsolidierte Textfassung stellte erstmals ein zusammenhängendes, rechtlich kohärentes Dokument dar, das als Basis für die letzte Phase der Konsultationen und Abstimmungen diente.<sup>27</sup> Außerdem übernahm er viele inhaltliche Elemente aus dem Abschlussbericht des CAHAI und diente der Strukturierung der politischen und fachlichen Diskussion bezüglich Künstlicher Intelligenz.<sup>28</sup>

Im Mai 2024 wurde das Rahmenübereinkommen des Europarats über Künstliche Intelligenz, Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit während der 133. Sitzung des Ministerkomitees des Europarats in Straßburg angenommen und schließlich am 5. September 2024 zur Unterzeichnung aufgelegt.<sup>29</sup> Bisher haben, neben der Europäischen Union Andorra, Georgien, Island, Liechtenstein, Montenegro, Norwegen, die Republik Moldau, San Marino, die Schweiz, das Vereinigte Königreich, die Vereinigten Staaten von Amerika, Israel, Kanada und Japan unterzeichnet.<sup>30</sup> Gemäß Artikel 30 Abs. 3 tritt das Rahmenübereinkommen in Kraft, sobald es von mindestens fünf Vertragsparteien, darunter drei Mitgliedstaaten des Europarats, ratifiziert wurde.

## II. Vorgeschichte und Entstehung der KI-Verordnung der EU und zuständige EU-Institutionen im Überblick

„Die Art und Weise, wie wir uns der Künstlichen Intelligenz nähern, wird die Welt, in der wir in Zukunft leben, bestimmen.“<sup>31</sup>

Während der Europarat sich bereits in den 70er und 80er Jahren für Datenschutz einsetzte, wurde die Digitalisierung in der Union noch hauptsächlich als wirtschaftliches Potenzial betrachtet, wobei der Fokus auf Vermögenswerten lag, d.h. beson-

25 *Council of Europe*, Committee on Artificial Intelligence (CAI), unter: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai> (11/7/2024).

26 *European Union Agency for fundamental Rights*, Council of Europe Committee on AI, <https://fra.europa.eu/en/news/2023/council-europe-committee-ai> (11/7/2024).

27 *Council of Europe*, Consolidated Working Draft of the framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, unter: <https://rm.coe.int/cai-2023-18-consolidated-working-draft-framework-convention/1680abde66> (11/7/2024).

28 Nardocci, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 184.

29 *Council of Europe*, Committee on Artificial Intelligence (CAI), unter: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai> (11/7/2024).

30 Siehe <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&reatynum=225> (11/7/2024).

31 *Europäische Kommission*, Europäischer Ansatz für künstliche Intelligenz, unter: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/european-approach-artificial-intelligence> (11/7/2024).

ders auf der Förderung des freien Datenverkehrs innerhalb des Binnenmarktes, und weniger auf dem Schutz von Daten.<sup>32</sup>

In Reaktion auf die Konvention Nr. 108 des Europarats begann die Union 1981 schließlich, ihre Mitgliedstaaten aufzufordern, diese zu unterzeichnen und zu ratifizieren. Dies symbolisierte den ersten Schritt in Richtung eines Verständnisses für die Gefahren der Digitalisierung.<sup>33</sup> Durch den Aktionsplan *Sichereres Internet* zielte die Europäische Union im Jahr 1999 auf die Förderung einer sicheren Internetnutzung sowie die Bekämpfung illegaler und schädlicher Inhalte ab.<sup>34</sup> Parallel dazu wurden im selben Jahr auf dem Europäischen Rat in Helsinki digitale Themen erstmals im größeren politischen Rahmen angesprochen.<sup>35</sup>

Im Zuge des Vertrags von Lissabon (2009) stärkte die Europäische Union ihre Datenschutzvorschriften weiter und erließ 2016 auf Grundlage von Artikel 16 AEUV die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).<sup>36,37</sup> Damit übernahm sie eine führende Rolle bei der Entwicklung moderner Datenschutzgesetze, mit anhaltenden Auswirkungen über die Grenzen der Union hinaus – eine Wirkung, die auch als Brüssel-Effekt bezeichnet wird: es folgte schrittweise die weltweite Übernahme von EU-Standards durch globale Unternehmen, die Zugang zum europäischen Markt behalten wollten, und zwar auch für ihre außereuropäische Geschäftstätigkeit.<sup>38</sup>

Den Übergang von der Netzregulierung hin zur Regulierung von KI-Technologien markiert die Veröffentlichung der Mitteilung *Künstliche Intelligenz für Europa* durch die Europäische Kommission am 25. April 2018.<sup>39</sup> Ende 2018 bildete der *Koordinierte Plan für Künstliche Intelligenz* den operativen Auftakt der damit beginnenden KI-Governance. Der Plan stellte einen ersten konkreten Versuch dar, eine europäische Antwort auf die wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und technologischen Herausforderungen durch KI zu formulieren.<sup>40</sup> Er enthielt sowohl sektorenübergreifende Maßnahmen zur Förderung und Einführung von KI-Systemen als auch konkrete Finanzierungsinstrumente, die die technologische Entwicklung und Verbreitung innerhalb Europas begünstigen sollten.<sup>41</sup> Darüber hinaus wurden die Mitgliedstaaten sowie assoziierten Länder wie Norwegen und die Schweiz aufgefor-

32 Streinz, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), S. 909 f.

33 Levantino/Paolucci, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 7.

34 Europäische Union, Entscheidung Nr. 276/1999/EG, Aktionsplan für ein sichereres Internet, unter <https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/action-plan-for-a-safer-internet-1999-2004.html> (11/7/2024).

35 *European Parliament*, Helsinki European Council, [https://www.europarl.europa.eu/summits/hel2\\_en.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/hel2_en.htm).

36 Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016 (ABl. 2016 Nr. L 119/1; 2016 Nr. L 314/72; 2018 Nr. L 127/2; 2021 Nr. L 74/35)/ Levantino/Paolucci, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 8

37

38 Bradford, S. XIV ff.

39 *Europäische Kommission*, Koordinierter Plan für künstliche Intelligenz, unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/plan-ai> (11/7/2024).

40 Ebd.

41 Ebd.

dert, nationale KI-Strategien zu entwerfen, um die Koordination zwischen den politischen Ebenen weiter zu stärken und nationale Besonderheiten in den übergeordneten europäischen Rahmen zu integrieren.<sup>42</sup> Eine grundlegende Aktualisierung des Koordinierten Plans erfolgte 2021 und beinhaltete die Stärkung von Forschung und Innovation, die Etablierung ethischer Leitlinien sowie den strategischen Ausbau des weltweiten Wettbewerbspotenzials Europas im Bereich KI.<sup>43</sup>

Im Jahr 2020 wurde außerdem mit der Vorstellung des *Weißbuches zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen* eine Bewertungsliste für vertrauenswürdige KI vorgestellt.<sup>44</sup> Im Weißbuch ist bereits beschrieben, dass es Regelungen zum „Schutz der Grundrechte und der Verbraucherrechte“ bedürfe.<sup>45</sup>

Zur institutionellen Stärkung der KI-Governance wurde im Januar 2024 das europäische Amt für künstliche Intelligenz (*AI Office*) ins Leben gerufen.<sup>46</sup> Dieses Amt, angesiedelt innerhalb der Europäischen Kommission, ist in verschiedene Fachreferate wie KI-Sicherheit und Politikkoordination unterteilt und wird von wissenschaftlichen sowie internationalen BeraterInnen unterstützt. Mit rund 140 Mitarbeitenden soll es die Implementierung der KI-Verordnung begleiten, seine Umsetzung überwachen und die Verwirklichung einer vertrauenswürdigen KI im gesamten Binnenmarkt sicherstellen.<sup>47</sup> Dazu gehören die Unterstützung bei der Anwendung des Rechtsrahmens sowie der Zugang zu sogenannten KI-Sandkästen, geschützten Testumgebungen, in denen Unternehmen neue KI-Systeme unter realitätsnahen Bedingungen erproben können, ohne dabei sofort alle regulatorischen Anforderungen erfüllen zu müssen.<sup>48</sup>

Die *European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade*, die im Dezember 2022 von den PräsidentInnen der drei EU-Institutionen unterzeichnet wurde, sendete trotz ihrer fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit ein klares Zeichen dafür, dass sich die Union nun ernsthaft den digitalen Herausforderungen stellen will.<sup>49</sup>

42 *Europäische Kommission*, Koordinierter Plan für künstliche Intelligenz, unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/plan-ai> (11/7/2024).

43 Ebd.

44 *Europäische Kommission*, COM(2020) 65 final, Weißbuch Zur Künstlichen Intelligenz, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52020DC0065> (11/7/2024).

45 Ebd.

46 *Deutscher Bundestag*, Europäisches AI Office soll Know-how im KI-Bereich bündeln, unter <https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-995858> (11/7/2024).

47 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 2.

48 *Europäische Kommission*, Koordinierter Plan für künstliche Intelligenz, unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/plan-ai> (11/7/2024) und Artikel 57 (KI-Reallabore).

