



ZEuS

29. Jahrgang 2026
Seiten 1-197

01

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHTLICHE STUDIEN



Herausgeber

Marc Bungenberg
Christian Calliess
Thomas Giegerich
Michael Hahn
Till Patrik Holterhus
Torsten Stein†

Nicolaj Kuplewatzky

EU law and commercial arbitration: a rights-based reading

Julia Villotti

Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch für Kinder? Teil 1

Jasper Tretow

Die Prüfungskompetenz der Europäischen Kommission bei der Veröffentlichung von harmonisierten Normen nach dem “New Legislative Framework” unter besonderer Berücksichtigung der neuen KI-VO

Thomas Klein

Fair Remuneration for the Solo Self-Employed: Limits and Possibilities under EU Internal Market Freedoms

Jonathan Swart

Die Verkopplung neuer EU-Eigenmittel mit Sachpolitiken – Das Beispiel der Abgabe für nicht recycelte Verpackungsabfälle sowie rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Fortentwicklung

Miguel Sousa Ferro

Limitation periods in EU Antitrust private enforcement



Nomos

Inlibra

Herausgeber: Prof. Dr. Marc Bungenberg LL.M. (Lausanne) | Prof. Dr. Christian Callies LL.M.Eur. | Prof. Dr. Thomas Giegerich LL.M. (Virginia) | Prof. Dr. Michael Hahn LL.M. (Michigan) | Prof. Dr. Till Patrik Holterhus, MLE. LL.M. (Yale) | 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 | Dr. Mareike Fröhlich LL.M. | Dr. Oskar Gstrein LL.M. | Prof. Dr. Robin van der Hout LL.M. | André Husheer | Nicolaj Kuplewatzky | Dieter Lang LL.M.Eur. | Prof. Dr. Maria Meng-Papantoni | Prof. Dr. Zlatan Meškić | Dr. Kristina Müller | Univ.-Prof. MMMag. Dr. Rainer Palmstorfer, LL.M. | 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

Nicolaj Kuplewatzky EU law and commercial arbitration: a rights-based reading	3
Julia Villotti Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch für Kinder? Teil 1	33
Jasper Tretow Die Prüfungskompetenz der Europäischen Kommission bei der Veröffentlichung von harmonisierten Normen nach dem “New Legislative Framework” unter besonderer Berücksichtigung der neuen KI-VO	77
Thomas Klein Fair Remuneration for the Solo Self-Employed: Limits and Possibilities under EU Internal Market Freedoms	90
Jonathan Swart Die Verkopplung neuer EU-Eigenmittel mit Sachpolitiken – Das Beispiel der Abgabe für nicht recycelte Verpackungsabfälle sowie rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Fortentwicklung	112
Miguel Sousa Ferro Limitation periods in EU Antitrust private enforcement	146

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 | 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 beifügt 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 zu 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 beifügte Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter 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

Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG | Waldseestrasse 3-5 | 76530 Baden-Baden | Telefon (07221) 2104-0 | Fax (07221) 2104-899 | 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: Privat: 129,- €, Institutionen: Jahresabo 219,- €, Einzelheft: 39,- €.

Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil 18,80 € (Ausland 34,40 €) bzw. Direktbestellungsgebühr 3,50 €.

Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

Der Digitalzugang wird über die digitale Plattform des Verlags – Inlibra – bereitgestellt.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag

Kundenservice: Telefon: +49-7221-2104-222 | E-Mail: 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.

EU law and commercial arbitration: a rights-based reading

Nicolaj Kuplewatzky*

Contents

A. Introduction	4
B. The judicial architecture of the EU Treaties	5
C. Openness to arbitration through the prism of fundamental rights	6
I. Commercial arbitration and the Charter	6
II. Reading the case-law as a balance of fundamental rights	10
D. Placing <i>Royal Football Club Seraing</i>	14
I. A rights-based reading	14
II. Permissible limitations of Art. 47 CFR	15
1. The intensity of judicial review	17
2. The scope of judicial review	21
E. “EU public policy”: all of EU law	22
F. The missing element: the need for an EU seat	27
G. Conclusion	30

Abstract

This article argues that the EU law approach to commercial arbitration is predicated on a balancing of the rights and principles that define the EU legal order. It explains that, in the EU legal context, commercial arbitration, which is respected by virtue of Art. 16 CFR, must be balanced against the structural principles protected by Art. 19 TEU and the principle of effective judicial protection enshrined in Art. 47 CFR. The article proposes interpreting the European Court of Justice’s case-law on commercial arbitration, including the recent judgment in *Royal Football Club Seraing*, in this context. However, it concludes that the judicial architecture of Art. 19 TEU cannot be “balanced away” and that any limitation of Art. 47 CFR must be “strictly necessary”. This balancing exercise explains why the European Court of Justice interprets the concept of EU public policy broadly and why that court is willing to review arbitral awards with limited intensity. Beyond the existing case-law, the article proposes that a balancing of rights and principles in the EU legal context neces-

* Référendaire in the Chambers of Advocate General Capeta at the Court of Justice of the European Union (Luxembourg). The views expressed herein are mine alone. Email: nicolaj.kuplewatzky@curia.europa.eu.

sitates control by an EU law court. It follows from this that the seat of arbitration for EU law disputes must always be placed within the European Union.

Keywords: EU Law, Commercial Arbitration, Fundamental Rights, EU Public Policy, *Royal Football Club Seraing*, Seat of Arbitration

A. Introduction

In principle, EU law recognises the need for deference to commercial arbitration. As part of the freedom to conduct a business, Art. 16 CFR of Fundamental Rights of the European Union (CFR) safeguards the freedom of contract. This guarantees the consensual basis for entering into arbitral agreements and for handing certain disputes over to an extra-judicial resolution mechanism.¹ However, EU law does not consider absolute the freedom to conduct a business, and therefore the freedom of contract. It accordingly mandates a balancing act between competing rights, principles, and freedoms. In the case of arbitration, these competing elements arise, on the one hand, from Art. 19 of the Treaty on European Union (TEU), which lays down the judicial architecture of the Treaties, and, on the other hand, from Art. 47 CFR, which reflects the right to effective judicial protection (see Section B). It is with these competing elements in mind that this article proposes to read the current line of EU case-law on arbitration. Viewed through that prism, it is suggested that the limited scope and intensity of review deemed acceptable by the Court in its judgments in *Nordsee*, *Eco Swiss*, and most recently *Royal Football Club Seraing*, is not rooted in a “special” position for arbitration within the EU legal architecture. Instead, commercial arbitration must be viewed as a permissible limitation of the principle of effective judicial protection, reflected in Art. 47 CFR (Section C). However, as shall be explained, it is difficult to speak of a “true” limitation of that right. First, the limited intensity of judicial review to certain elements of law, recognised in *Royal Football Club Seraing*, appears at least inspired by the competence of the European Court of Justice (“the Court”) in appeals from the General Court. The Court’s case-law moreover shows that this competence on appeal is not as limited as it appears (Section D). Second, the Court’s guidance on the principles and objectives constituting “EU public policy” may be read as covering, in fact, *all* of EU law (Section E). Finally, it will be argued that since all of the Court’s case-law presupposes some access to a national court of a Member State capable of acting within the system established by the Treaties, there can be no permissible commercial arbitration of an EU law dispute unless the seat of the arbitration is situated in the European Union and benefits from access to a court placed within the system of Art. 19 TEU (Section F).

1 See notably *Carbonneau*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2003/4, pp. 1192–93, in which he explains that, from the US perspective, “freedom of contract (...) is at the very core of how the law regulates arbitration.” See also, more generally, from the EU perspective, *Basedow*, *European Review of Private Law* 2008/6, pp. 903 et seq.

B. The judicial architecture of the EU Treaties

It may be useful to start with the judicial architecture of the Treaties. Under the first subparagraph of Art. 19 para. 1 TEU, the Court ensures that “in the interpretation and application of the EU Treaties the law is observed”. It exercises those powers in respect of disputes which come within the scope of the EU Treaties, among which fall all economic activities that are carried out within the territory of the EU Treaties.²

The European Union operates a multi-level system of judicial protection. This system is characterised by the vertical allocation of power. Although situated at the apex of the judicial architecture established by Art. 19 TEU, the Court exercises its powers and tasks alongside those of the courts of the Member States. This is the first facet that is provided for in the second subparagraph of Art. 19 para. 1 TEU. After all, it is those courts that are the recipients of most EU law disputes. Furthermore, given that EU law forms part of national law,³ all of these courts are “EU law courts” (“*les juges de droit commun du droit de l’Union*”), and so have the possibility (and, where relevant, the obligation) of entering into a dialogue with the Court on the basis of Art. 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the “keystone of the [EU] judicial system”.⁴

In view of the judicial architecture of Art. 19 TEU, it is the collective mission of the national courts (as EU law courts) and the Court to ensure the full application of EU law in all Member States and to ensure judicial protection of the rights of individuals under that law.⁵ The rights set out in the Charter form part of those rules. At the same time, these rights constitute a source of “primary EU law”, given that they form part of the foundational values on which the European Union as a whole

2 See, to that effect, ECJ, case C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, para. 42 (finding that a link to EU law is inter alia reflected in the provisions on the fundamental freedoms, including the freedom of establishment and the free movement of capital). See also, as regards the protection afforded by the latter right in cases of (indirect) expropriation, ECJ, joined cases C-52/16 and C-113/16, *SEGRO and Horváth*, ECLI:EU:C:2018:157, para. 129 (relating to the EU law compatible nature of legislation bringing about the extinction of rights of usufruct acquired by contract over agricultural land).

3 See ECJ, case C-741/19, *Republic of Moldova*, ECLI:EU:C:2021:655, para. 33 and ECJ, case C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, para. 41.

4 See ECJ, case C-741/19, *Republic of Moldova*, ECLI:EU:C:2021:655, para. 46. Under that procedure, EU “national courts are provided the most extensive power, or even the obligation, to make a reference to the [Court] if they consider that a case pending before them raises issues involving an interpretation or assessment of the validity of the provisions of EU law and requiring a decision by them”. See Opinion 1/09 of the ECJ, *Agreement creating a Unified Patent Litigation System*, ECLI:EU:C:2011:123, para. 83.

5 See, ex multis, ECJ, case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*, ECLI:EU:C:2018:586, para. 50 and the case-law cited.

is built.⁶ However, EU law currently does not harmonise the types of remedies that must be available to subjects seeking to enforce their EU law rights. Therefore, it is the responsibility of the Member States to make available to their EU law courts “sufficient remedies to ensure effective legal protection” in the fields covered by EU law. This is the second facet that is provided for by the second subparagraph of Art. 19 para. 1 TEU.

As will be clear to the reader, in that judicial system, competences and responsibilities are distributed in a way that establishes a pre-determined balance of power. Maintaining that balance is “essential for the preservation of the Community character of the law established by the Treaties, [which] aims to ensure that, in all circumstances, that law has the same effect in all Member States”.⁷ This is why, in its *Nordsee* judgment, the Court highlighted that, by virtue of that structure and the resulting requirement for uniformity, “parties to a contract are not (...) free to create exceptions to it.”⁸

C. Openness to arbitration through the prism of fundamental rights

I. Commercial arbitration and the Charter

One of the fundamental rights protected by the Charter, and thereby by the judicial structure of Art. 19 TEU, is the freedom to conduct a business. Today, this freedom is reflected in Art. 16 CFR.⁹ The freedom of contract forms part of that right and is one of the earliest fundamental rights recognised in the Court’s case-law.¹⁰

Scholarship has termed the EU law approach to the freedom of contract as reflecting a form of “regulated autonomy”.¹¹ By virtue of the freedom of contract, the Court has found that parties are generally able, for example, to freely choose who

6 See, in that respect, Art. 2 TEU, which inter alia lays down that “the Union is founded on the values of respect for (...) the rule of law and (...) human rights”. See also Opinion of AG Ćapeta, case C-769/22, *Commission v Hungary (Values of the European Union)*, ECLI:EU:C:2025:408, para. 155, in which the Advocate General explains that phrasing as reflecting “the choice of the founders of the European Union as to the type of society that the Member States have pledged to create together within the framework of the European Union.”

7 See Opinion 1/09 of the ECJ, *Agreement creating a Unified Patent Litigation System*, ECLI:EU:C:2011:123, para. 83.

8 See ECJ, 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, para. 14.

9 First recognised in ECJ, case 4/73, *Nold v Commission*, ECLI:EU:C:1974:51, paras. 13 and 14.

10 See ECJ, case 151/78, *Sukkerfabriken Nykøbing*, ECLI:EU:C:1979:4, para. 20.

11 See *Weatherill*, European Review of Contract Law, 2014/1, p. 180 (explaining that “the Court’s case law is better understood as embracing “regulated autonomy” as the character of EU law – an autonomy bounded by pursuit of the objectives of the EU in opening up markets and subjecting them to regulatory intervention”).

to do business with,¹² how to price their service or good,¹³ and how to assert one's interests in the contractual process.¹⁴ EU law therefore also protects the possibility to consent to resolve disputes arising from a contract. That is what the Court in the *Achmea* line of case-law famously described as “the freely expressed wishes of the parties”.¹⁵ It is through that expression that the Court sought to distinguish commercial arbitration from investor-State arbitration; that includes disputes as to the scope of an arbitral tribunal's own competence.

No enforceable contract can exist without freely-given consent.¹⁶ Much like the Member States cannot “consent” to circumvent the system of Art. 19 TEU and their obligation under Art. 344 TFEU (as *PL Holdings* explains),¹⁷ EU law subjects cannot consent (whether freely or not) to irreversibly remove their EU law disputes from the system of Art. 19 para. 1 TEU.¹⁸ As described above, the constitutional framework of the EU Treaties necessitates that there remains open the possibility of a compatibility review of an EU law dispute before an EU law court. This is the essence of Art. 47 CFR (which, as described, in turn reflects Art. 2 and 19 TEU).

12 See, to that effect, ECJ, joined cases C-90/90 and C-91/90, *New and Others*, ECLI:EU:C:1991:303, para. 13, as cited in case C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, para. 43.

13 See, to that effect, ECJ, case C-437/04, *Commission v Belgium*, ECLI:EU:C:2007:178, para. 51 and case C-213/10, *F-Tex*, ECLI:EU:C:2012:215, para. 45, as cited in ECJ, C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, para. 43.

14 See, to that effect, ECJ, case C-426/11, *Alemo-Herron and Others*, ECLI:EU:C:2013:521, para. 33.

15 See ECJ, case C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, para. 55; case C-741/19, *Republic of Moldova*, ECLI:EU:C:2021:655, para. 62; and case C-638/19 P, *Commission v European Food and Others*, ECLI:EU:C:2022:50, para. 144 (distinguishing standing offers to arbitrate under international agreements signed by the Member States from the type of consent “which would have been given in commercial arbitration proceedings, [given that the former] does not originate in a specific agreement reflecting the freely expressed wishes of the parties concerned, but derives from a treaty concluded between two States in the context of which they have, generally and in advance, agreed to exclude from the jurisdiction of their own courts disputes which may concern the interpretation or application of EU law in favour of arbitration proceedings”).

16 Advocate General Čapeta alluded to the importance of that element of consent in her Opinion in *Royal Football Club Seraing*. See Opinion of AG Čapeta, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:24, paras.s 71 et seq.

17 See ECJ, case C-109/20, *PL Holdings*, ECLI:EU:C:2021:875, paras. 50 and 51 (in which the Court explains “the validity of the legal basis of an arbitration body's jurisdiction, in the light of Articles 267 and 344 TFEU, cannot depend on the conduct of the parties to the dispute concerned” because that “would have the effect of maintaining the effects of the commitment – which was entered into by that Member State in breach of EU law and is, therefore, invalid – to accept the jurisdiction of the arbitration body before which the matter was brought”).

18 The same applies naturally to a situation where, say, the contract at issue was entered into freely, but where the dispute resolution clause contained therein was, in practice, imposed on the signatory. Such as is the case in the context of sport arbitration, see, to that effect, ECJ, case C-124/21 P, *International Skating Union v Commission*, ECLI:EU:C:2023:1012, paras. 193, 195, and 225. See also, similarly, ECtHR, nos. 40575/10 and 67474/10, *Mutu and Pechstein v. Switzerland*, judgment of 2 October 2018, paras. 109 to 115.

That essence, mandated by the EU judicial structure, cannot be undermined (or “consented away”) through an exercise of other fundamental rights and freedoms.¹⁹ It is for that reason that, where such access is precluded by an agreement to arbitrate or other contractual clauses, EU law does not accept that there was a proper “meeting of the minds”.²⁰ Accordingly, the freedom of contract, respected through Art. 16 CFR, does not apply to the resulting arbitration. It follows that the effects of any arbitral award resulting from such contracts – much like those resulting from an intra-EU investment arbitration agreement – similarly *cannot* be recognised in the European Union.²¹ Therefore, when speaking of commercial arbitration, EU law presumes arbitration compatible with the judicial structure of the Treaties. As will be explained later, that is the baseline for any discussion on EU law and arbitration and the first qualifier to the Court’s statement in *Royal Football Club Seraing* that the EU legal order “does not preclude, in principle, individuals who are subject to that legal order (...) from submitting disputes that may arise between them (...) to an arbitration mechanism.”²²

The second qualifier to that statement arises from Art. 16 CFR. That provision states that “the freedom to conduct a business in accordance with Union law and national laws and practices is recognised.” As that wording evidences, the freedom to conduct a business, and therefore the freedom of contract, is not absolute.²³ That provision merely “recognises” the freedom to conduct a business.²⁴ That means that it may be subject to a broad range of interventions with a view to limiting the exer-

19 See, to that effect, ECJ, case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, paras. 32 to 37 and ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 75 and the case-law cited.

20 Compare, in that regard, the specific observations in ECJ, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, para. 11, that “the first important point to note is that when the contract was entered into in 1973 the parties were free to leave their disputes to be resolved by the ordinary courts or to opt for arbitration by inserting a clause to that effect in the contract. From the facts of the case, it appears that the parties were under no obligation, whether in law or in fact, to refer their disputes to arbitration.”

21 See, by analogy, ECJ, case C-333/19, *Romatsa and Others*, ECLI:EU:C:2022:749, paras. 42 to 44 and the operative part of that order) and, more generally, BGH, I ZB 43/22. See also Opinion of AG Ćapeta, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:24, para. 118 and fn. 68 on the enforceability under the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention) of an award rendered pursuant to a non-consensual contract. In its judgment, the Court did not address that aspect and limited itself instead to observing that its interpretation of the concept of “public policy” is compatible with the scope of the concept, as reflected in Art. V para. 2 lit. b of the New York Convention. See, to that effect, ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 116.

22 ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 78.

23 See, ex multis, ECJ, case C 283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, paras. 46 and 47 case C-254/23, *INTERZERO Trajnostne rešitve za svet brez odpadkov and Others*, ECLI:EU:C:2025:569, para. 141 and the case-law cited (finding, in relation to Art. 16 CFR, that the freedom contained therein “may be subject to a broad range of interventions on the part of public authorities”).

24 The wording of Art. 16 CFR speaks of the freedom of contract being “recognised”. It does not start with the wording “everyone has the right”, which is found in other provisions of Title II of the CFR.

cise of that activity in the public interest.²⁵ As the Court in *Sky Österreich* highlighted, “that circumstance is reflected, inter alia, in the way in which Article 52(1) of the Charter requires the principle of proportionality to be implemented.”²⁶ In practice, that has the effect that, when balancing the freedom reflected in Art. 16 CFR against other rights and freedoms protected by EU law, as is required by the principle of proportionality, the interferences with and the limitations of the freedom to conduct a business may be greater than for “stronger” fundamental rights.²⁷ The reason for this is simple: in a democratic society, certain rules and principles must be capable of being restricted more than others in pursuance of a justified objective, with the freedom to conduct a business not constituting the type of foundational legal rule which cannot be undermined at will.²⁸

The principle of effective judicial protection is one of those types of foundational legal rules of EU law. It is referred to in the second subparagraph of Art. 19 para. 1 TEU as a concrete expression of the value of the rule of law, laid down in Art. 2 TEU.²⁹ It therefore informs the EU’s judicial architecture as a whole.³⁰ It is also reaffirmed by Art. 47 CFR,³¹ which explains that “everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective

25 See ECJ, case C 283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, para 46. See also, more recently, case C-254/23, *INTERZERO Trajnostne rešitve za svet brez odpadkov and Others*, ECLI:EU:C:2025:569, para. 141 and the case-law cited.

26 ECJ, case C 283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, para. 47. See also, more recently, case C-254/23, *INTERZERO Trajnostne rešitve za svet brez odpadkov and Others*, ECLI:EU:C:2025:569, para. 141 and the case-law cited.

27 Compare, in that regard, Art. 7 CFR, which guarantees everyone the right to respect for his or her private and family life, home and communications, and Art. 8 para. 1 thereof, which confers on everyone the right to the protection of personal data concerning him or her. Limitations on those fundamental rights are only permissible insofar as is “strictly” necessary. See, for example, ECJ, joined cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland and Others*, ECLI:EU:C:2014:238, paras. 48 and 52.

28 Compare, in that respect, ECJ, case C-623/17, *Privacy International*, ECLI:EU:C:2020:790, para. 62, in which the Court explains that “the right to freedom of expression, (...) guaranteed in Article 11 of the Charter, constitutes one of the essential foundations of a pluralist, democratic society, and is one of the values on which, under Article 2 TEU, the Union is founded”.

29 See, ex multis, ECJ, case C-824/18, *A.B. and Others (Appointment of judges to the Supreme Court – Actions)*, ECLI:EU:C:2021:153, para. 108 and the case-law cited. It is for that reason that the Court has taken the position that “the very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law is of the essence of the rule of law.” See ECJ, joined cases C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, *Euro Box Promotion and Others*, ECLI:EU:C:2021:1034, para. 219 and the case-law cited.

30 See, ex multis, ECJ, joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, *Asociația 'Forumul Judecătorilor din România' and Others*, ECLI:EU:C:2021:393, para. 190 and the case-law cited (explaining that “the principle of the effective judicial protection of individuals’ rights under EU law, referred to in the second subparagraph of Article 19(1) TEU, is a general principle of EU law stemming from the constitutional traditions common to the Member States”).

31 See, ex multis, ECJ, case C-824/18, *A.B. and Others (Appointment of judges to the Supreme Court – Actions)*, ECLI:EU:C:2021:153, para. 110 and the case-law cited.

remedy”.³² While also not an absolute right protected by the Charter,³³ the Court has confirmed that any interference with the right to effective judicial protection, as reflected in Art. 47 CFR, must be limited to what is “strictly necessary”.³⁴ *Strict* judicial review requires one thing in particular: an *intensive* review of the justification for a limitation to that right.³⁵ That means that by its very nature Art. 47 CFR significantly reduces the amount of discretion that an EU law court may grant to a stated objective, if that has the effect of limiting the principle of effective judicial protection.³⁶

Both of these elements, the judicial architecture established by Art. 19 TEU and the reduced scope of limitation of Art. 47 CFR, define the Court’s approach to commercial arbitration.

II. Reading the case-law as a balance of fundamental rights

Consider the examples of *West Tankers*³⁷ and *Gazprom*.³⁸ These cases concerned anti-suit and anti-anti-suit injunctions in favour of commercial arbitration proceedings. In its judgments, the Court resolved the questions put before it by reference to

32 See the Explanations to the Charter on Art. 47, which state that “in Union law the protection is more extensive [than under Article 13 ECHR] since it guarantees the right to an effective remedy before a court. The Court of Justice enshrined that right in its judgment of 15 May 1986 as a general principle of Union law (...).” As those explanations also lay down, that protection goes beyond the protection afforded by Art. 13 ECHR.