49 *Giegerich*, How to Regulate Artificial Intelligence: A Screenshot of Rapidly Developing Global, Regional and European Regulatory Processes, abrufbar unter: <https://jean-monne-t-saar.eu/wp-content/uploads/2023/09/ExpertPaperGiegerichAI.pdf> (11/7/2024).

Die KI-Verordnung der EU, welches bereits 2021 durch die Kommission vorgeschlagen wurde,<sup>50</sup> wurde schließlich im März 2024 vom Europäischen Parlament und dem Rat offiziell verabschiedet und ist am 1. August 2024 in Kraft getreten, wobei die volle Anwendbarkeit aller Regelungen gem. Art. 113 erst nach einer zweijährigen Übergangsfrist am 2. August 2026 erfolgen wird.<sup>51</sup> Mit dem Inkrafttreten der KI-Verordnung wurde auch das *European Artificial Intelligence Board* ins Leben gerufen, das seit August 2024 formell tätig ist: Es setzt sich aus VertreterInnen der EU-Mitgliedstaaten zusammen und wird vom europäischen Amt für künstliche Intelligenz organisatorisch unterstützt, das zugleich das Sekretariat des Boards stellt.<sup>52</sup> Das Gremium hat die Aufgabe, die einheitliche Anwendung der Verordnung sicherzustellen, die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten zu fördern und strategische Empfehlungen zur Weiterentwicklung der KI-Politik auf europäischer Ebene zu erarbeiten. Dabei spielt das *AI Board* auch eine Rolle in internationalen Partnerschaften und bei der Mitgestaltung globaler KI-Politik.<sup>53</sup>

Im April 2025 hat die Europäische Kommission außerdem den langfristig angelegten *AI Continent Action Plan* veröffentlicht, der auf den Prinzipien der KI-Verordnung basiert.<sup>54</sup> Dieser strategische Rahmen ist Teil der Ambition, Europa zu einem global prägenden *KI-Kontinent* zu entwickeln, und gliedert sich in fünf zentrale Handlungsfelder: den Aufbau einer groß angelegten KI-Computing-Infrastruktur, welche die Einrichtung von mindestens 13 KI-Fabriken und bis zu fünf KI-Gigafabriken umfasst, die mit starker Rechenleistung ausgestattet werden sollen, um komplexe KI-Modelle entwickeln und trainieren zu können; eine nachhaltige und faire Datenpolitik; die Vereinfachung regulatorischer Rahmenbedingungen für KI-Anwendungen; die Entwicklung leistungsfähiger und vertrauenswürdiger Algorithmen sowie die Förderung von KI-spezifischen Kompetenzen in Bildung und Weiterbildung.<sup>55</sup>

Die Finanzierung der ambitionierten KI-Ziele wurde im Februar 2025 mit der Initiative *InvestAI* vorangetrieben, die bis zu 200 Milliarden Euro für den europä-

50 *Europäische Kommission*: Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz, unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence> (11/7/2024).

51 *Trüe*, in: Lisowski/ Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 179. Art. 6 Abs. 1 und die entsprechenden Pflichten gemäß der Verordnung gelten sogar erst ab 2.8.2027.

52 Europäische Kommission, *AI Board*, unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-board> (11/7/2024).

53 Ebd.

54 *Europäische Kommission*, Shaping Europe's leadership in artificial intelligence with the AI continent action plan, unter [https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/ai-continent\\_en](https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/ai-continent_en) (11/7/2024).

55 Ebd.; Europäischer Datenschutzbeauftragter, EDSB Strategie, unter [https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/15-07-30\\_strategy\\_2015\\_2019\\_update\\_de.pdf](https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/15-07-30_strategy_2015_2019_update_de.pdf) (11/7/2024).

ischen KI-Sektor mobilisieren soll. Erste Förderprogramme und Risikokapitalbeteiligungen wurden bereits gestartet.<sup>56</sup>

## C. Regulierungsansätze im Vergleich

### I. Risikobasierte Regulierung in der KI-Verordnung der Union: Einteilung der KI-Systeme nach Risikokategorien

Die KI-Verordnung der EU verfolgt einen horizontalen Ansatz, womit sie für sämtliche KI-Systeme gilt, die auf dem Binnenmarkt in Verkehr gebracht werden, unabhängig davon, ob sie innerhalb oder außerhalb der EU hergestellt wurden.<sup>57</sup> Die Verordnung wurde auch in das Konzept für die Produktkonformität in der Europäischen Union eingebettet, was die Verpflichtung zur CE-Kennzeichnung und Konformitätsbewertung der betroffenen Produkte und Dienstleistungen umfasst.<sup>58</sup> Die CE-Kennzeichnung zeigt an, dass ein Produkt den europäischen Sicherheits-, Gesundheits- und Umweltaanforderungen entspricht und somit im gesamten Binnenmarkt frei gehandelt werden darf.<sup>59</sup>

Die Rechtsgrundlage für die KI-Verordnung der EU bilden im Wesentlichen die Artikel 114<sup>60</sup> und Artikel 16 AEUV (letzterer bezüglich der Datenschutzvorgaben). Artikel 114 AEUV gibt der Union die Berechtigung zu Harmonisierungsmaßnahmen, um das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, weshalb die Verordnung der digitalen Binnenmarktstrategie zugeordnet wird. Es soll die „Entwicklung, das Inverkehrbringen und die Nutzung von Produkten und Dienstleistungen mit KI-Technologien oder eigenständigen KI-Systemen“ im Binnenmarkt sicherstellen.<sup>61</sup>

Das zentrale Ordnungsprinzip der Regulierung ist ein risikobasierter Ansatz. Er differenziert zwischen verschiedenen Risikostufen, unter denen KI-Systeme eingeordnet werden, orientiert am jeweiligen Gefährdungspotenzial für Menschen, Gesellschaft und die öffentliche Ordnung. Es werden vier Risikoklassen unterschieden: unvertretbares Risiko, hohes Risiko, begrenztes Risiko und minimales Risiko. Jede dieser Klassen unterliegt unterschiedlichen regulatorischen Anforderungen.<sup>62</sup>

56 *Europäische Kommission*, EU startet InvestAI-Initiative zur Mobilisierung von 200 Mrd. EUR an Investitionen in künstliche Intelligenz, unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/news/eu-launches-investai-initiative-mobilise-eu200-billion-investment-artificial-intelligence> (11/7/2024).

57 *Giegerich*, How to Regulate Artificial Intelligence: A Screenshot of Rapidly Developing Global, Regional and European Regulatory Processes, abrufbar unter: <https://jean-monne-t-saar.eu/wp-content/uploads/2023/09/ExpertPaperGiegerichAI.pdf> (11/7/2024).

58 Artikel 48 der Verordnung.

59 Europäische Kommission, CE Marking, [https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/ce-marking\\_en?prefLang=de](https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/ce-marking_en?prefLang=de) (11/7/2024).

60 *Nardocci*, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 174.

61 *Giegerich*, How to Regulate Artificial Intelligence: A Screenshot of Rapidly Developing Global, Regional and European Regulatory Processes, abrufbar unter: <https://jean-monne-t-saar.eu/wp-content/uploads/2023/09/ExpertPaperGiegerichAI.pdf> (11/7/2024).

62 *Trüe*, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 185.

Die strengste Kategorie betrifft KI-Systeme, die ein unvertretbares Risiko darstellen, weil sie eine ernsthafte Gefährdung für grundlegende Menschenrechte mit sich bringen (Artikel 5 der Verordnung). Dazu zählen KI-Anwendungen, die unbewusst und unterhalb der Wahrnehmungsschwelle Entscheidungen oder Verhaltensweisen von Menschen manipulieren, sowie der gezielte Einsatz von KI gegen vulnerable Gruppen, etwa Kinder, ältere Menschen, Personen mit Behinderungen oder in Armut lebende Menschen, beispielsweise durch ein KI-gestütztes Kreditbewertungssystem, das diesen Gruppen nachteilige Kreditangebote unterbreitet.<sup>63</sup> Auch die Einführung eines sogenannter *Social Scoring-Systeme* nach dem Vorbild des chinesischen Sozialkredit-Systems, bei dem Menschen je nach Verhalten, Meinung oder Lebensstil bewertet und entsprechend gesellschaftlich belohnt oder sanktioniert werden, wird unter diesem Artikel untersagt.<sup>64</sup> In Europa wären solche Anwendungen mit den fundamentalen Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und des Datenschutzes unvereinbar, da sie beispielsweise Artikel 10 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verletzen, der die Freiheit des Denkens, des Gewissens und der Religion schützt.<sup>65</sup> Ebenso untersagt sind Verfahren zur Emotionserkennung am Arbeitsplatz und in Bildungseinrichtungen sowie die biometrische Kategorisierung von Personen auf Grundlage potenziell unfairer Kriterien, um Diskriminierung zu vermeiden.<sup>66</sup>

Um unkontrollierter Überwachung entgegenzuwirken, zählen auch KI-Systeme zur nachträglichen biometrischen Fernidentifizierung zu Hochrisiko-KI-Systemen und sind nur zur Aufklärung schwerer Straftaten und nach Genehmigung einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde zulässig (Artikel 26 Abs. 10 der Verordnung). Allerdings bleibt unklar, welche Stellen konkret als eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde gelten. Die Verordnung überlässt den Mitgliedstaaten damit einen weiten Ermessensspielraum, welche Behörde für die Genehmigung des Einsatzes in Echtzeit zuständig ist.<sup>67</sup> Diese Entscheidung sollte indes allein Gerichten vorbehalten sein, und der weite Spielraum könnte eine Lücke im Menschenrechtsschutz darstellen.<sup>68</sup>