33 See, for example, ECJ, case C-687/23, *Banco Santander (Résolution bancaire Banco Popu- lar III)*, ECLI:EU:C:2025:687, para. 67 and the case-law cited (explaining that the right to judicial protection enshrined in Art. 47 CFR “is not absolute and its exercise may be subject to restrictions justified by objectives of general interest pursued by the European Union”). See also, for an acceptable limitation of Art. 47 CFR in a case involving commercial arbitration, ECJ, case C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, ECLI:EU:C:2009:615, paras. 43, 44 and 48, which involved a two-month time-limit to bring proceedings against an arbitral award.

34 See, for example, ECJ, case C-185/23, *protectus*, ECLI:EU:C:2024:657, para. 86 and the case-law cited. To that effect also ECJ, case C-292/23, *European Public Prosecutor’s Office (Judicial review of procedural acts)*, ECLI:EU:C:2025:255, para. 74.

35 See, by comparison with US law, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), fn. 4, in which the judgment explains that “there may be a narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendment, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth”.

36 See also, by analogy, as regards Art. 6 ECHR, ECtHR, no. 10934/21, *Semenya v. Switzerland*, judgment of 10 July 2025, para. 217 (demanding a “particularly rigorous examination” of an alleged breach of fundamental rights, albeit only in the case of “compulsory arbitration”).

37 See ECJ, case C-185/07, *Allianz and Generali Assicurazioni Generali*, ECLI:EU:C:2009:69.

38 See ECJ, case C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2015:316.

the Brussels I Regulation^{39, 40} Essentially, it found that regulation not applicable because it excluded arbitration from its scope. It considered that proceedings for the recognition and enforcement of arbitral awards would be covered by national and international law, rather than by that regulation.⁴¹ However, underlying the Court's reasoning is the logic of balancing the competing fundamental rights at play. Thus, in both cases, the Court essentially considered that a mechanism, such as that inherent in anti- and anti-anti-suit injunctions, which would strip a court of its jurisdiction in favour of giving effect to the findings of a commercial arbitration tribunal, would call into question the trust, which, by virtue of their membership in the European Union, the Member States share in each other's systems and in the common judicial architecture under Art. 19 TEU as a whole.⁴² The consequence would be simple: favouring the consent-based mechanism of resolving EU law disputes outside the judicial architecture of Art. 19 TEU, to the exclusion of the judicial structure foreseen in the Treaties, would bar the opposing party "from access to the court before which it brought proceedings (...) and would therefore be deprived of a form of judicial protection to which it is entitled."⁴³

Expressed in terms of rights: when balancing contractual rights and the right to effective judicial protection, the latter must be given preference if the effect of the former is to deny the exercise of the latter. This is particularly apparent when reading the Brussels I Regulation itself as a possible limitation of the principle of effective judicial protection. In its judgment in *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*, the logic of which builds on *West Tankers* and *Gazprom*, the Court explained that, for an arbitral award to be recognised as a "judgment" under that regulation, the implementation of that system of recognition and enforcement

39 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 351, 20.12.2012, p. 1).

40 See ECJ, case C-185/07, *Allianz and Generali Assicurazioni Generali*, ECLI:EU:C:2009:69, paras. 23 et seq. and case C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2015:316, paras. 31 et seq.

41 See, to that effect, ECJ, case C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2015:316, para. 41.

42 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 12, 16.1.2001, p. 1).

43 See ECJ, case C-185/07, *Allianz and Generali Assicurazioni Generali*, ECLI:EU:C:2009:69, para. 31. In full, the Court explains that "if, by means of an anti-suit injunction, the Tribunale di Siracusa were prevented from examining itself the preliminary issue of the validity or the applicability of the arbitration agreement, a party could avoid the proceedings merely by relying on that agreement and the applicant, which considers that the agreement is void, inoperative or incapable of being performed, would thus be barred from access to the court before which it brought proceedings under Article 5(3) of Regulation No 44/2001 and would therefore be deprived of a form of judicial protection to which it is entitled." See also ECJ, case C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2015:316, paras. 38 and 39 (explaining that "an arbitral tribunal's prohibition of a party from bringing certain claims before a court of a Member State cannot deny that party the judicial protection" and that consequently "neither that arbitral award nor the decision by which, as the case may be, the court of a Member State recognises it are capable of affecting the mutual trust between the courts of the various Member States upon which Regulation No 44/2001 is based").

must *itself* comply with Art. 47 CFR.⁴⁴ Therefore, the Court reasons, “an arbitral award can, by means of a judgment entered in the terms of that award, produce effects in the context of [the Brussels Regulation] only if this does not infringe the right to an effective remedy”.⁴⁵

Contrast the above with the *Nordsee*⁴⁶ and *Eco Swiss*⁴⁷ line of case-law. At issue there was the intensity of review to be carried out by national courts when faced with a commercial arbitral award that is alleged to violate EU law. That question, too, arose against the background of contractual arbitration. In fact, it is in the context of qualifying the circumstances before it that we find, for the first time, the Court employing the language of “consent”. Thus, in *Nordsee*, the Court underlined the voluntary nature of this means of dispute settlement, highlighting that: “the first important point to note is that when the contract was entered into in 1973 the parties were free to leave their disputes to be resolved by the ordinary courts or to opt for arbitration by inserting a clause to that effect in the contract. From the facts of the case, it appears that the parties were under no obligation, whether in law or in fact, to refer their disputes to arbitration.”⁴⁸ Similarly, in *Eco Swiss*, the Court referred to “arbitration resorted to by agreement”.⁴⁹ Both national systems at issue, the German and Dutch systems respectively, granted deference (albeit short of full *res judicata* status) to such awards rendered by means of that process of dispute resolution. This shifted the burden of proof involved. At the same time, neither system recognised awards issued through that process as equivalent to final judgments issued by their national courts.⁵⁰ Both systems, in fact, limited their review to “public policy” grounds by virtue of Art. 5 of the New York Convention.⁵¹ That consequently entailed that, by virtue of national law, *the intensity of review* of those arbitral awards would depend on the type of argument raised before the competent national courts. This explains the reference in both *Nordsee* and *Eco Swiss* to the fact that a review of the arbitration award before the national courts “may be more or less extensive depending on the circumstances”.⁵²

44 See, to that effect, ECJ, case C-700/20, *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association*, ECLI:EU:C:2022:488, para. 58 and the case-law cited.

45 See ECJ, case C-700/20, *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association*, ECLI:EU:C:2022:488, para. 58.

46 ECJ, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107.

47 ECJ, case C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269.

48 ECJ, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, para. 11.

49 ECJ, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, para. 31.

50 See, for example, ECJ, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, para. 13, which explains that “the link between the arbitration procedure in this instance and the organization of legal remedies through the courts in the Member State in question is not sufficiently close for the arbitrator to be considered as a ‘court or tribunal of a Member State’ within the meaning of Article [267 TFEU]”.

51 See ECJ, case C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, para. 38. See also, to that effect, Opinion of AG Reischl, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:31, p. 1120.

52 See ECJ, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, para. 14 and case C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, para. 32.

These elements of fact are important for our rights-based reading of *Nordsee* and *Eco Swiss*. Viewed from the angle of Art. 16 and 47 CFR, the mere grant of some procedural or substantive recognition to the findings made in contract-based awards, reflecting recognition of the freedom expressed in Art. 16 CFR, naturally constitutes a *limitation* of the right, reflected now in Art. 47 CFR, to call upon the national EU law courts to carry out the tasks attributed to them under the second paragraph of Art. 19 para. 1 TEU. “Public policy” review – and the potentially more limited intensity of review that may result from it – is therefore simply another expression for a *permissible limitation* of the right to effective judicial protection.

From that perspective, it is readily apparent why the *West Tankers* and *Gazprom* line of case-law diverge so significantly from that of *Nordsee* and *Eco Swiss*: the former cases concerned instances of impermissible restrictions to the right to effective judicial review *not* because – in the black-box that is proportionality “*stricto sensu*”, namely balancing the interests at stake – one right “came out on top”. It is rather that the former line of cases concerned instances where the action before the national court would have the effect of *completely excluding a possibility of a review* against EU law. That is to say, one of the elements going to the core of Art. 47 CFR, and therefore to the judicial structure laid down in Art. 19 TEU. As has long been settled, that type of restriction has the effect of depriving an individual of the possibility of asserting, by means of the judicial process, the rights that EU law grants them.⁵³ For that reason, such a limitation is not compatible with EU law.

However, in the *Nordsee* and *Eco Swiss* line of case-law, the limitation in question *left untouched* the possibility of seeking judicial redress through access to the competent courts. Therefore, an EU law judge faced with an action for annulment against the awards in question could have ensured the satisfaction of EU law rights where necessary. The mere grant of deference to certain findings made in those awards, similar to those of a lower-instance court’s judgment, was therefore deemed unproblematic for the purposes of the principle of effective judicial protection.

Against this background, two statements from *Nordsee* and *Eco Swiss* take on new meaning. First, the well-known statement from *Eco Swiss* that “it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope”.⁵⁴ In the context of our rights-based analysis, this statement can be interpreted as an explanation of *why* the EU law judge should accept a limitation of the principle of effective judicial protection, resulting from the freedom of contract, and grant deference to the arbitral award before it. Likewise, *Nordsee*’s often-repeated words that “Community law must be observed in its entirety throughout the territory of all the Member States [and that] parties to a contract are not, there-

53 See, for example, ECJ, case 222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206, para. 20 (in which an administrative certificate was treated, under national law, as “conclusive evidence” of equal treatment, such that “allows the competent authority to deprive an individual of the possibility of asserting by judicial process the rights conferred by the directive. Such a provision is therefore contrary to the principle of effective judicial control laid down in Article 6 of the directive”).

54 ECJ, case C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, para. 35.

fore, free to create exceptions to it”.⁵⁵ Interpreted as an expression of the limits to the right to an effective remedy, this statement indicates that a complete exclusion from the judicial process before an EU law court is incompatible with the Treaties due to structural and systemic reasons of the judicial architecture of the European Union—now reflected in Art. 19 TEU.

D. Placing Royal Football Club Seraing

I. A rights-based reading

The judgment in *Football Club Seraing* builds on the above framework by more clearly spelling out what balancing the rights and principles between Art. 19 TEU, Art. 16 and 47 CFR entails. Stripped of its sporting (and therefore also political) context, the case concerned a Belgian procedural law provision that (i) granted an arbitral award rendered by an arbitration institution based outside the European Union the authority of *res judicata* between the parties to the dispute, even where said award had not been reviewed by an EU law judge for its conformity with EU law, and (ii) conferred on that award probative value vis-à-vis third parties, as a consequence of the *res judicata* effect of that award.⁵⁶

Sometimes misunderstood as relating to “forced” arbitration only,⁵⁷ the factual matrix of *Football Club Seraing* features *two* limitations to the possibility to review an arbitral award falling within those rules before a Belgian EU law court. According to the referring court, these rules would have the effect of requiring it to find inadmissible an action against that award, in the same way as it would do with a final judgment issued by a Belgian court.

These elements are reminiscent of *West Tankers* and *Gazprom*. As discussed, both cases concerned national measures having the consequence of removing from the jurisdiction of the EU law courts an action that has as its purpose a compatibility assessment of EU law rights with an arbitral award rendered outside the structure of Art. 19 TEU. The same type of consequence is apparent from the description of the

55 ECJ, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, para. 14.

56 See, to that effect, ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 68.

57 In fact, the part of the judgment in *Royal Football Club Seraing* that relates to the applicable standard of judicial review lays down the general EU law approach to *commercial* (and thus consensual) arbitration, entirely detached from the factual context underlying that judgment (and thus a situation of “forced” arbitration). That distinguishes the Court’s approach from that taken by the ECtHR in *Semenya v. Switzerland*, which appears to lay down two different judicial review standards: a “light-touch” approach for consensual arbitration and a “particularly rigorous” examination for forced arbitration; see ECtHR, no. 10934/21, *Semenya v. Switzerland*, judgment of 10 July 2025, paras. 197 and 237, on the one hand, and paras. 217 and 218, on the other hand. See also Opinion of AG Ćapeta, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:24, paras. 112, 113, 118 and 119 (explaining that “mandatory” arbitration does not justify limited judicial review; also suggesting such types of arbitration do not fall within the scope of the New York Convention).

national law at issue in *Royal Football Club Seraing*. However, unlike *West Tankers* and *Gazprom*, on the one hand, and *Nordsee* and *Eco Swiss*, on the other hand, in *Royal Football Club Seraing*, the Court highlights the structural and rights-based consequences that upholding the Belgian procedural rules would entail for the judicial architecture of the European Union. The first substantive paragraph of the judgment in *Royal Football Club Seraing* already substantiates this point. Therein, the Court explains that, in a union based on the rule of law, “the right to effective judicial protection is of cardinal importance, as a guarantee that all the rights which individuals derive from EU law will be protected.”⁵⁸ The Court then turns to the obligations for Member States that arise from that principle: that the full effectiveness of that *right*, reflected also in Art. 47 CFR, depends on the *remedies* that those Member States put in place, in observance of their obligations arising from the second paragraph of Art. 19 TEU.⁵⁹ In other words, an inseparable relationship, in which too great a limitation of either side would lead to the ineffectiveness of the other. From that relationship emerges the baseline established by Art. 19 TEU and Art. 47 CFR: that, first, there exists access to an EU law court embedded in the judicial structure of the Treaties (i.e. the existence of an EU court system) and, second, that, “*in principle*”, “those courts or tribunals must have the power to consider *all the issues of fact and of law* that are relevant for resolving that case (i.e. the power of that EU court system).”⁶⁰

II. Permissible limitations of Art. 47 CFR

It is at this point that one may consider the shadow of a rights-based balancing assessment reappearing.

As an expression of the essence of the rule of law, the *existence* of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law, as required by Art. 19 TEU, cannot be limited.⁶¹ The freedom of contract – or any other fundamental right for that matter – cannot take away from Art. 19 TEU that which is mandated by the Treaties. For a system of commercial arbitration to be compatible with EU law, it must provide access to the structure of Art. 19 TEU. Only if this is provided does EU law not “preclude (...) individuals (...) from submitting disputes that may arise

58 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 69.

59 See, to that effect, ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, paras. 70 and 72 to 73.

60 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, paras. 74 and 75. See also para. 82 of that judgment, where the Court expresses those two conditions in the following words: “[O]nce the arbitration mechanism established or designated by (...) an agreement is to be implemented in all or part of the territory of the European Union, in the context of disputes relating to the pursuit of an economic activity in that territory, that mechanism must be designed and implemented in such a way as to ensure, first, its compatibility with the principles underlying the judicial architecture of the European Union and, second, effective compliance with EU public policy.”

61 See, to that effect, ECJ, case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, paras. 32 to 37 and the case-law cited.

between them in the context of [the] pursuit [of an economic activity] to an arbitration mechanism.”⁶² The manner in which that “way back” into the Art. 19 TEU structure is governed is left to the national systems of the Member States. It is clear from *Royal Football Club Seraing* that the only limits that EU law sets in that regard are that there must exist some type of mechanism to ensure that “the awards made by [an arbitral] body (...) be amenable to judicial review such as to guarantee the effective judicial protection to which the individuals concerned are entitled, pursuant to Article 47 of the Charter, and which the Member States are required to ensure in the fields covered by EU law, in accordance with the second subparagraph of Article 19(1) TEU.”⁶³

Those reflections link to our earlier observations on *West Tankers* and *Gazprom* that there cannot exist a “one-way street” to exit the EU judicial system for EU law disputes. To preserve the *structure* of that system, there must be some way of “re-entering” it – or, as the Court terms it, an “*indirect*” way of ensuring fundamental rights protection.⁶⁴ A number of possibilities in that regard immediately come to mind: resorting to a “*juge d’appui*” firmly established in the judicial architecture of Art. 19 TEU (as *Nordsee* evidences)⁶⁵ or establishing an appeal mechanism to an EU law court (as is the case, for example, with appeals from specialised agencies of the European Union to the General Court),⁶⁶ including, if necessary, the provision of a “non-traditional” remedy of ensuring the compatibility with that system through *ex ante* or *ex post* measures of protection (such as is the case in Germany, under § 1032 of the German civil rules of procedure, which allows parties to challenge the arbitrability of certain disputes, including those in the investor-State are-

62 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 78.

63 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 83. The same idea is later repeated in para. 85 as follows: “it must, in any event, remain possible for the individuals concerned by such awards to obtain a review, by a court or tribunal meeting all the requirements arising from Article 267 TFEU, as to whether such awards are consistent with the principles and provisions which form part of EU public policy and which are relevant to the dispute concerned.”

64 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 76.

65 See also *Fernández Rozas*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2001, p. 130. The *juge d’appui* may be the judge designated by the procedural law of the State where the tribunal has its seat, but may also be a judge resulting from a specially-composed system to ensure “public order” review.

66 See, for example, Art. 72 of Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (OJ L 154, 16.6.2017, p. 1) (laying down that actions against decisions of the Boards of Appeal may be brought to the General Court, and that such actions may entail a review on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the TFEU, infringement of that regulation or of any rule of law relating to their application or misuse of power). See also the procedure laid down in Title IV of the Rules of Procedure of the General Court (OJ L 105, 23.4.2015, p. 1).

na).⁶⁷ In other words, that every EU law dispute, irrespective of its “departure” or “destination”, must be capable of “stopping in Luxembourg”.⁶⁸

Conversely, the *way* in which judicial review of such awards may be achieved, “may legitimately be limited in nature”.⁶⁹ Since that element links to the scope of Art. 47 CFR (and therefore not the general structure of Art. 19 TEU), there exists a possibility of balancing that right against other fundamental rights. This exercise may occur through a limitation of both *scope* and *intensity* of judicial review.

1. The intensity of judicial review

With regard to the *intensity of judicial review*, *Royal Football Club Seraing* notes that “in principle”⁷⁰ Art. 47 CFR requires that judicial review covers elements of law *and fact* to be effective. This should be uncontested, given that the baseline for effective judicial protection must be that an EU law court is capable of “leaving no stone unturned”. However, at the same time, the Court acknowledges that, in the case of commercial arbitration, findings of fact – “as established and assessed by the arbitration body” – need not be reviewed by the EU law courts.⁷¹ That conclusion is a recognition of the possibility that the freedom of contract, as expressed through consensual arbitration, may limit an EU law court’s finding of *fact*. This is nothing new: as discussed above, already in *Nordsee* and *Eco-Swiss*, the Court found it is compatible with the principle of effective judicial protection that national law grants some sort of preliminary status, such as through *res judicata*, to an arbitral award. Accepting findings of fact as falling within that scope is therefore an expression of a permissible limitation, by the freedom of contract of the principle of effective judicial protection.

As regards elements of *law*, however, the Court is less lenient. It explains that “effective” judicial review mandates that an EU law court’s intensity of review relates to “an *interpretation or application of the principles or provisions which form part of EU public policy* and which confer rights or freedoms on individuals, be able to review the interpretation of those principles or provisions, the *legal consequences* attached to that interpretation as regards their application to the case at hand, and

67 See, in that regard, generally, *Kuplewatzky*, ZEuS 2024/3 and *Maxian Rusche*, IPRax, 2021/6.

68 To borrow the words of AG Čapeta in joined cases C-29/22 P and C-44/22 P, *KS and KD v Council and Others and Commission v KS and KD*, ECLI:EU:C:2023:901, para. 150.

69 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 84 (explaining that, subject to the existence of a system of review embedded in the Treaties, and of a way of ensuring an effective review of awards, judicial review may be limited in nature).

70 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 75.

71 See, to that effect, ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, paras. 86 and 101.

the *legal classification* which was given, in the light of that interpretation, *to the facts* as established and assessed by the arbitration body”.⁷²

Why is that the case? In the context of the judicial structure of Art. 19 para. 1 TEU, the uniform interpretation of EU legal concepts serves not only the parties to the arbitration agreement but also the public interest as a whole. The effectiveness of that system, and the distribution of powers within it, cannot be guaranteed by a mere “light touch” review of the interpretation or application of the law. That is particularly so for questions of the protection of fundamental rights, in relation to which it is the EU courts’ role in a democratic society to protect that society’s subjects against unjustified limitations. In the absence of a legislative framework to that effect, balancing the rights inherent to that protection can generally only occur on a case-by-case basis.⁷³ This explains the need for the possibility to review the protection of such rights for each case going to arbitration. It is also why the Court’s language in *Royal Football Club Seraing* regarding the intensity of judicial review of the interpretation and application of the law differs from that concerning the review of elements of fact.

It would appear that that language is inspired by the Court’s own jurisdiction in appeal matters from the General Court.⁷⁴ In such instances, the Court’s jurisdiction is “limited to points of law”.⁷⁵ As is settled case-law, that jurisdictional limitation does not prevent the Court from hearing grounds of appeal relating to the “*interpretation or application of European Union law*”,⁷⁶ the “*legal consequences*” attached to that exercise,⁷⁷ and the “*legal characterisation*” of facts and the “*legal conclusions* which the General Court has drawn from them”.⁷⁸ Given the similarity of the language used by the Court in relation to its own jurisdiction on appeal and that ascribed to EU law courts when conducting a public policy review of an

72 See, to that effect, ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, paras. 86 and 101. Emphasis added.

73 See, by analogy, as regards the possibility for such a “pre-balancing” of fundamental rights by the legislator, Opinion of AG Capeta in case C-115/22, *NADA and Others*, ECLI:EU:C:2023:676, para. 139. Needless to the validity of such a balancing assessment could always be challenged before the EU courts.

74 That is, for all areas except the areas of law listed in Art. 58a of the Statute of the Court of Justice (OJ C 202, 7.6.2016, p. 210) for which permission must first be requested that an appeal is allowed to proceed, given that certain decisions of a number of EU agencies are already subject to a double review by the relevant Board of Appeal and by the General Court.

75 See Art. 51 of Council Decision 88/591/ECSC, EEC, Euratom of 24 October 1988 establishing a Court of First Instance of the European Communities (OJ L 319, 25.11.1988, p. 1) and Art. 58 of the Statute of the Court of Justice (OJ C 202, 7.6.2016, p. 210).

76 See, *ex multis*, ECJ, case C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2013:625, para. 47 and the case-law cited (explaining that “provided that the appellant challenges the interpretation or application of European Union law by the General Court, the points of law examined at first instance may be argued again in the course of an appeal”).

77 See, *ex multis*, ECJ, case C-122/16 P, *British Airways v Commission*, ECLI:EU:C:2017:861, para. 52.

78 See, *ex multis*, ECJ, case C-337/15 P, *Ombudsman v Staelen*, ECLI:EU:C:2017:256, para. 53 and the case-law cited.

arbitral award, it would seem only logical for the latter to take inspiration from the Court's case law. This could be particularly helpful for those instances where it is unclear whether a particular argument "on appeal" (that is, where a challenge to an arbitral award is made before an EU law court) falls within the scope of an EU law court's jurisdictional powers of review. This also means that, in reality, said limitation (to the extent that it can be called that) to an EU law court's intensity of review does not close the door to an obvious error in the finding of fact. If guidance is taken from the Court's case-law, review of the findings of fact underlying an arbitral award would still be open to arguments asserting, for example, that the arbitral tribunal failed in its duty to act diligently in its assessment of the facts; that said tribunal distorted those facts; that it did not obtain evidence lawfully; that it failed to respect the legal principles and rules relating to the burden of proof; or that it did not take the right legal criteria as the basis for its appraisal of the facts and evidence.⁷⁹

At this point, the reader may question how the above directions on the applicable intensity of review relate to the existing case-law on "public policy" rendered in the context of the Brussels I Regulation. Recall, for example, the judgment in *Real Madrid Club de Fútbol*, where the Court held that the concept of "public policy" is limited to "manifest breaches" of certain EU fundamental rights, such as Art. 11 CFR.⁸⁰ Naturally, it could be argued that that line of case-law would require only "manifest" breaches of fundamental rights to be capable of review before an EU law court.⁸¹

That, however, would be an incorrect understanding of the "manifest" breaches standard applicable in the realm of the Brussels I Regulation. It appears clear that

79 See *Lenaerts, Gutman, Nowak*, p. 646 and the case-law cited. See also, *ex multis*, ECJ, case C-403/04 P and C-405/04 P, *Sumitomo Metal Industries and Nippon Steel v Commission*, ECLI:EU:C:2007:52, para. 39 and the case-law cited (explaining that "the jurisdiction of the Court of Justice to review the findings of fact by the Court of First Instance therefore extends, *inter alia*, to the substantive inaccuracy of those findings as apparent from the documents in the file, the distortion of the evidence, the legal characterisation of that evidence and the question whether the rules relating to the burden of proof and the taking of evidence have been observed").