Die zweite Risikoklasse der hochriskanten KI-Systeme fällt unter Artikel 6 Abs. 1 und betrifft vor allem Anwendungsbereiche, in denen der Einsatz von KI potenziell Auswirkungen auf die Sicherheit und die Grundrechte von Individuen haben kann, insbesondere in Bereichen, in denen das KI-System als Sicherheitskomponente eines Produkts dient oder selbst ein Produkt darstellt, das unter die in der Union harmonisierte Gesetzgebung fällt und eine Drittparteibewertung der Konformität erfordert (Art. 6 Abs. 1).<sup>69</sup> So könnte ein KI-System zur Bewerbervorauswahl etwa Bewerbungen von Personen mit ausländisch klingenden Namen systematisch schlechter bewerten, wenn es auf Trainingsdaten basiert, die rassistische

63 Erwägungsgrund 58 der Verordnung.

64 Erwägungsgrund 31 der Verordnung.

65 Trüe, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 188.

66 Ebd., S. 186.

67 Levantino/Paolucci, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 15.

68 Ebd.

69 Trüe, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 189.

Diskriminierung aus früheren Auswahlprozessen widerspiegeln, wodurch diese automatisiert und verstärkt würde.<sup>70</sup> Auch intelligente Verkehrssteuerungssysteme, autonome Fahrzeuge oder KI in der medizinischen Diagnostik fallen unter diese Kategorie.<sup>71</sup> Die Verordnung verpflichtet Anbieter solcher Systeme zu einem umfassenden Risikomanagement: Es muss sichergestellt sein, dass die eingesetzten Daten repräsentativ und frei von Verzerrungen sind, dass sie eine ausreichende Transparenz gewährleisten und dass der Mensch jederzeit die Möglichkeit zur Kontrolle und zum Eingreifen behält.<sup>72</sup>

Die dritte Risikoklasse betrifft Anwendungen mit begrenztem Risiko.<sup>73</sup> Beispiele sind KI-Systeme, die einfache Aufgaben erledigen, etwa indem sie eingehende Dokumente in Kategorien einteilen, doppelte Anträge erkennen oder Übersetzungen durchführen (Erwägungsgrund 53). Um mögliche Probleme zu vermeiden, schreibt die KI-Verordnung der EU vor, dass solche Systeme zumindest transparent sein müssen. Auch müssen Nutzer darüber informiert werden, wenn sie mit einer KI interagieren oder Inhalte von einer KI erstellt wurden (Erwägungsgrund 27).

Die letzte und am wenigsten regulierte Gruppe betrifft KI-Anwendungen mit minimalem Risiko: Hierunter fallen Systeme, die bereits heute in breitem Umfang eingesetzt werden und von denen keine unmittelbare Gefährdung von Rechten oder Sicherheit erwartet wird, wie beispielsweise KI-gestützte Videospiele oder Spamfilter.<sup>74</sup> Die EU verzichtet in solchen Fällen auf zusätzliche Pflichten über das bestehende Datenschutzrecht hinaus. Stattdessen fördert die Verordnung freiwillige Selbstverpflichtungen der Unternehmen in Form von Verhaltenskodizes (Erwägungsgrund 165). Dies soll eine innovationsfreundliche Umgebung schaffen, in der auch kleine und mittlere Unternehmen neue KI-Lösungen entwickeln können, ohne durch übermäßige Bürokratie belastet zu werden.<sup>75</sup>

Artikel 27 der Verordnung verpflichtet Betreiber von Hochrisiko-KI-Systemen außerdem im Sinne von Artikel 6 Abs. 2 zur Durchführung einer Grundrechte-Folgenabschätzung (FRIA). Damit müssen sie vor dem Einsatz entsprechender KI-Systeme eine gründliche Bewertung möglicher Auswirkungen auf die Grundrechte vornehmen.

Diese Idee einer grundrechtsbasierten Folgenabschätzung kam ursprünglich vom Europarat, als das CAHAI mit dem Human Rights, Democracy, and the Rule of Law Impact Assessment (*HUDERIA*) ein deutlich umfassenderes Modell entwickelte, das nicht nur für Hochrisiko-Systeme gelten, sondern im gesamten Lebenszyklus und für alle Arten KI-basierter Technologien Anwendung finden sollte und neben Grundrechten auch Aspekte von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit berücksichtigt hätte.<sup>76</sup> Dieser Ansatz wurde in der finalen Fassung der Rahmen-

70 Ebd., S. 193.

71 Vgl. Erwägungsgrund 50 der Verordnung; Trüe, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 192.

72 Trüe, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 193 ff.

73 Trüe, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 206.

74 Trüe, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 209.

75 Ebd.

76 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 14.

konvention jedoch fallen gelassen, während die EU einen risikobasierten Ansatz integriert hat.<sup>77</sup>

Artikel 2 Abs. 3 stellt klar, dass der Anwendungsbereich der KI-Verordnung die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten im Bereich der nationalen Sicherheit unberührt lässt, unabhängig davon, welche Stellen tätig werden. Diese Ausnahme birgt jedoch die Gefahr, dass unter dem Deckmantel der nationalen Sicherheit KI-Systeme eingesetzt werden, ohne dass der Schutz der Menschenrechte in ausreichendem Maße gewährleistet ist.<sup>78</sup>

Es ist auch erwähnenswert, dass die Implementierung der KI-Verordnung zu einer impliziten Erweiterung der Zuständigkeiten der Europäischen Union kommt. Nach Artikel 51 Absatz 1 der EU-Grundrechtecharta ist diese grundsätzlich nur auf das Handeln der Organe der Union sowie auf die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Unionsrecht anwendbar. Durch die KI-Verordnung müssen sich aber nationale Behörden, die KI-Systeme z.B. in Verwaltung, Polizei oder Asylverfahren nutzen, an die Vorgaben aus der KI-Verordnung halten. Dadurch könnten diese ursprünglich rein nationalen Angelegenheiten unter das Unionsrecht fallen und die Union Einfluss auf Bereiche erhalten, die zuvor allein der nationalen Regelung unterlagen, da sie als solche nicht von Artikel 51 Absatz 1 erfasst werden. Die KI-Verordnung könnte also im Nebeneffekt zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des EU-Rechts führen, was einer eingehenderen Untersuchung bedürfte, die hier nicht geleistet werden kann.<sup>79</sup>

Auch die Definition von KI-Systemen in der KI-Verordnung stößt weiterhin auf Kritik, da sie als zu weit gefasst gilt. So werden auch einfache algorithmische Verfahren, die keine hochentwickelten KI-Technologien beinhalten, als KI-Systeme betrachtet. Diese weite Auslegung könnte zu einer Überregulierung führen und durch die damit verbundene Hemmschwelle für Innovation den Wettbewerb in Europa beeinträchtigen.<sup>80</sup> In Anbetracht der Komplexität dieser Regulierungen bleibt abzuwarten, inwieweit die strengen Transparenzpflichten und Anforderungen an das Risikomanagement in der KI-Verordnung den Balanceakt zwischen Innovationsförderung und Grundrechtsschutz gefährden wird.<sup>81</sup>

77 Erwägungsgrund 26 der Verordnung (AI Act); *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 12 f.

78 *Lisowski*, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 15.

79 *Fink*, The Hidden Reach of the EU AI Act, Expanding the Scope of EU Public Power, Verfassungsblog, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/the-hidden-reach-of-the-eu-ai-act/> (11/7/2024).

80 *Schuett*, Risk Management in the Artificial Intelligence Act, Cambridge University Press, abrufbar unter <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/2E4D5707E65EFB3251A76E288BA74068/S1867299X23000016a.pdf/risk-management-in-the-artificial-intelligence-act.pdf> (11/7/2024).

81 *Trüe*, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 209 ff.

## II. Ethische und menschenrechtliche Grundlagen im Rahmenübereinkommen des Europarats mit Fokus auf Menschenrechte, Privatsphäre, Nichtdiskriminierung und soziale Gerechtigkeit

In der Präambel hebt das KI-Rahmenübereinkommen des Europarats hervor, dass Künstliche Intelligenz die Chance bietet, Menschenrechte, Demokratie und den Rechtsstaat zu fördern und zu schützen, während sie andererseits erhebliche Risiken birgt, wie etwa Diskriminierung in verschiedenen Bereichen, Ungleichheit der Geschlechter, die Gefährdung demokratischer Prozesse, die Einschränkung der Menschenwürde oder individuellen Autonomie sowie den potenziellen Missbrauch von KI-Systemen durch Staaten zu repressiven Zwecken. Auch verweist das Übereinkommen auf die Bedeutung des gesellschaftlichen Vertrauens und die Gefahr einer Erosion dieses Vertrauens durch automatisierte Prozesse und algorithmische Intransparenz, insbesondere im Verhältnis zwischen BürgerInnen und Staat oder im Kontext der demokratischen Willensbildung.