80 See ECJ, case C-633/22, *Real Madrid Club de Fútbol*, ECLI:EU:C:2024:843, para. 39 and the case-law cited (explaining that "the fact that the manifest error in question concerns a rule of EU law, and not a rule of national law of the Member State in which enforcement is sought, does not alter the conditions for reliance upon the public policy clause for the purpose of Article 34(1) of [the Brussels I Regulation], irrespective of whether it is a substantive or procedural legal rule. In accordance with settled case-law, it is for the national court to ensure with equal diligence the protection of rights established in national law and rights conferred by EU law. Consequently, the public policy clause would apply only where the recognition or enforcement of the judgment concerned in the Member State in which enforcement is sought would result in the manifest breach of a rule of law regarded as essential in the EU legal order or of a right recognised as being fundamental within that legal order and therefore in the legal order of that Member State").

81 In his analysis of the "minimalist" approach to public policy, *Penades Fons* argues that that is the position shared by the French, Austrian, Danish, German, Italian, Spanish and Swedish approaches to arbitration. See *Penades Fons*, CMLR 2010/4, pp. 1081 et seq.

the *Real Madrid Club de Fútbol* line of case-law relates to the free movement of judgments rendered within the system of Art. 19 TEU on the basis of the Brussels I Regulation. That regulation precisely has as its objective the free circulation of judgments on the basis of mutual trust in the common legal system established by the Treaties.⁸² In those cases, the principle of mutual trust permits greater limitation of Art. 47 CFR given that, in principle, review by one EU law court *has already occurred* and a second review should only be permissible in exceptional circumstances.⁸³ So as to respect that general idea of deference to judgments of other “Article 19 TEU courts”, the “manifest” violations standard therefore is intended to minimise review to ensure the effectiveness of the framework established by the Brussels I Regulation.

However, the principle of mutual trust does not apply outside the Art. 19 TEU architecture, and so cannot be extended to arbitral tribunals.⁸⁴ That means that a review for public policy violations by an EU law court of an arbitral award rendered outside the Art. 19 TEU structure is *not* subject to the same standard as a judgment falling within the scope of the Brussels I Regulation. Precisely because mutual trust does not apply, an EU law court must carry out a strict necessity analysis of any possible limitations to Art. 47 CFR. That is also why there is no deference to a prior review for “public policy” control (such as was the case with the Swiss Federal Supreme Court in *Royal Football Club Seraing*). In fact, it is precisely because of the lack of mutual trust towards systems of dispute resolution outside the scope of the judicial framework of Art. 19 TEU that the Brussels I Regulation excludes from its scope of application the free circulation of commercial arbitral awards rendered outside that system.⁸⁵

82 See recital 26 of the Brussels I Regulation, which explains that “[m]utual trust in the administration of justice in the Union justifies the principle that judgments given in a Member State should be recognised in all Member States without the need for any special procedure”.

83 See ECJ, case C-633/22, *Real Madrid Club de Fútbol*, ECLI:EU:C:2024:843, para. 42 and the case-law cited) (explaining that “it should be noted that the principle of mutual trust between the Member States is of fundamental importance in EU law, given that it allows an area without internal borders to be created and maintained. That principle requires, particularly with regard to the area of freedom, security and justice, each of those States, save in exceptional circumstances, to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law”).

84 See, to that effect, Opinion 1/17 of the ECJ, *EU-Canada CET Agreement*, ECLI:EU:C:2019:341, para. 129 (explaining that the “principle of mutual trust, with respect to, inter alia, compliance with the right to an effective remedy before an independent tribunal, is not applicable in relations between the Union and a non-Member State”).

85 See recital 12 of the Brussels I Regulation (explaining, inter alia, that “this Regulation should not apply to arbitration. Nothing in this Regulation should prevent the courts of a Member State, when seised of an action in a matter in respect of which the parties have entered into an arbitration agreement, from referring the parties to arbitration, from staying or dismissing the proceedings, or from examining whether the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, in accordance with their national law”) and Art. 1 para. 2 lit. d thereof.

Accordingly, it would be wrong to infer any guidance from *Real Madrid Club de Fútbol* and other case-law relating to the Brussels I Regulation as regards the *seriousness* of a breach of an element of EU public policy. To ensure that the essential character of system established by the Treaties remains unaltered, *any* violation of a fundamental right, irrespective of its severity, must be sufficient to trigger the review competence of an EU law court.⁸⁶ The converse would imply that EU law would be willing to tolerate certain restrictions of its foundational principles over others. However, this is difficult to reconcile with the risk-based approach that the Court takes to challenges to the foundational principles that establish the EU legal order.⁸⁷ To use the language of Advocate General Wathelet in *Genentech*: “no system can accept infringements of its most fundamental rules making up its public policy, irrespective of whether or not those infringements are flagrant or obvious.”⁸⁸ Accordingly, there is no place for a “*crève aux yeux*” standard for EU public policy violations.

2. The scope of judicial review

Regarding the *scope of judicial review*, the Court’s guidance from *Royal Football Club Seraing* appears straightforward: we already know since *Nordsee* and *Eco Swiss* that it is permissible to limit the Court’s review to elements of EU “public policy”. As discussed above, this limitation is a legitimate interference by the freedom of contract, as recognised in Art. 16 CFR, with the right to effective judicial protection, as protected in Art. 47 thereof. The judgment in *Royal Football Club Seraing* recalls and confirms the possibility of this limitation given that “consistency with that public policy constitutes an essential complement to the structured network of principles, rules and mutually interdependent legal relations binding the

86 The converse would furthermore mean that the Court would have to enter, on a case-by-case basis, into an assessment of the complexity of the case before it and the EU public policy violation at issue. As both AG Wathelet in his Opinion in case C-567/14, *Genentech*, ECLI:EU:C:2016:177, para. 64 and the Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice) in BGH, KZB 75/21, para. 17, explained, particularly in cases where “manifest” violations of EU public policy are difficult to establish, that would result in making it excessively difficult, if not impossible, for an EU law subject to exercise the rights conferred on them by EU law.

87 See, by analogy, Opinion 1/00 of the ECJ, *Agreement on the establishment of a European Common Aviation Area*, ECLI:EU:C:2002:231, paras. 6 and 12; case C-118/07, *Commission v Finland*, ECLI:EU:C:2009:715, para. 33; and case C-109/20, *PL Holdings*, ECLI:EU:C:2021:875, para. 46 (all highlighting that the mere existence of a risk to the alteration of the foundational structure of the EU legal order is sufficient for a finding of incompatibility).

88 See Opinion of AG Wathelet in case C-567/14, *Genentech*, ECLI:EU:C:2016:177, para. 67. See also BGH, KZB 75/21, para. 15, in which the Bundesgerichtshof explains that “[k]eine Rechtsordnung kann es hinnehmen, dass Verstöße gegen ihre grundlegendsten Normen durch ihre eigenen Gerichte bestätigt werden, unabhängig davon, ob diese Verstöße offenkundig oder offensichtlich sind oder nicht” (“no legal order can accept that violations of its most fundamental norms are confirmed by its own courts, regardless of whether these violations are manifest or obvious or not”).

European Union and the Member States and binding the Member States to each other”.⁸⁹ Appearances, however, can be deceiving: after all, what *precisely* is “EU public policy”?

E. “EU public policy”: all of EU law

An understanding of the scope of EU “public policy” is important from two perspectives. First, if review of an arbitral award may be limited to “the principles and provisions which form part of public policy”,⁹⁰ it may be useful to know what precisely need *not* be reviewed by the competent EU law court faced with a challenge to an arbitral award. Second, in *Royal Football Club Seraing*, the Court finds that its interpretation of the concept of “public policy” is in line with the New York Convention.⁹¹ Although the European Union is not a member of that convention, for the purposes of ensuring its uniform application across the Member States, particularly insofar as it relates to a possible derogation from EU law under Art. 351 TFEU, the Court may interpret that instrument.⁹² In effect, therefore, the Court is able to harmonise the meaning of concepts used in that convention, such as that of the concept of “public policy”, as referred to in Art. V para. 2 lit. b of the New York Convention,⁹³ across the national legal orders of the Member States. With its interpretation of that convention, the Court therefore creates an EU-specific interpretation of that concept for the purposes of the EU legal order, and thereby among the

89 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 87.

90 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 85. See also, to that effect, ECJ, case C-124/21 P, *International Skating Union v Commission*, ECLI:EU:C:2023:1012, para. 193 (referring to “fundamental provisions that are a matter of EU public policy”).

91 See, to that effect, ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, paras. 116 and 117 (explaining that the New York Convention “also provides for judicial review of arbitral awards as regards consistency with public policy” and that the obligation, under that convention, to recognise the existence and authority of foreign arbitral awards “goes hand in hand with the obligation, for such a State, to ensure that the persons concerned have the possibility of obtaining from the national court or tribunal having jurisdiction, either at those persons’ request or of the court’s or tribunal’s own motion, a review of those awards for consistency with that State’s public policy”).

92 See, as regards the Court’s incidental jurisdiction for international agreements to which the European Union is not a party, ECJ, case C-216/01, *Budějovický Budvar*, ECLI:EU:C:2003:618, paras. 134 and 143 and, by analogy, case 130/73, *Vandeweghe and Others*, ECLI:EU:C:1973:131, paras. 2 and 3. See also, in the realm of arbitration, ECJ, case C-516/22, *Commission v United Kingdom (Judgment of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2024:231, paras. 64 et seq (as regards the Court’s interpretation of the ICSID Convention, to which the European Union is not a party).

93 That provision reads as follows: “2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (...) (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”.

Member States, without, however, altering the meaning of that concept for relations with third States.⁹⁴

So, what precisely is “EU public policy”?

Under EU law, the scope of that concept has not been defined. A number of pointers from the case-law on the scope of the public policy exception in the Brussels I Regulation allow us to infer that violations of EU fundamental rights⁹⁵ – characteristic of a society based on the rule of law –⁹⁶ as well as certain substantive and procedural “safeguards” fall within that concept.⁹⁷ We also know from *Nordsee*, *Eco Swiss* and *International Skating Union* that that concept entails at least the effectiveness of Art. 101 and 102 TFEU.⁹⁸ Those cases had already suggested that EU law would take an approach to public policy that would cover entire fields of primary and secondary law,⁹⁹ as opposed to individual provisions or even broader contours, such as “state’s most basic notions of morality and justice”.¹⁰⁰ The judgment in *Royal Football Club Seraing* follows that trend of “categorisation” and adds to the existing list of fields subject to review by the EU law judge all those “principles and provisions of primary and secondary EU law which are essential to the legal order established by the Treaties or are of fundamental importance for the accomplish-

- 94 See, by analogy, as regards the ICSID Convention, ECJ, case C-516/22, *Commission v United Kingdom (Judgment of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2024:231, para. 68 (explaining that because the ICSID Convention is an “international agreement is capable of falling within the scope of the first paragraph of Article 351 TFEU, which is a provision of EU law in respect of which the Court has exclusive jurisdiction to give a definitive interpretation”).
- 95 See, to that effect, ECJ, case C-633/22, *Real Madrid Club de Fútbol*, ECLI:EU:C:2024:843, para. 67 (explaining that “a manifest breach of Article 11 of the Charter comes within public policy in the Member State in which enforcement is sought and therefore constitutes the ground for refusal laid down in [the Brussels I Regulation]” and case C-7/98, *Krombach*, ECLI:EU:C:2000:164, para. 40 (explaining that “recourse to the public-policy clause must be regarded as being possible in exceptional cases where the guarantees laid down in the legislation of the State of origin and in the [ECHR] itself have been insufficient to protect the defendant from a manifest breach of his right to defend himself before the court of origin”).
- 96 See, by analogy, ECtHR, no. 10934/21, *Semenya v. Switzerland*, judgment of 10 July 2025, para 236 (characterising the protection of fundamental rights as “an essential element of public policy”).
- 97 See, to that effect, ECJ, case C-681/13, *Diageo Brands*, ECLI:EU:C:2015:471, paras. 46 et seq.
- 98 See ECJ, case 102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, para. 37, case C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, paras. 36 and 37, and case C-124/21 P, *International Skating Union v Commission*, ECLI:EU:C:2023:1012, paras. 192 and 193.
- 99 See, in that regard, *Bermann*, *Arbitration International* 2012/3, p. 418 (who observes that the *Eco Swiss*, *Mostaza Claro* and *Asturcom* case-law appears to move “whole fields of EU law (...) *en bloc* within the domain of public policy”).
- 100 As is the approach taken by the United States courts; see, for example, *Parsons & Whittemore Overseas v. Société Générale de L’Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 974 (1974). See likewise the approach taken by the UK House of Lords in *Egerton v. Brownlow* [1853] 4 HLC 1, [1843 to 1860] All ER Rep 970, at p. 995, describing “public policy” as “that principle of the law which holds that no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public, or against public good”.

ment of the tasks entrusted to the European Union”.¹⁰¹ As the Court then, in essence, explains, this includes the four freedoms, given that “they form part of the foundations of the internal market comprising an area without internal frontiers”.¹⁰²

Much may be inferred from those directions. The reference to “principles and provisions (...) essential to the legal order established by the Treaties” arguably harks back to *Achmea*, where the Court explained that the “structured network of principles” which the EU legal order establishes, is characterised inter alia “by the direct effect of a whole series of provisions which are applicable to their nationals and to the Member States themselves.”¹⁰³ Although, strictly speaking, not necessary for the purpose of defining the scope of EU public policy, *Royal Football Club Seraing* takes up that direct effect characterisation when it explains the common denominator behind Art. 101 and 102 TFEU, Art. 45, 56 and 63 TFEU, Art. 47 CFR, and Art. 19 para. 1 TEU.¹⁰⁴ However, direct effect is, in itself, devoid of substance and so requires always *some* link to a substantive element of EU primary or secondary law. As such, “direct effect” does not provide for a closed category of EU law provisions that could constitute EU public policy. But if direct effect is essential to the EU public order, then so must be, at least, the principles of primacy, conform interpretation, State liability for violation of EU law, and the requirements of equivalence and effectiveness of domestic enforcement of EU law. Structurally, they all shape the judicial architecture of the European Union and so define the scope of Art. 19 TEU. However, those concepts, too, are not “substantively whole”; they all require some sort of hook to primary or secondary EU law. Given the vast (and ever-expanding) body of EU law, it is essentially impossible to determine with certainty which provisions could hold EU public policy status through a link with one or more of the structural principles highlighted above.¹⁰⁵

Moreover, by suggesting that EU public policy should cover all provisions of primary and secondary law that are “of fundamental importance for the accomplishment of the tasks entrusted to the European Union”,¹⁰⁶ it could be argued that the Court addresses all of those provisions of EU law through which the

101 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 87. See also, to that effect, ECJ, case C-681/13, *Diageo Brands*, ECLI:EU:C:2015:471, para. 48; case C-590/21, *Charles Taylor Adjusting*, ECLI:EU:C:2023:633, para. 36 and the case law cited; and case C-633/22, *Real Madrid Club de Fútbol*, ECLI:EU:C:2024:843, paras. 38 and 39.

102 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 89.

103 ECJ, case C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, para 33.

104 Compare ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 88, as regards Art. 101 and 102 TFEU, para. 89, as regards Art. 45, 56 and 63 TFEU, para. 119, as regards Art. 47 CFR, and para. 120, as regards Art. 19 para. 1 TEU.

105 (Former AG) *Bobek* has even argued that every provision of a directive should hold (horizontal) direct effect. See *Bobek*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2023/2.

106 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 87. See also, to that effect, ECJ, case C-681/13, *Diageo Brands*, ECLI:EU:C:2015:471, para. 48; case C-590/21, *Charles Taylor Adjusting*, ECLI:EU:C:2023:633, para. 36 and the case law cited; and case C-633/22, *Real Madrid Club de Fútbol*, ECLI:EU:C:2024:843, paras. 38 and 39.

EU legislature seeks to put in place measures for the pursuit of the *objectives* laid down in the Treaties. That conclusion may be read from the reference to *Mostaza Claro*, expressly cited (albeit “to that effect”) in the very paragraph of *Royal Football Club Seraing* that defines those “principles and provisions” that fall within the scope of EU public policy. In *Mostaza Claro*, the Court found that the Unfair Contract Terms Directive¹⁰⁷ constituted an element of EU public policy, given that it seeks “to strengthen consumer protection” and thus a measure “essential to the accomplishment of the tasks entrusted to the Community”.¹⁰⁸ This conclusion was, in turn, justified in *Asturcom* on the basis “that [the Unfair Contract Terms Directive] as a whole constitutes, in accordance with Article 3(1)(t) EC [laying down the objective that the Community is to contribute to the strengthening of consumer protection], a measure which is essential to the accomplishment of the tasks entrusted to the European Community and, in particular, to raising the standard of living and the quality of life throughout the Community.”¹⁰⁹

Mostaza Claro and *Asturcom* evidence that – even prior to *Royal Football Club Seraing* – there was guidance from the Court that all measures of EU secondary law that pursue one of the objectives of EU integration constitute EU public policy. Again, that conclusion is the only logical contention if we approach commercial arbitration from the perspective of the limitations of the freedom of contract, as respected in Art. 16 CFR. Indeed, the converse would mean that parties could disapply, through contract, certain pillars of EU integration. However, the consequence of that approach means also that, unless we are to distinguish between “higher” objectives of EU integration and those less worthy of protection under the banner of EU public policy, *all* other measures put in place in pursuance of an EU objective should be treated as EU public policy.¹¹⁰ For example, consider fisheries regulation, which is adopted in view of the *objectives* of the common agricultural policy, as set out in Art. 39 para. 1 TFEU. Measures adopted for this purpose enable the Euro-

107 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (OJ L 95, 21.4.1993, p 29).

108 See ECJ, case C-168/05, *Mostaza Claro*, ECLI:EU:C:2006:675, para. 37. According to the Court, that interpretation was “necessary for ensuring that the consumer enjoys effective protection, in view of the real risk that he is unaware of his rights or encounters difficulties in enforcing them” (see para 28 of said judgment). Similar directions also derive from ECJ, case C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, ECLI:EU:C:2009:615, para. 52 (explaining that “in view of the nature and importance of the public interest underlying the protection which [the Unfair Contract Terms Directive] confers on consumers, Article 6 [thereof] must be regarded as a provision of equal standing to national rules which rank, within the domestic legal system, as rules of public policy”).

109 See ECJ, case C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, ECLI:EU:C:2009:615, para 51.

110 Therefore moving away from the doctrinally-straightforward idea voiced by Advocate General Wathelet that “EU public policy” entails all those “principles that form part of the very foundations of the [EU] legal order” to the point that “their breach (...) cannot be tolerated (...) because such a breach would be unacceptable from the viewpoint of a free and democratic State governed by the rule of law”. The Advocate General thus characterised such rules as “so fundamental to the [EU] legal order that [they] cannot be subject to any derogation whatsoever in the context of the case at issue”. See para. 182 of the Opinion of AG Wathelet, case C-536/13, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2014:2414.

pean Union to achieve one of the objectives assigned to it by the Member States. As one of the objectives of EU integration – a common agricultural policy – under the qualifiers discussed above, such measures constitute EU public policy. However, under that logic, one would elevate “micro” policies to the “macro” level that is EU public policy status: the rules on safety goggles and hard hats? Pursuant to the above logic, these would constitute public policy given that they constitute an implementation of the objectives of Art. 151 TFEU to encourage improvements in the safety and health of workers, and thus uniform harmonisation of certain safety rules at work.¹¹¹ The list could go on: data protection rules? EU public policy because they constitute an implementation of Art. 16 TFEU and reflect a right protected in Art. 8 CFR. Restrictive measures? Naturally included in that scope, given that they implement “decisions which (...) define the approach of the Union to a particular matter of a geographical or thematic nature”, as per Art. 29 TEU, and so are intended to protect the essential interests of the Union’s security, in line with Art. 21 TEU.¹¹²

Finally, a point of reflection: if, as *Royal Football Club Seraing* recognises that Art. 47 CFR is “EU public policy”, but, at the same time, grants an EU law subject an “effective remedy” to bring a case before an EU law court, does that not entail that that provision is capable of “importing” any rule of EU law, irrespective of its structural importance to the legal order as a whole, in an action against an arbitral award? This is because, if an EU law subject were not capable of bringing certain violations of EU law to court (that is, if certain rules of EU law were not capable of constituting “EU public policy”), those individuals could arguably not exercise their right to an *effective* remedy.¹¹³ There is recent case-law, rendered in Grand Chamber formation, that suggests that the “core” of Art. 47 CFR covers the availability of such an *effective* remedy. Naturally, this core cannot be balanced away by

111 See ECJ, case C-392/21, *Inspectoratul General pentru Imigrări (Acquisition of spectacles by a worker)*, ECLI:EU:C:2022:1020, para. 32 and the case-law cited.

112 See, to that effect, ECJ, case C-72/15, *Rosneft*, ECLI:EU:C:2017:236, paras. 115 and 150. The public policy nature of EU restrictive measures is also pending as ECJ, case C-802/24 *Reibel*.

113 See ECJ, case C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650, para. 95 and the case-law cited (explaining that “legislation not providing for any possibility for an individual to pursue legal remedies in order to have access to personal data relating to him, or to obtain the rectification or erasure of such data, does not respect the essence of the fundamental right to effective judicial protection, as enshrined in Article 47 of the Charter. The first paragraph of Article 47 of the Charter requires everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the European Union are violated to have the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in that article. *The very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with provisions of EU law is inherent in the existence of the rule of law*”). Emphasis added.

an exercise of Art. 16 CFR.¹¹⁴ From this perspective, Art. 47 CFR could be considered as the *only* EU public policy element truly warranting recognition as “EU public policy”. Therefore, regardless of the actual scope of the concept of “EU public policy”, recognising Art. 47 CFR as forming part of that concept has, it is asserted, the effect that *all* of EU law must form part of the rules that an EU law court must review of its own motion.

F. The missing element: the need for an EU seat

What is the consequence to be drawn from the above assessment? Any balancing of rights and principles presupposes a way of *controlling* that balancing exercise. That is because a significant interference with Art. 47 CFR may have an effect on the arbitrability of an EU law dispute. Likewise, if that provision is interpreted as capable of “importing” substantive EU law, and therefore EU public policy, an interference with that right automatically arises as soon as an EU law dispute is assigned to arbitration. In those circumstances, the principle of effectiveness would require that there must be a way of seeking review of that exercise before an EU law court embedded in the structure of Art. 267 TFEU.¹¹⁵

Nordsee and *Eco Swiss* do not address that aspect since those cases involved disputes in which the arbitration at issue was located in a Member State. Hence, for those cases, there already existed a possibility to seek annulment of the award at issue before an EU law court — as is evidenced by the very fact that those actions formed the subject of a preliminary reference. While *Royal Football Club Seraing* and *International Skating Union* allude to the challenge of *controlling* the balancing of rights inherent in any recourse to commercial arbitration, those judgments did not need to draw the necessary consequences.¹¹⁶

114 See, by analogy, ECJ, case C-715/20, *X (Lack of reasons for termination)*, ECLI:EU:C:2024:139, para. 79 (finding a violation of Art. 47 CFR on the basis of a rule of Polish law that did not require a statement of reasons for the termination of certain types of employment contracts, and therefore finding that “the difference in treatment introduced by the applicable national law (...) undermines the fundamental right to an effective remedy enshrined in Article 47 of the Charter, since a fixed-term worker is deprived of the possibility, which is however available to a permanent worker, of assessing beforehand whether he or she should bring legal proceedings against the decision terminating his or her employment contract and, where appropriate, to bring an action challenging in a precise manner the reasons for such a termination”).