Das Rahmenübereinkommen umfasst 36 Kapitel und bezieht sich auf sieben Kernprinzipien: Menschenwürde und individuelle Autonomie, Transparenz und Aufsicht, Rechenschaftspflicht und Reproduzierbarkeit, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, Privatsphäre und Datenschutz, Zuverlässigkeit sowie sichere Innovation (Artikel 7-13). In der Ausarbeitung des Rahmenabkommens haben internationale Rechtsinstrumente wie die EMRK, der ICCPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte) sowie Prinzipien der OECD und UNESCO eine wichtige Rolle gespielt – was unterstreicht, dass das KI-Übereinkommen die internationale Zusammenarbeit im Bereich der Künstlichen Intelligenz stärken und die Harmonisierung der KI-Governance auf globaler Ebene fördern will.<sup>82</sup> Der Geltungsbereich des Rahmenübereinkommens erfasst laut Artikel 3 sämtliche Aktivitäten innerhalb des Lebenszyklus von KI-Systemen, sofern diese potenziell mit menschenrechtlichen, demokratischen oder rechtsstaatlichen Prinzipien interferieren können. Das Abkommen sieht also nicht vor, neue Menschenrechte zu formulieren, sondern will die effektive Umsetzung bereits bestehender menschenrechtlicher, demokratischer und rechtsstaatlicher Verpflichtungen der Konventionsstaaten unter den veränderten technologischen Bedingungen sichern.

Nach Artikel 4 ist jede Vertragspartei verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass alle Aktivitäten im Lebenszyklus von KI-Systemen mit den menschenrechtlichen Verpflichtungen übereinstimmen, die im geltenden internationalen und nationalen Recht festgelegt sind. Insbesondere muss die „Menschenwürde und individuelle Autonomie“ (Art. 7) auch im Kontext von KI gewahrt bleiben. Dies umfasst nicht nur die Verabschiedung entsprechender Gesetze und Vorschriften, sondern auch den Einsatz personeller und finanzieller Ressour-

82 *Council of Europe*, Members of the ad hoc Committee on Artificial Intelligence, <https://rm.coe.int/list-of-cahai-members-web/16809e7f8d> (11/7/2024).

cen sowie den Ausbau von Schulungen und Informationsmaßnahmen.<sup>83</sup> Regelungen wie diese machen deutlich, dass der Europarat mit dem Rahmenübereinkommen in seiner Zielsetzung nahe an den allgemeinen Zielen der EMRK bleibt.

Die Parteien verfügen in der Umsetzung dieser Vorgaben des Rahmenübereinkommens über Flexibilität: Entscheidend ist, dass alle gewählten Umsetzungsmaßnahmen die Einhaltung der Menschenrechte gewährleisten (Art. 4). Es handelt sich also um eine Ergebnisverpflichtung, ohne dass konkrete Vorgaben zu den einzusetzenden Mitteln gemacht werden. In diesem Zusammenhang ist das Prinzip der Subsidiarität zentral: Die Hauptverantwortung für die Achtung der Menschenrechte sowie für die Bereitstellung wirksamer Rechtsbehelfe bei etwaigen Verletzungen liegt bei den Vertragsparteien.<sup>84</sup>

Im Hinblick auf das Prinzip der Nichtdiskriminierung müssen Gefahren, wie etwa diskriminierende Entscheidungen, unrechtmäßige Überwachung oder die Beeinflussung richterlicher Urteile durch KI-basierte Anwendungen, adressiert werden. Ein zentraler Aspekt hierbei ist die Berücksichtigung von *Bias* in KI-Systemen: ähnlich wie das oben genannte Beispiel der Risiken bei der Auswahl von Bewerbern bezeichnet *Bias* eine Verzerrung oder ein Ungleichgewicht, welche absichtlich oder unbeabsichtigt in den Lebenszyklus eines KI-Systems integriert werden und deshalb zu unfairen oder diskriminierenden Ergebnissen führen können.<sup>85</sup>

Hinsichtlich Transparenz sind die Vertragsstaaten verpflichtet, gegenüber dem Europarat offenzulegen, wie sie die Einbeziehung des Privatsektors konkret ausgestalten. Diese Erklärungen sind bei Unterzeichnung oder Ratifizierung abzugeben und können später angepasst werden (Art. 3 Abs. 1 lit. b; Art. 8).

Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten (Art. 3 Abs. 3) können von der Anwendung der Konvention ausgenommen werden, sofern sie sich auf KI-Systeme beziehen, die noch nicht zur Nutzung freigegeben wurden und keine absehbaren Risiken für Menschenrechte, Demokratie oder Rechtsstaatlichkeit erzeugen. Wird ein solches System jedoch zur Anwendung gebracht, fällt es grundsätzlich in den Geltungsbereich des Rahmenübereinkommens. Auch unter Berufung auf den Schutz nationaler Sicherheitsinteressen können bestimmte Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des Rahmenübereinkommens ausgenommen werden (Art. 3 Abs. 2). Diese Ausnahme gilt jedoch ausschließlich, wenn und soweit die betreffenden Maßnahmen unmittelbar der Wahrung nationaler Sicherheit dienen. Unter der gleichen Begründung können auch Transparenzverpflichtungen eingeschränkt werden. Im Falle einer Ausnahme ist dennoch immer ein angemessener Ausgleich mit den menschenrechtlichen Schutzstandards sicherzustellen (Art. 3 Abs. 2).

Das Rahmenübereinkommen richtet sich in seinen Anforderungen also nur indirekt an private Akteure. Ursprüngliche Pläne des CAHAI haben vorgesehen, auch

83 Galetta, The Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence vs. the EU Regulation: two quite different legal instruments, abrufbar unter: <https://ceridap.eu/the-council-of-europe-framework-convention-on-artificial-intelligence-vs-the-eu-regulation-two-quite-different-legal-instruments/?lng=en> (11/7/2024).

84 Council of Europe, Explanatory Report, unter <https://rm.coe.int/1680afae67> (11/7/2024).

85 Ebd.

den Privatsektor deutlich stärker in die Pflicht zu nehmen, ein Aspekt, der in der finalen Fassung unterrepräsentiert ist.<sup>86</sup> Ein deutlich stärker ausgelegter Schutz wäre beispielsweise durch die oben genannte, aber verworfene HUDERIA-Idee geboten gewesen, die nun in Artikel 16 lediglich durch die Einführung eines *Rahmens für Risiko- und Folgenmanagement* ersetzt wurde. Dabei bleibt den Vertragsstaaten jedoch viel Flexibilität bei der konkreten Umsetzung, was das Risiko einer uneinheitlichen Anwendung und unterschiedlich hoher Schutzstandards mit sich bringt.<sup>87</sup>

## D. Verantwortung, Haftung und Durchsetzung

### I. Sanktionen und Durchsetzung in der KI-Verordnung der Union

Die KI-Verordnung der EU gilt als Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar in allen Mitgliedstaaten und verdrängt kraft ihres Anwendungsvorrangs nationales Recht.<sup>88</sup> Sie verpflichtet alle relevanten Akteure, Hersteller, Anbieter, Betreiber und Importeure, die KI-Systeme in der EU vertreiben oder einsetzen, zur Einhaltung der Vorgaben.<sup>89</sup> Produkte, die die Anforderungen nicht erfüllen, dürfen nicht auf den Markt gebracht werden oder werden vom Markt genommen.<sup>90</sup> Nach Artikel 2 müssen die Mitgliedstaaten zuständige Behörden zur Überwachung der Umsetzung benennen, während auf EU-Ebene der Europäische Ausschuss für Künstliche Intelligenz die Koordination übernimmt.<sup>91</sup> Die Verordnung sieht verschiedene Bußgeldrahmen vor, die sich am jeweiligen Regelungsverstoß orientieren. Verstöße gegen das in Artikel 5 geregelte Verbot bestimmter KI-Praktiken unterliegen dem höchsten Bußgeldrahmen und können Bußgelder bis zu 35 Millionen Euro oder 7 % des weltweiten Jahresumsatzes zur Folge haben. Für Falschinformationen an Behörden drohen bis zu 7,5 Millionen Euro oder 1 % des Jahresumsatzes. Für KMU und Start-ups gelten reduzierte Obergrenzen (Art. 99 Abs. 6). Die Höhe der Sanktion richtet sich u. a. nach Schwere, Dauer und Ausmaß des Verstoßes sowie der Kooperation mit Aufsichtsstellen (Art. 99 Abs. 7).

Neben den Mitgliedstaaten ist auf Unionsebene der Europäische Datenschutzbeauftragte für die Überwachung der Einhaltung durch EU-Organe und Einrichtungen zuständig. Mitgliedstaaten müssen ihre Sanktionsregelungen der Kommission melden und jährlich über verhängte Strafen berichten. Verfahrensgarantien, etwa das Recht auf gerichtliche Überprüfung, sind dabei stets einzuhalten (Art. 99 Abs. 10).

<sup>86</sup> *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 11.

<sup>87</sup> *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 12, 13.

<sup>88</sup> *Trüe*, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 184.

<sup>89</sup> Ebd.