115 See, to that effect, ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, paras. 108, 111, and 121.

116 See, to that effect, ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 100 (explaining that “in the absence of (...) an indirect review or if that review is not effective, (...) there would be no legal remedy making it possible to ensure effective judicial protection for the individuals concerned”) and ECJ, case C-124/21 P, *International Skating Union v Commission*, ECLI:EU:C:2023:1012, para. 194 (explaining that “in the absence of (...) judicial review, the use of an arbitration mechanism is such as to undermine the protection of rights that subjects of the law derive from the direct effect of EU law”).

However, what happens when the seat of the arbitral tribunal called upon to resolve an EU law dispute is placed outside of the European Union? What if legal theory presupposes no fixed seat (as is the age-old mantra for ICSID arbitration)? In such cases, as the factual background to *Royal Football Club Seraing* evidences, a national court may consider itself incompetent to review the award at issue.¹¹⁷ Parties are generally free to locate their seat of arbitration where they wish. That is to say, they are capable of deciding, formally speaking, where the arbitral award will be made. In the absence of such a choice, arbitral tribunals are given broad discretion to do so.¹¹⁸ However, the choice of seat directly impacts the possibility of parties to access EU public policy review, and therefore also access to the preliminary ruling procedure under Art. 267 TFEU.¹¹⁹ That is because the choice of the seat of arbitration has consequences on the national courts responsible for the law applicable to public policy review (such as through an action for annulment) of any ensuing arbitral award.¹²⁰ That possibility of choosing a non-Member State seat for an EU law dispute consequently opens up a systemic risk of circumvention of the rights and principles protected under EU public policy.¹²¹ The existence of such a risk has the potential of undermining the balancing of EU law rights and principles, and therefore the effectiveness of EU law.¹²² The Court has already on many occasions explained that the mere existence of such a risk *in itself* leads to a situation incompatible with the judicial structure of the Treaties.¹²³

One way in which national courts have addressed this issue is to require an *ex ante* compatibility assessment with EU law of a dispute from a court or tribunal

117 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 49 (highlighting that the cour d’appel de Bruxelles (Court of Appeal, Brussels) found that the grounds of appeal before it were inadmissible in so far as they were directed against FIFA given the *res judicata* effect of the CAS award before it).

118 See, for example, Art. 18 para. 1 of the UNCITRAL Arbitration Rules 2021 and Art. 25 para. 1 of the SCC Rules of Arbitration (2023).

119 *Girsberger* and *Voser* refer to the seat of the arbitration as the “legal home binding the arbitration to a national arbitration law” and thus as the law determining the relationship between the national courts at issue and the arbitral tribunal. The choice of seat therefore has an effect on various elements linked to the powers of the arbitral tribunal, such as anti-suit injunctions. See *Girsberger*, *Voser*, paras. 596 et seq.

120 See *Born*, p. 40. See also Art. V para. 1 lit. e of the New York Convention, which lays down that an arbitral may be refused recognition and enforcement inter alia where the award “has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

121 See, for example, recital 24 of Council Regulation (EU) 2025/1494 of 18 July 2025 amending Regulation (EU) No 833/2014 concerning restrictive measures in view of Russia’s actions destabilising the situation in Ukraine (OJ L, 2025/1494, 19.7.2025), which alludes to the possibility that arbitral awards constituting a breach of EU public policy are enforced in third State courts.

122 Coming to the same conclusion, see *Boddin*, European Papers 2025/3, p. 679.

123 See, to that effect, the case-law cited *supra* at note 86 and, likewise, ECJ, case C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, para. 56 and ECJ, case C-741/19, *Republic of Moldova*, ECLI:EU:C:2021:655, paras. 59 and 60.

placed within the Art. 19 TEU structure.¹²⁴ *Royal Football Club Seraing* hints in this direction by, in effect, requiring Belgian law to contain the possibility for interim measures in favour of full judicial review of EU public policy matters.¹²⁵ However, said *ex ante* solution to the arbitrability of an EU law dispute presupposes clarity over which law applies to the arbitration agreement, where the tribunal's seat is placed, and a court with jurisdiction willing to take up the task of determining the *ex ante* arbitrability of the case before it. For a cross-border dispute involving a complex assessments of law and fact¹²⁶ or multiple tangibles¹²⁷ *ex ante* control by an EU law court is, at best, unlikely to ensure effective protection. Moreover, *ex ante* control cannot ensure that the arbitral tribunal also follows the relevant interpretation provided by the competent EU law court. *Ex ante* control is therefore inherently incapable of removing the above-described risk to the coherence of the EU legal order. That, in turn, would have the effect of rendering all EU law disputes non-arbitrable, given that there would be no way of ensuring the effectiveness of potential elements of EU law arising in such a dispute. The consequence: a negation of the freedom of contract, as recognised by Art. 16 CFR.

The question therefore arises whether the rights-balanced reading discussed in this article mandates that an EU law dispute's seat of arbitration must always be placed *within* the EU legal order. In that way, there would always be a national EU law court competent to assist the tribunal, be that through the status of a *juge d'appui* or as "reviewing" court, and thus capable of ensuring the correct

124 See § 1032 of the German rules of civil procedure. That provision lays down that a German court may determine the admissibility (or lack thereof) of arbitral proceedings at the request of a party and is aimed at enhancing the efficiency of arbitrations and promotes legal certainty at a very early stage of arbitral proceedings.

125 See ECJ, case C-600/23, *Royal Football Club Seraing*, ECLI:EU:C:2025:617, para. 105 and the case-law cited (referring to the need for a "power to grant interim measures which ensure the full effectiveness of the judgment to be given on the substance of the case").

126 See, by analogy, AG Wathelet, case C-567/14, *Genentech*, ECLI:EU:C:2016:177, para. 65, in which he explains that a limited review of arbitral awards would entail that "it would cover only 'the most obvious infringements [of Article 101 TFEU], such as price-fixing or market-sharing agreements'. Restrictions by effect would therefore completely evade review by the courts hearing actions for annulment, since a finding that such restrictions exist would require more than a token examination of the substance of the arbitral award, which the French courts are unable to do."

127 Take, by way of example, the factual parameters of the famous United States Supreme Court judgment in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985), in which that court was faced with a Swiss arbitration agreement in a dispute between parties from Puerto Rico and Japan which raised issues of US antitrust law. In fn. 19 of that judgment, the United States Supreme Court famously found that if it transpired at the post-award (enforcement) stage that the arbitration agreement and the choice-of-law clause therein "operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy".

balancing of the EU rights and principles at play in an EU law dispute.¹²⁸ In that way, it would also be excluded that there could occur enforcement in a third State (under a much different interpretation of the concept of “public policy”), without the possibility of ensuring judicial review compatible with the requirements of the Treaties.¹²⁹ The converse would indeed mean that party autonomy could override the foundational principles of EU law, including fundamental rights protection, without there being a possibility to hold accountable a Member State for any ensuing EU law violations.¹³⁰ In view of that risk, the consequence of the above discussion appears simple: non-EU seats in arbitration agreements for EU law disputes are inherently incompatible with the Treaties.

G. Conclusion

This article argues that the EU law approach to commercial arbitration involves balancing the rights and principles of the EU legal order. It concludes that commercial arbitration is a creature of the freedom of contract, respected by Art. 16 CFR, which, in the EU legal context, always needs to be balanced against the right to effective judicial protection, as enshrined in Art. 47 CFR (and thus the structural principles protected by Art. 19 TEU). However, given that the judicial architecture of Art. 19 TEU cannot be balanced away and given that any limitation of the principle of effective judicial protection, enshrined in Art. 47 CFR, must be “strictly necessary”, the freedom of contract in the EU legal order has certain limits. Two of those limits are reflected in the judgment in *Royal Football Club Seraing*: a (somewhat) limited intensity of judicial review and a (not really) limited scope of review in the form of the concept of “EU public policy”. The challenge to the current sys-

128 That element is also supported by the respect accorded by foreign courts in arbitration-friendly jurisdictions to annulment proceedings at the seat of arbitration. See, for a recent example, US District Court for the District of Columbia in *Mercuria Energy Group Limited v Republic of Poland*, Case No. 1:23-cv-03572 (TNM), judgment of 8 September 2025).

129 See, to that effect, ECJ, case C-109/20, *PL Holdings*, ECLI:EU:C:2021:875, para. 47 (explaining that “to allow a Member State, which is a party to a dispute which may concern the application and interpretation of EU law, to submit that dispute to an arbitral body with the same characteristics as the body referred to in an invalid arbitration clause contained in an international agreement (...), by concluding an ad hoc arbitration agreement with the same content as that clause, would in fact entail a circumvention of the obligations arising for that Member State under the Treaties and, specifically, under Article 4(3) TEU and Articles 267 and 344 TFEU, as interpreted in the judgment of 6 March 2018, *Achmea* (C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158)”).

130 See, to that effect, Opinion 1/09 of the ECJ, *Agreement creating a Unified Patent Litigation System*, ECLI:EU:C:2011:123, paras. 86 to 88 (explaining, as regards the proposed unified patent court, that, to be compatible with EU law, the Member States must make good damage caused as a result of breaches thereof by their national courts, and even hold them financially liable and that “it is clear that if a decision of the PC were to be in breach of [EU law], that decision could not be the subject of infringement proceedings nor could it give rise to any financial liability on the part of one or more Member States”).

tem of commercial arbitration of EU law disputes is the element of control: so long as parties are able to freely choose their seat of arbitration, and therefore the courts responsible for ensuring public policy review, the current system holds the inherent risk of circumvention of the balancing of EU law rights and principles. That risk is incompatible with the balancing exercise required in the commercial arbitration context. Given that risk, this article concludes that the rights and principles of the EU legal order mandate a seat of arbitration for EU law disputes within the European Union.

Bibliography

- BASEDOW, JÜRGEN, *Freedom of Contract in the European Union*, 2008, European Review of Private Law, Vol. 16(6), pp. 901-923
- BERMANN, GEORGE, *Navigating EU Law and the Law of International Arbitration*, 2012, Arbitration International, Vol. 28(3), pp. 397-440
- BOBEK, MICHAL, *Why Is It Better to Treat Every Provision of a Directive as a (Horizontally) Directly Effective One*, 2023, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 39(2), pp. 211-220
- BODDIN, MAXIMILIAN H., *Ordre Public Scores the Winner as Mandatory Arbitration Watches from the Bench: The CJEU's Decision in Case C-600/23 Royal Seraing Football Club*, 2025, European Papers, Vol. 10(3), pp. 669-685
- BORN, GARY B., *International Arbitration: Law and Practice*, 3rd edition, Wolters Kluwer, 2021
- CARBONNEAU, THOMAS E., *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, Vanderbuilt Journal of Transnational Law, 2003, Vol. 36(4), pp. 1192-93
- FERNÁNDEZ ROZAS, JUAN C., *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2001
- GIRSBERGER, DANIEL; VOSER, NATHALIE, *International Arbitration – Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd edition, Nomos / Schulthess, 2016,
- KUPLEWATZKY, NICOLAJ, *Upstream Review of intra-EU ICSID Arbitration and its Inherent Consequences*, 2024, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, Vol. 27(3), pp. 349-370
- LENAERTS, KOEN; GUTMAN, KATHLEEN; NOWAK, JANEK T., *EU Procedural Law*, Oxford, 2023
- MAXIAN RUSCHE, TIM, *Abwehr rechtsmissbräuchlicher innereuropäischer Investoren-Staaten-Schiedsverfahren durch Verfahren vor deutschen Gerichten*, 2021, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, pp. 494-502
- PENADES FONTS, MANUEL, *The effectiveness of EU law and private arbitration*, 2010, Common Market Law Review, Vol. 57(4), pp. 1069-1106

WEATHERILL, STEPHEN, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of "freedom of contract"*, 2014, *European Review of Contract Law*, Vol. 10(1), pp. 167-182



© Nicolaj Kuplewatzky

Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch für Kinder?