<sup>90</sup> *Giegerich*, How to Regulate Artificial Intelligence: A Screenshot of Rapidly Developing Global, Regional and European Regulatory Processes, abrufbar unter: <https://jean-monne-t-saar.eu/wp-content/uploads/2023/09/ExpertPaperGiegerichAI.pdf>. (22.3.2025).

<sup>91</sup> *Trüe*, in: Lisowski/Scholz/Trüe (Hrsg.), S. 206.

## II. Durchsetzung und freiwillige Selbstverpflichtung im Europarat

Während die KI-Verordnung der EU auf einen verbindlichen, sanktionsgestützten Regelungsrahmen setzt, ist dem KI-Rahmenübereinkommen des Europarats ein deutlich anders gelagerter Ansatz inhärent. Statt formaler Durchsetzungsmechanismen setzt es auf informelle Steuerung, freiwillige Selbstverpflichtung und politische Rechenschaftspflichten der Vertragsparteien. Die Durchsetzung erfolgt damit nicht über Sanktionen, sondern über institutionellen Austausch, Monitoring und gegenseitige Kontrolle (Art. 23 ff.).

Zentrales Organ ist die Vertragsstaatenkonferenz, die den multilateralen Austausch über Auslegung, Anwendung und Weiterentwicklung des Übereinkommens koordiniert. Sie besteht aus den Vertreterinnen und Vertretern der Staaten und dient dem regelmäßigen Austausch über die Anwendung des Übereinkommens, etwa zur Interpretation einzelner Bestimmungen, zur Bewertung rechtlicher, technischer und politischer Entwicklungen sowie zur Diskussion möglicher Änderungen. Zudem fördert die Konferenz die Zusammenarbeit mit relevanten Interessenträgern und kann öffentliche Anhörungen durchführen. Konkrete Sanktionsmaßnahmen im Falle von Verstößen sind nicht vorgesehen.

Ein zentrales Instrument der informellen Durchsetzung ist die Berichtspflicht nach Artikel 24. Vertragsparteien sind verpflichtet, innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten ihrer Mitgliedschaft sowie in regelmäßigen Abständen über Maßnahmen zur Umsetzung der in Artikel 3 genannten grundlegenden Verpflichtungen zu berichten. Form und Rhythmus dieser Berichterstattung werden durch die Vertragsstaatenkonferenz festgelegt (Artikel 26). Zur innerstaatlichen Umsetzung sieht Artikel 26 auch die Einrichtung oder Benennung unabhängiger, sachkundiger Aufsichtsmechanismen vor, wobei den Staaten viel Flexibilität zukommt. Die Koordination mit bestehenden Menschenrechtsinstitutionen ist ausdrücklich erwünscht, liegt jedoch im Ermessen der Vertragsparteien.

Insgesamt stützt sich die Durchsetzungsarchitektur des Übereinkommens auf politische Selbstbindung, gegenseitige Rechenschaftslegung und freiwillige Kooperation, ohne formale Sanktionsmechanismen oder spezifische Haftungsregelungen. Die Umsetzung dieser Prinzipien wird stark von den politischen, institutionellen und rechtsstaatlichen Kapazitäten der Konventionsstaaten abhängen, was sowohl Chancen als auch Herausforderungen mit sich bringen dürfte.

## E. Vergleich der KI-Regulierungsinstrumente der EU und des Europarats

Die KI-Verordnung der EU und das Rahmenübereinkommen des Europarats als grundlegend unterschiedliche Regelungsinstrumente ähneln sich doch in vielerlei Hinsicht, was eine klar differenzierende Bewertung schwierig gestaltet. Zwar gibt es Bereiche, in denen das Rahmenübereinkommen des Europarats einen umfassenden Schutzbereich für Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit bietet, insbesondere im Kontext der nationalen Sicherheit (worauf im weiteren Verlauf der Arbeit noch eingegangen wird), jedoch verfolgen beide Regulierungsvorhaben ähn-

liche Ziele. Insbesondere hat sich die KI-Verordnung der EU im Laufe ihrer Entwicklung von einer ursprünglich stärker datenschutzrechtlich ausgerichteten Perspektive zunehmend stärker auf die Menschenrechte im allgemeinen fokussiert.<sup>92</sup> Inzwischen berücksichtigt die KI-Verordnung in erheblichem Maße fundamentale Rechte, was den ursprünglichen Fokus auf wirtschaftliche Interessen relativiert. Damit kann die KI-Verordnung nicht mehr als eine bloße Marktsteuerung im wirtschaftlichen Sinne kategorisiert werden, was bei der EU-Strategie im Allgemeinen vor vielen Jahren noch der Fall war, als vorwiegend wirtschaftliche Interessen verfolgt wurden. Vielmehr ist die Verordnung ein bedeutender Beitrag zum Schutz der Grundrechte und demokratischer Werte im Bereich der Künstlichen Intelligenz, ganz im Einklang mit der Wertebestimmung in Art. 2 EUV. Insofern ähneln sich die Instrumente der EU und des Europarats zunehmend, auch wenn es nach wie vor Unterschiede in der Reichweite und Detailtiefe der jeweiligen Regelungen gibt – vor allem aber in der Durchsetzung.

### I. Wirkung und Durchsetzungsmechanismen im Vergleich

Wie gesehen unterscheiden sich die Rechtswirkungen des Rahmenübereinkommens des Europarats und KI-Verordnung der EU gerade in diesem Bereich deutlich. Während die EU-Verordnung unmittelbar verbindlich ist und in allen Mitgliedstaaten gilt (Art. 288 Abs. 2 AEUV), entfaltet das völkerrechtliche Übereinkommen des Europarats keine unmittelbare Wirkung, sondern bedarf nach der Ratifizierung noch der Umsetzung in nationales Recht.<sup>93</sup> Der Europarat kann bindende Regeln nur durch den Abschluss von Konventionen schaffen, die von den 46 Konventionsstaaten freiwillig ratifiziert werden müssen. Im Gegensatz dazu gelten EU-Verordnungen automatisch in allen 27 Mitgliedstaaten, was die Durchsetzung von EU-Regeln, auch zur KI, einfacher gestaltet.<sup>94</sup>

Weitere Unterschiede in Bezug auf die Durchsetzungsmechanismen zeigen sich auch in der Streitbeilegung: Die Konvention setzt auf die friedliche Beilegung von Streitigkeiten zwischen der Vertragsparteien, ggf. unter Mitwirkung der Vertragsstaatenkonferenz (vgl. Art. 29), verfügt jedoch über keinen effektiven Durchsetzungsmechanismus.<sup>95</sup> Im Gegensatz dazu kann der Europäische Gerichtshof etwa in Vertragsverletzungs- oder Vorabentscheidungsverfahren verbindlich über den Inhalt der KI-Verordnung der EU entscheiden.<sup>96</sup>

Die Unterschiede in den Durchsetzungsmechanismen der KI-Verordnung der EU und des KI-Übereinkommens des Europarats sind dabei nicht nur Ausdruck politischer Unterschiede oder gar Divergenzen als vielmehr auch eine Folge ihrer

92 *Nardocci*, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 178.

93 *Nardocci*, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 192.

94 *Giegerich*, How to Regulate Artificial Intelligence: A Screenshot of Rapidly Developing Global, Regional and European Regulatory Processes, abrufbar unter: <https://jean-monnet-saar.eu/wp-content/uploads/2023/09/ExpertPaperGiegerichAI.pdf> (11/7/2024).

95 Ebd.

96 Ebd.

jeweiligen institutionellen Voraussetzungen: Während die EU als supranationale Rechtsgemeinschaft über umfassende legislative, exekutive und judikative Kompetenzen verfügt, agiert der Europarat auf völkerrechtlicher Grundlage mit vorwiegend konsultativen und koordinierenden Strukturen, und diese Unterschiede determinieren, welche Formen der Durchsetzung überhaupt implementierbar sind.<sup>97</sup> Dabei unterscheiden sich die EU und der Europarat nicht nur institutionell, sondern auch hinsichtlich ihrer Zielsetzung. Während die EU auf eine vertiefte Integration und weitreichende Harmonisierung zielt, verfolgt der Europarat vorrangig einen Minimalkonsens zwischen seinen heterogenen Mitgliedstaaten. Auch dies spiegelt sich in Reichweite und Verbindlichkeit der jeweiligen Regelwerke wider.

Die Durchsetzung der KI-Verordnung der EU ist normativ gerahmt, es sind Sanktionsrahmen und hohe Bußgelder bei Verstößen gegen die Verordnung möglich. Gerade auch die Möglichkeit des Europäischen Datenschutzbeauftragten, die EU-Organen mit Bußgeldern zu belegen (Artikel 100), verweist auf den rechtsverbindlichen Charakter der Verordnung. Demgegenüber beruht die Durchsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarats stärker auf normativer Konsensbildung und politischer Rechenschaft sowie völkerrechtlicher Kooperation. Die Berichtspflicht nach Artikel 24 und die Koordinationsfunktion der Vertragsstaatenkonferenz sowie die Einbindung nationaler Aufsichtsstellen nach Artikel 26 dienen vor allem dem Monitoring und der Förderung gegenseitiger Rechenschaft. Anstelle individualisierter Rechtsfolgen setzt der Europarat auf Mechanismen kollektiver Normstabilisierung durch Austausch, Transparenz und freiwilliger Selbstbindung. Dabei ist jedoch daran zu erinnern, dass der Europarat durchaus über wirkungsvollere Durchsetzungsmechanismen verfügen kann, wie etwa im Fall der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK): Ihr steht für die Durchsetzung der Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als zentrale gerichtliche Instanz zur Seite, während dem KI-Rahmenübereinkommen eine vergleichbare Struktur fehlt. Dieses Fehlen einer gerichtlichen Instanz im Übereinkommen könnte dazu führen, dass dessen Bestimmungen unterschiedlich angewendet werden, abhängig von den nationalen Gegebenheiten und der Bereitschaft der Staaten, das Übereinkommen umzusetzen.<sup>98</sup> Allerdings könnte der EGMR künftig mit Fällen befasst werden, bei denen gleichzeitig das KI-Rahmenübereinkommen und ein durch die EMRK garantiertes Recht, etwa das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK oder der Schutz der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK, berührt sind (letztlich eine Art indirekte Umsetzung über das Individualbeschwerdeverfahren nach Art. 34 EMRK). In

97 *Giegerich*, How to Regulate Artificial Intelligence: A Screenshot of Rapidly Developing Global, Regional and European Regulatory Processes, abrufbar unter: <https://jean-monet-saar.eu/wp-content/uploads/2023/09/ExpertPaperGiegerichAI.pdf> (11/7/2024).

98 *Galetta*, The Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence vs. the EU Regulation: two quite different legal instruments, abrufbar unter: <https://ceridap.eu/the-council-of-europe-framework-convention-on-artificial-intelligence-vs-the-eu-regulation-two-quite-different-legal-instruments/?lng=en> (11/7/2024).

solchen Fällen könnte der EGMR das Rahmenübereinkommen als Auslegungshilfe für das einschlägige Konventionsrecht heranziehen.<sup>99</sup>

Die potentielle zukünftige Überschneidung beider Instrumente zeigt beispielsweise eine Entscheidung des EGMR von 2023, die den Einsatz biometrischer Überwachungssysteme im öffentlichen Raum als „hochgradig eingreifend“ einordnete, weil sie sowohl das Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK) als auch die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) verletze.<sup>100</sup> Diese Entscheidung verdeutlicht, dass Gerichte sich zunehmend mit der Regulierung von KI befassen werden müssen, insbesondere wenn Einzelpersonen beginnen, ihre Rechte in diesem Bereich geltend zu machen.<sup>101</sup> Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Entwicklungen weiter entfalten werden.

Ein weiterer Unterschied ist: Im Gegensatz zur bereits in Kraft getretenen KI-Verordnung hängt die Wirkung des Rahmenübereinkommens des Europarats noch davon ab, dass eine ausreichende Anzahl von Staaten das Abkommen ratifizieren, denn bisher hat keiner der Staaten die Ratifikationsurkunde hinterlegt. Damit ist nach aktuellem Stand die Durchsetzungskraft der Union wirksamer, schließlich kann die EU bereits zu diesem Zeitpunkt verbindliche Vorgaben an ihre Mitgliedsstaaten richten, was deren Umsetzung weitgehend sicherstellt. Gleichzeitig jedoch sind die Zuständigkeiten der Union klarer definiert und damit enger gefasst, weshalb sie einen konkreteren und ihren Kompetenzen entsprechenden Ansatz zur Regulierung von KI verfolgen muss als der Europarat, dessen Befugnisse breiter und flexibler gestaltet sind.<sup>102</sup> Dies unterstreicht die verschiedenen rechtlichen Reichweiten und institutionellen Mechanismen der beiden Instrumente.<sup>103</sup> Diese Differenzen könnten insbesondere in Bezug auf die Vertragsstaaten des Übereinkommens, die nicht zur EU gehören, zu Spannungen im vielschichtigen europäischen Rechtsraum führen, falls sich eine zu starke Asymmetrie entwickelt.<sup>104</sup>

Auch die unterschiedlichen Nuancen in Bezug auf Ausnahmeregelungen zur nationalen Sicherheit sind erwähnenswert. Artikel 3 Absatz 2 des Rahmenübereinkommens besagt, dass „ein Vertragsstaat nicht verpflichtet ist, diese Konvention auf Tätigkeiten innerhalb des Lebenszyklus [von KI-]Systemen anzuwenden, die dem Schutz seiner nationalen Sicherheitsinteressen dienen“. In der KI-Verordnung der EU heißt es dazu in Artikel 2 Abs. 3, dass dieses „keine Anwendung auf KI-Systeme“ findet, die „ausschließlich für militärische, Verteidigungs- oder nationale Sicherheitszwecke“ genutzt werden, „unabhängig davon, welche Art von Einrichtung diese Tätigkeiten ausführt“. Die Problematik der Offenheit, die dieser letzte Satzteil

<sup>99</sup> Ebd.

<sup>100</sup> Fall *Glukhin v. Russland*, (Application no. 11519/20), unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-225655%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-225655%22]}) (11/7/2024).

<sup>101</sup> *Nardocci*, *Italian Journal of Public International Law* 2024/1, S. 195.

<sup>102</sup> *Galetta*, *The Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence vs. the EU Regulation: two quite different legal instruments*, abrufbar unter: <https://ceridap.eu/the-council-of-europe-framework-convention-on-artificial-intelligence-vs-the-eu-regulation-two-quite-different-legal-instruments/?lng=en> (11/7/2024).

<sup>103</sup> Ebd.

<sup>104</sup> *Levantino/Paolucci*, in: *Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 6*.

mit sich bringt, einmal außen vor gelassen: Der Europarat formuliert seine Ausnahme deutlich präziser und stellt klar, dass auch Maßnahmen zur nationalen Sicherheit „im Einklang mit dem internationalen menschenrechtlichen Verpflichtungen sowie unter Achtung der demokratischen Institutionen und Verfahren“ stehen müssen. Solche Feinheiten machen deutlich, dass der Europarat den Fokus besonders auf eine umfassende Sicherung des Grundrechtsschutzes legt.<sup>105</sup>

Ebenso lassen sich einige bedeutende Lücken in beiden Instrumenten der KI-Regulierung feststellen. So ist im Kontext der KI-Verordnung der EU der Schutz geistigen Eigentums kaum beachtet worden. Zwar wird dieser in den Erwägungsgründen angeschnitten, und in den Artikeln 53 Abs. 1, 52 Abs. 6 und 25 Abs. 5 genannt, aber lediglich wenig abgesondert neben vertraulichen Geschäftsgeheimnissen, oder unter der Forderung, dass die Bestimmungen zur Bereitstellung von Informationen ohne Verletzung geistiger Eigentumsrechte umgesetzt werden müssen. Der Europarat nennt den Schutz geistiger Eigentumsrechte im Rahmenübereinkommen überhaupt nicht und im erläuternden Bericht lediglich am Rande, indem darauf hingewiesen wird, dass die in Artikel 8 geforderte Transparenz es Rechteinhabern, etwa im Bereich des Urheberrechts, erleichtern könne, ihre Rechte auszuüben und durchzusetzen.<sup>106</sup>

Auch ist enttäuschend, dass weder das Rahmenübereinkommen des Europarats noch die KI-Verordnung der EU einen Schwerpunkt auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen legen. In der KI-Verordnung ist dieser, abgesehen von Erwägungsgrund 28 und 48, in welchen „manipulative, ausbeuterische und soziale Kontrollpraktiken“ erwähnt werden, die auch das Recht des Kindes betreffen könnten, im eigentlichen Verordnungstext nicht konkret verankert. Der Europarat nennt ebenso wenig explizite Schutzmechanismen, sodass davon auszugehen ist, dass Gedanken an den Schutz von Kindern und Jugendlichen eine untergeordnete Rolle gespielt haben. Zwar fällt dieser nicht unmittelbar in die zentralen Kompetenzen der Union, doch hätte zumindest eine klare Betonung der Wichtigkeit dieser Thematik erfolgen können, um etwa Gesetzesinitiativen wie jene in Australien auch in den Mitgliedstaaten anzuregen.<sup>107</sup> Dort wurde 2024 ein Gesetz verabschiedet, dass Jugendlichen unter 16 Jahren die Nutzung sozialer Medien verbietet, um sie vor sexueller Belästigung, Cybermobbing und anderen schädlichen Einflüssen zu schützen.<sup>108</sup>

105 *Lisowski*, in: *Lisowski/Scholz/Trüe* (Hrsg.), S. 15.

106 *Council of Europe*, Explanatory Report, unter <https://rm.coe.int/1680afae67> (11/7/2024), Rn. 57 und 58.

107 Artikel 2 bis 6 AEUV.

108 Bundeszentrale für politische Bildung. (2024): Social-Media-Verbot für Jugendliche unter 16 Jahren in Australien, unter: <https://www.bpb.de/kurz-knapp/taegliche-dosis-politik/557196/social-media-verbot-fuer-jugendliche-unter-16-jahren-in-australien/> (11/7/2024).

## II. Kooperation und Verschiebung der Dynamik zwischen EU und Europarat?

Bei der Entstehung der Grundrechtecharta der EU vor etwa 25 Jahren war der Europarat eng eingebunden und forderte eine kohärente Auslegung der Rechte, um widersprüchliche Standardsetzungen zu vermeiden. Dies wird in Artikel 52 Abs. 3 der GRCh deutlich, der eine inhaltliche Angleichung der gleichlautenden Rechte mit der EMRK vorsieht.<sup>109</sup>

Im Hinblick auf die beiden KI-Instrumente gab es ebenfalls Ansätze der Zusammenarbeit: Im Jahr 2022 ermächtigte der Rat der EU die Kommission offiziell, im Namen der Union an den Verhandlungen des Europarats teilzunehmen, und auch die Positionen des Europäischen Datenschutzbeauftragten und der Agentur der EU für Grundrechte flossen in die Verhandlungen ein.<sup>110</sup> Zusätzlich wurde der Union die Möglichkeit eröffnet, das Rahmenübereinkommen ebenfalls zu unterzeichnen (Art. 30 Abs. 1).<sup>111</sup> Artikel 27 Abs. 2 enthält eine sogenannte *Disconnection Clause*, die klarstellt, dass im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zueinander weiterhin allein die EU-Regeln anwenden sind, während Artikel 30 den EU-Beitritt zur Konvention wie gesehen ausdrücklich regelt.<sup>112</sup> Bei der Ausarbeitung der KI-Verordnung erfolgte jedoch keine explizite bzw. institutionalisierte Abstimmung mit dem Entwurf des KI-Übereinkommens des Europarats. Ebenso fehlt in der KI-Verordnung der EU jegliche direkte Bezugnahme auf das Übereinkommen des Europarats.<sup>113</sup>

Diese Beobachtung legt die These nahe, dass sich die Dynamik zwischen der Union und dem Europarat verändert hat. Während der Europarat historisch als Vorreiter bei der Setzung menschenrechtlicher Standards gilt und mit der EMRK maßgeblich zur Herausbildung der Grundrechteordnung der Union beitrug, hat sich mit der Einführung der DSGVO ein Wandel vollzogen.<sup>114</sup> Die EU etablierte sich zunehmend als führende Kraft in der grundrechtsorientierten Technologie-Regulierung.<sup>115</sup> Dieses Muster setzt sich mit der KI-Verordnung der EU fort, welche, ähnlich wie zuvor die DSGVO, tiefgreifende Auswirkungen auf Markt und Rechtsetzung haben dürfte. Nicht zuletzt durch den bereits erwähnten Brüssel-Effekt wird die Union voraussichtlich auch über ihre Grenzen hinaus Standards setzen.<sup>116</sup>

Damit scheint es aktuell so, als habe die Union im Kontext der KI-Regulierung die Führungsrolle übernommen, indem sie ein Instrument in Kraft gesetzt hat, das schneller, verbindlicher und effektiver ist. Diese Entwicklung könnte zukünftig,

109 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 4 ff.

110 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 11.

111 European Commission, Commission signed the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and human rights, democracy and the rule of law, abrufbar unter: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-signed-council-of-europe-framework-convention-artificial-intelligence-and-human-rights> (11/7/2024).

112 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 11.

113 *Trübe*, in: Lisowski/ Scholz/Trübe (Hrsg.), S. 211.

114 *Espinosa Goded*, IE Insights, abrufbar unter: <https://www.ie.edu/insights/articles/council-of-europe-as-locomotive-for-european-values/> (11/7/2024); *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 6.

115 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 7 f.

116 Kritisch allerdings *Almada/Radu*, German Law Journal 2025/4, S. 647.

zumindest in technologischen Bereichen, eine Verschiebung der Machtbalance und Einflussnahme zur Folge haben – weg vom Europarat als „Standardsetzer, hin zu einer Rolle als Standardempfänger“.<sup>117</sup>

Dennoch darf die politische Bedeutung des Rahmenübereinkommens des Europarats nicht unterschätzt werden. Sein hohes internationales Ansehen, die langjährige Rolle als normsetzende Instanz sowie die breite Beteiligung von Mitglied- und Nichtmitgliedstaaten an den Verhandlungen verleihen ihm erhebliches Gewicht in der globalen Diskussion um ethische Standards für KI.<sup>118</sup> Das Übereinkommen steht zudem auch Drittstaaten zur Unterzeichnung offen.<sup>119</sup> Offenheit gegenüber Nichtmitgliedstaaten zeigt sich bereits bei früheren Übereinkommen des Europarats, etwa bei der Datenschutzkonvention 108+.<sup>120</sup> Sie verdeutlicht das Bestreben des Europarats, über den europäischen Raum hinaus Wirkung zu entfalten und unterstreicht dessen Potenzial Einfluss auf die internationale Normenbildung auszuüben.

Schließlich hat die EU mit ihrer Unterzeichnung deutlich gemacht, dass sie ihrerseits dem Rahmenübereinkommen beitreten will. Sobald dies nach Abschluss des Ratifikationsverfahrens geschehen ist, werden dessen Bestimmungen gemäß Artikel 216 Absatz 2 AEUV zu Bestandteilen des Unionsrechts mit Geltungsvorrang vor dem Sekundärrecht, einschließlich der KI-Verordnung der EU.

### III. Perspektiven und Herausforderungen

Zwischen der Europäischen Union und dem Europarat lässt sich im Bereich der KI-Regulierung eine komplexe Dynamik beobachten, die gleichermaßen von Kooperation wie von Wettbewerb geprägt ist, was letztlich auch Ausdruck der besonderen Beziehung zwischen einer supranationalen und einer zwischenstaatlichen Organisation mit überlappender Mitgliedschaft ist.<sup>121</sup> Trotz aller berechtigten Kritik ist anzuerkennen, dass beide Organisationen mit ihren jeweiligen Instrumenten einen wichtigen und notwendigen Schritt unternommen haben, um zentrale Gefahren im Zusammenhang mit Künstlicher Intelligenz zu adressieren und einen ersten rechtlichen Rahmen zu schaffen.

Angesichts der globalen Tragweite von Künstlicher Intelligenz, möglicherweise der größten technologischen Herausforderung der Menschheit überhaupt, bedarf es vor allen Dingen des Zusammenhalts beider Organisationen. Dadurch können sie sich mit ihren jeweiligen Stärken ergänzen, um einen wirksamen Grundrechtsschutz

117 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 9 f.

118 *Nardocci*/Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 190.

119 *Council of Europe*, Committee on Artificial Intelligence, unter: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai> (11/7/2024).

120 *Council of Europe*, Modernisation of the Data Protection “Convention 108”, unter: <https://www.coe.int/de/web/portal/28-january-data-protection-day-factsheet> (11/7/2024).

121 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 2.

im Zeitalter der Künstlichen Intelligenz zu gewährleisten.<sup>122</sup> Europarat und EU sollten sich als mächtige Organisationen die Hand reichen, um sich den Chancen und Risiken dieser Technologie zu stellen und geschlossen als „Vorreiterin Europa“ eines umfassenden, menschenrechtsbasierten Umgangs mit KI auf der Weltbühne aufzutreten mit dem Ziel, internationale Maßstäbe zu setzen.<sup>123</sup>

Es ist schwer vorherzusagen, wie sehr Europa in der Lage sein wird, diese Rolle tatsächlich global auszufüllen. Während sich der „Brussels Effect“ mit der DSGVO als sehr wirkmächtig zeigte, entfaltet die EU mit ihrer neuen Regulierung außerhalb Europas bislang eher symbolische als normative Wirkung, ein Phänomen, das als „Brüsseler Trugbild“ beschrieben werden kann.<sup>124</sup> Während beispielsweise viele Länder, darunter Japan und Brasilien, eigene KI-Gesetze entwickeln und sich dabei zumindest teilweise an der KI-Verordnung der EU orientieren, fehlt in den USA bislang ein kohärentes regulatorisches Konzept. Dort wird aktuell sogar ein zehnjähriges Moratorium für bundesweite KI-Gesetzgebung diskutiert, und unter der erneuten Präsidentschaft Trumps sind die Aussichten für eine klare Regulierung schlecht.<sup>125</sup> Unter diesem Gesichtspunkt zeigt sich, dass Europas regulatorisches Gewicht und seine Einflussnahme nicht selbstverständlich sind.

KI gleicht einem unsichtbaren Riesen, der unbemerkt und schneller denn je Grenzen überschreitet und sowohl Menschenrechte als auch Individuen und ganze Gesellschaften von Manipulation bis hin zu ungewollter Beeinflussung gefährdet, mit potenziell gravierenderen Konsequenzen. Dabei geht es, wie auch der genannte letzte Punkt zeigt, nicht nur um interstaatliche Fragen, sondern auch um die führenden globalen Technologiekonzerne, die sich nicht allein durch EU-Recht oder das Recht des Europarats wirksam regulieren lassen, sondern nur mit vereinten Kräften der internationalen Gemeinschaft insgesamt.<sup>126</sup>

## F. Schlussbetrachtung

Mein vierjähriger Großcousin redet mit Alexa, wie ich früher mit meinem Teddybär – nur dass Alexa tatsächlich antwortet, unter Hinzuziehung des endlosen Internets und unter der Schirmherrschaft eines gigantischen Technologiekonzerns. Während bereits die Frage diskutiert wird, welche Rechte KI-Systeme in Zukunft möglicherweise selbst beanspruchen könnten – etwa Menschenrechte, wenn sie menschenähnliche Züge annehmen?<sup>127</sup> –, teilen viele ein ganz alltägliches, aber sich verschlimmerndes Problem: Menschen unterschiedlichsten Alters verurteilen sich

122 *Levantino/Paolucci*, in: Czech/Heschl/Nowak et al. (Hrsg.), S. 16.

123 *Nardocci*, Italian Journal of Public International Law 2024/1, S. 195.

124 *Saiger*, Brussels Mirage: The EU AI Act's Subtle Shine across, unter: [https://www.ejiltalk.org/brussels-mirage-the-eu-ai-acts-subtle-shine-across-international-borders/?utm\\_source\\_platform=mailpoet](https://www.ejiltalk.org/brussels-mirage-the-eu-ai-acts-subtle-shine-across-international-borders/?utm_source_platform=mailpoet) (11/7/2024).

125 Ebd.

126 *Giegerich*, How to Regulate Artificial Intelligence: A Screenshot of Rapidly Developing Global, Regional and European Regulatory Processes, abrufbar unter: <https://jean-monn-et-saar.eu/wp-content/uploads/2023/09/ExpertPaperGiegerichAI.pdf> (11/7/2024).

127 Ebd.

selbst, weil sie es nicht mehr schaffen, ein Buch zu lesen oder einen Film anzusehen, ohne dass die Finger zucken und zum Handy greifen wollen. Der App-Store wird überflutet von Anwendungen, die helfen sollen, den eigenen Konsum zu zügeln. KI erweiterte das ohnehin schon überfordernde digitale Spektrum um eine ganz neue, weitgreifende Nuance: Menschen beginnen, sich mit Geräten zu identifizieren, wie sie es bisher nur aus Filmen wie *I, Robot* oder *Her* kannten. Die Stimmen klingen natürlicher, die Grenze zwischen KI-generierter Musik oder Kunst und menschlicher Schöpfung verschwimmt zunehmend.

Natürlich kann man hoffen, dass KI auch hilfreich sein kann – gegen Einsamkeit, gegen Isolation. Aber eine Welt, in der dies die Antwort auf die tiefsten sozialen Bedürfnisse des Menschen sein soll und dieser endlose Suchtspiralen gegen die reale Welt eintauscht, ist keine besonders erstrebenswerte Vorstellung.

Und nicht nur auf individueller Ebene sind Verwerfungen zu beobachten, auch der öffentliche Diskurs wird zunehmend beeinflusst. Kommentarspalten sind überflutet von Bots, die das politische Feld verzerren, und Medien sind angreifbarer denn je, d.h. auch hier braucht es dringend besseren Schutz – stattdessen sind teils Rück- statt Fortschritte zu beobachten, wie beispielsweise die Abschaffung des Faktenchecks durch den U.S.-amerikanischen Internetkonzern Meta auf den Plattformen Facebook und Instagram zeigt.<sup>128</sup> Es bleibt zu hoffen, dass die europäischen Staaten mit dem Europarat und der EU hier andere Wege gehen.

## Bibliographie

ALMADA, MAROCI; RADU, ANCA, *The Brussels Side-Effect: How the AI Act Can Reduce the Global Reach of EU Policy*, German Law Journal, Cambridge, 2025, Vol. 25(4), S. 646–663.

BRADFORD, ANU, *The Brussels Effect, How the European Union Rules the World*, 1st edition, Oxford, 2020.

GOLOB, TEA; REK, MATEJA; MACAROVIC MATEJ, *European citizenship and digitalization: A new roadmap for interconnection*, in: Sergio Ruiz-Villafranca/José Roldán-Gómez (Hrsg.), *The Internet of Things, Engineering Cyber Physical Human*, Amsterdam, 2024, S. 1–8.

KIMPIAN, PETER, *Council of Europe Initiatives on Artificial Intelligence with Special Focus on the Right to Privacy and Data Protection*. In: Maria Bergström/Valsamis Mitsilegas (Hrsg.), *EU law in the digital age: Swedish studies in European law*, Oxford/Dublin, 2025, S. 31–49.

LEVANTINO, PAOLO; PAOLUCCI, FEDERICA, *Advancing the Protection of fundamental Rights through AI Regulation: How the EU and the Council of Europe are shaping the Future*, in: Czech, Philip/Heschl, Lisa/Nowak, Manfred, et al. (Hrsg.), *European Yearbook on Human Rights*, Forthcoming, 2024, S. 1–16.

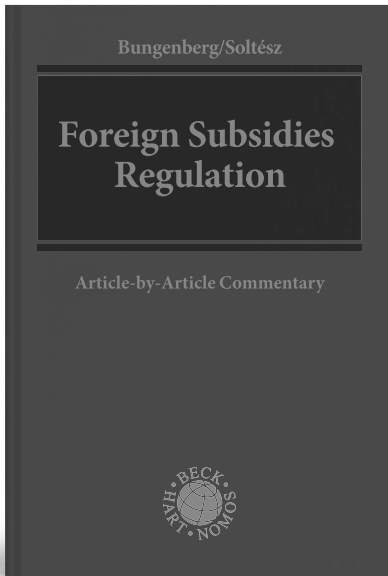
128 <https://www.deutschlandfunk.de/meta-instagram-facebook-zuckerberg-faktencheck-be-schraenkungen-100.html> (11/7/2024).

- LISOWSKI, REINER; SCHOLZ, LYDIA; TRÜE, CHRISTIANE, *Change and transformation the EU way*. In: Lisowski, Reiner/Scholz, Lydia/Trüe, Christiane (Hrsg.), *Academia, Administration, Digitalization and Sustainability Change and Transformation the EU Way*, New York, 2025, S. 11–19.
- MAROWSKA ELZBIETA, HANNA, *Council of Europe standards and activities related to AI: towards a Framework Convention on AI and human rights?*, in: Balcerzak, Michał / Kapelańska-Pregowska, (Hrsg.), *Artificial Intelligence and International Human Rights Law-Developing Standards for a Changing World*, Cheltenham, 2024, S. 25–44.
- NAROCCI, COSTANCA, *Artificial intelligence at the crossroads between the European Union & the Council of Europe: Who safeguards what & how?*, *Italian Journal of Public Law (IJPL)*, 2024, Vol. 16(1), S. 165–196.
- ROSAMUND POWELL, *The Council of Europe Convention on AI: National Security Implications*, 2024, [https://cetas.turing.ac.uk/sites/default/files/2024-09/cetas\\_explainer\\_-\\_council\\_of\\_europe\\_-\\_national\\_security\\_implications.pdf](https://cetas.turing.ac.uk/sites/default/files/2024-09/cetas_explainer_-_council_of_europe_-_national_security_implications.pdf) (letzter Zugriff am 11.7.2025).
- SAIGER ANNA-JULIA, *Brussels Mirage: The EU AI Act's Subtle Shine across International Borders*, unter: [https://www.ejiltalk.org/brussels-mirage-the-eu-ai-acts-subtle-shine-across-international-borders/?utm\\_source\\_platform=mailpoet](https://www.ejiltalk.org/brussels-mirage-the-eu-ai-acts-subtle-shine-across-international-borders/?utm_source_platform=mailpoet) (letzter Zugriff am 11.7.2025).
- SCHUETT, JONAS, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, Cambridge, 2024.
- STEINZ, THOMAS, *The Evolution of European Data Law*, in: Craig, Paul / de Búrca Gráinne (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 3rd edition, Oxford, 2021, S. 902–936.
- TRÜE, CHRISTIANE, *The EU AI Act Regulation, AI use in innovative public administration?*. In: Lisowski, Reiner / Scholz, Lydia / Trüe, Christiane (Hrsg.), *Academia, Administration, Digitalization and Sustainability Change and Transformation the EU Way*, New York, 2025, S. 175–212.



© Elisabeth Hannah Woll

# New Rules for Global Markets



## Foreign Subsidies Regulation

Article-by-Article Commentary

Edited by Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M.  
and RA Dr. Ulrich Soltész, LL.M.

2025, approx. 600 pp., hc., approx. € 240.00

ISBN 978-3-7560-1511-5

E-Book 978-3-7489-2046-5

To be published approx. December 2025

The EU's Foreign Subsidies Regulation (FSR) is a powerful instrument for regulating third country subsidies, which has quickly become a central control instrument in the areas of European foreign trade, state aid, competition, antitrust and public procurement law.

The English commentary by Prof. Dr. Marc Bungenberg and Dr. Ulrich Soltész presents the legal problems

and practical implications of the new regulation for legal practitioners and academics for the first time. The commentaries offer, article by article, a concise presentation of the respective legislation, connecting factors for legal protection in court with regard to disputes relating to the FSR as well as analyses of the geopolitical and economic background.

---

Available in bookstores or via [nomos-shop.de](https://www.nomos-shop.de) |

Customer Service +49 7221 2104-222 | [service@nomos.de](mailto:service@nomos.de)

Returns are at the risk and expense of the addressee.



**Nomos**