Teil I

Kinderrelevante Aspekte der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen – Kinder als Opfer von Straftaten

Julia Villotti*

Inhalt	
A. Einleitung	34
B. Die Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen als Ausgangspunkt für die Herausbildung des Kinderrechtsschutzes im Primärrecht	36
I. Vom Vertrag von Maastricht bis zum Vertrag von Nizza	36
II. Vertrag von Lissabon	39
C. Kinderrelevantes Unionshandeln im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen	45
I. Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Kindern	45
II. Kinderpornographie, sexueller Missbrauch und sexuelle Ausbeutung von Kindern	51
III. Anwerbung und Ausbildung von Kindern für terroristische Zwecke	60
IV. Kinder und häusliche Gewalt	61
V. Rechte von Kindern als Opfer von Straftaten	64
1. Rahmenbeschluss 2001/220/JI über die Stellung des Opfers im Strafverfahren	64
2. Opferschutz-RL 2012/29	68
3. Zusätzliche Schutzmaßnahmen für Opfer bestimmter Straftaten	70
D. Schlussfolgerungen	71

Abstract

Die offenen Grenzen im Schengenraum und der freie Personenverkehr haben nicht nur Erleichterungen für Einzelne und Unternehmen mit sich gebracht, sondern auch zu einer Zunahme von grenzüberschreitender Kriminalität geführt. Deren Erscheinungsformen sind insbesondere auch aufgrund der sich stetig weiterentwickelnden technischen Möglichkeiten vielfältig und komplex. Kinder sind den

* Dr. Julia Villotti, LL.M., Assistenzprofessorin am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck (Austria). Email: julia.villotti@uibk.ac.at. Die Verfasserin dankt den anonymen Gutachter:innen für die wertvollen Hinweise.

damit verbundenen Gefahren im Vergleich zu Erwachsenen in besonderem Maße ausgesetzt. Vor dem Hintergrund, dass sich der Schutz von Kinderrechten im Unionsrecht aus der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen heraus entwickelt hat und mittlerweile zu den Zielen der Europäischen Union zählt, geht der vorliegende Beitrag der Frage nach, inwieweit sich in diesem Bereich ein unionsrechtliches Schutzregime für Kinder etabliert hat. Während im vorliegenden ersten Teil auf die Situation von Kindern eingegangen wird, die Opfer von Straftaten sind, ist der zweite Teil der Situation von Kindern gewidmet, die selbst als Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren geführt werden.

**An Area of Freedom, Security and Justice for children?
Child-related Aspects of Judicial Cooperation in Criminal Matters –
Children as Victims of Criminal Offences
Part I**

Open borders within the Schengen area and the free movement of persons have not only brought freedoms for individuals and companies, but they have also led to an increase in cross-border crime. Its manifestations are diverse and complex, particularly due to the constantly evolving technical possibilities. When compared to adults, children are particularly exposed to the associated dangers. Based on the fact that the protection of children's rights in European Union law has developed from judicial cooperation in criminal matters and is now one of the objectives of the European Union, this article examines the extent to which a protection regime for children has been established in this area. Part I of the contribution addresses the situation of children as victims of criminal offences. Part II deals with the situation of children who themselves are suspects or accused persons in criminal proceedings.

Keywords: Area of Freedom, Security and Justice, Principle of Mutual Recognition, Principle of Mutual Trust, Judicial Cooperation in Criminal Matters, Rights of the Child, Child Trafficking, Child Pornography, Domestic Violence, Terrorism

A. Einleitung

Die Errichtung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) zählt heute neben der Verwirklichung des Binnenmarktes und der Wirtschafts- und Währungsunion zu den grundlegenden Zielen der Union. Die Tatsache, dass der RFSR in der Zielbestimmung in Art. 3 EUV noch vor dem Binnenmarkt angeführt ist, unterstreicht die Bedeutung, die diesem zukommt. Man hat erkannt, dass die Öffnung der Grenzen und der freie Verkehr von Personen mit einer Zusammenarbeit im Bereich der Justiz und der Polizei sowie in Bezug auf Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung einhergehen muss. Die offenen Grenzen im Schengenraum und die Personenfreizügigkeit begünstigen nämlich nicht nur die Integration im Binnenmarkt, sondern auch die Zunahme grenzüberschreitender Kriminalität. Kinder, die im Vergleich zu Erwachsenen vulnerabler und – wie der Gerichtshof der EU betont

hat – „besonders schutzbedürftig“¹ sind, sind den damit verbundenen Gefahren in besonderem Maße ausgesetzt. So wird beispielsweise der Handel mit Kindern zum Zweck der sexuellen Ausbeutung oder der Adoption zwischen den Mitgliedstaaten erleichtert und die rasche Auffindung und Rückführung entführter Kinder erschwert. Im Zeitraum von 2019-2020 waren knapp 25 % der Opfer von Menschenhandel in der Union Kinder, 75 % davon Mädchen, die vor allem zum Zweck der sexuellen Ausbeutung gehandelt werden. Die zweithäufigste Form von Menschenhandel in der Union ist die zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft. Eines von fünf Kindern in Europa wird Opfer von sexueller Gewalt.²

Durch die digitale Vernetzung sind neue Formen grenzüberschreitender Kriminalität entstanden, wie die gezielte Kontaktaufnahme mit Kindern im Internet zum Zweck des sexuellen Missbrauchs, das Streamen von Missbrauchshandlungen an oder die Online-Erpressung und sexuelle Nötigung von Kindern. Die Nutzung moderner Technologien im Zusammenhang mit derartigen Straftaten hat insbesondere während der COVID-19-Pandemie deutlich zugenommen.³ Besonders gefährdet sind unbegleitete minderjährige Migrant:innen, die unter anderem für Zwangsarbeit, Bettelei oder die Begehung von Straftaten rekrutiert werden.⁴ Die Lücken, die sich aus den unterschiedlichen digitalen Infrastrukturen und Ermittlungsmöglichkeiten in den Mitgliedstaaten ergeben, werden von Kriminellen zunehmend ausgenutzt. Die Bekämpfung derartiger Kriminalitätsformen wird unter anderem dadurch erschwert, dass die Union im Bereich des Strafrechts über nur punktuelle Kompetenzen verfügt, mit der Folge, dass sich die Straftatbestände und die Höhe der Strafen in den Mitgliedstaaten unterscheiden. Darüber hinaus stellt sich bei grenzüberschreitenden Straftaten häufig die Frage nach der Zuständigkeit für die Strafverfolgung.

Da sich der Schutz von Kinderrechten im Unionsrecht aus der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen heraus entwickelt hat, lohnt es sich, einen näheren Blick darauf zu werfen, inwieweit der besonderen Situation von Kindern bei der Verwirklichung des RFSR – und konkret im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen – heute Rechnung getragen wird. Dabei wird im vorliegenden

1 Im Freizügigkeitskontext siehe EuGH, Rs. C-709/20, CG, Urteil v. 15. Juli 2021, ECLI:EU:C:2021:602, Rn. 91.

2 Siehe *Europäische Kommission*, Bericht an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Bericht über die Fortschritte bei der Bekämpfung des Menschenhandels (vierter Bericht), COM(2022) 736 final, S. 7 f.; *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – EU Kinderrechtsstrategie, COM(2021) 142 final, S. 12; *Europäische Kommission*, Bericht an das Europäische Parlament und den Rat – Dritter Bericht über die Fortschritte bei der Bekämpfung des Menschenhandels (2020) gemäß Artikel 20 der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer, COM(2020) 661 final, S. 4–9.

3 Siehe dazu COM(2020) 661 final, S. 1; COM(2022) 736 final, S. 2 f.

4 Siehe *Europol*, European Migrant Smuggling Centre – 6th annual report 2022, 22, abrufbar unter: <https://data.europa.eu/doi/10.2813/61347> (02.03.2026); siehe auch COM(2022) 736 final, S. 3.

ersten Teil zunächst die Entwicklung des Kinderrechtsschutzes auf primärrechtlicher Ebene kursorisch nachgezeichnet (0.), und zwar ausgehend vom Vertrag von Maastricht bis hin zur aktuellen Rechtslage nach dem Vertrag von Lissabon. Im Anschluss daran werden die im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen relevanten Vorgaben aus dem abgeleiteten Unionsrecht im Hinblick auf Kinder, die Opfer von Straftaten sind, näher dargestellt (0.). Schlussfolgerungen runden den Beitrag ab (D.). Der zweite Teil der gegenständlichen Abhandlung ist dann der Rechtslage von Kindern gewidmet, die als Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren und als gesuchte Personen nach dem Europäischen Haftbefehl geführt werden.⁵

B. Die Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen als Ausgangspunkt für die Herausbildung des Kinderrechtsschutzes im Primärrecht

I. Vom Vertrag von Maastricht bis zum Vertrag von Nizza

Im Vertrag von Maastricht (1992)⁶ war noch keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Rechte von Kindern und deren Schutz enthalten. Die Entwicklung einer Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (ZBJI) im Rahmen der intergouvernementalen dritten Säule war als Ziel der Union in Art. B EUV(Maastricht) vorgesehen.⁷ Als Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse wurde dabei unter anderem die justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen sowie die polizeiliche Zusammenarbeit zur Verhütung und Bekämpfung „schwerwiegender Formen der internationalen Kriminalität“ betrachtet. Dies sollte gemäß Art. K.1 EUV(Maastricht) insbesondere der Verwirklichung der Freizügigkeit dienen. Den Rechten von Kindern wurde im Rahmen der ZBJI zwar nicht auf primärrechtlicher Ebene, wohl aber im abgeleiteten Unionsrecht Rechnung getragen. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Bereich der ZBJI war nach Maßgabe von Art. L lit. b EUV(Maastricht) auf Übereinkommen beschränkt, in denen dies explizit vorgesehen war. Sie erstreckte sich also nicht auf die Auslegung von Gemeinsamen Maßnahmen oder die Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts.

Auch nach dem Inkrafttreten der Verträge von Amsterdam (1997)⁸ und Nizza (2001)⁹ war im EU-Vertrag keine allgemeine Bestimmung enthalten, die den Schutz von Kinderrechten als Ziel der Union festgeschrieben hätte. Die in der am 7. Dezember 2000 vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission feierlich proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁰ enthaltenen kinderrelevanten Schutzrechte blieben bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon

5 Teil II erscheint voraussichtlich in ZEuS 2026/2.

6 Abl. C 224 v. 31.08.1992, S. 1.

7 Dazu ausführlich z.B. *Jimeno-Bulnes*, ELJ 2003/5, S. 615 ff.; *Müller-Graff*, CMLR 1994/3, S. 493.

8 Abl. C 340 v. 31.08.1997, S. 1.

9 Abl. C 80 v. 10.03.2001, S. 1.

10 Abl. C 364 v. 18.12.2000, S. 1.

(2009)¹¹ unverbindlich. Vom Gerichtshof wurde sie allerdings schon vorher als Rechtskenntnisquelle für die Gewinnung ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsätze herangezogen.¹²

Der Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen wurde in den EG-Vertrag übergeführt und damit dem supranationalen gemeinschaftsrechtlichen Regime unterstellt, während die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) weiterhin in der intergouvernementalen dritten Säule verblieben ist. Gemäß Art. 29 Abs. 1 EUV(Amsterdam) sollte den Bürger:innen in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) ein hohes Maß an Sicherheit durch das gemeinsame Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen geboten werden.¹³ Zum einen sollten Straftäter:innen nicht von der Freizügigkeit profitieren und zum anderen sollten Hindernisse für die Freizügigkeit aufgrund von Unterschieden in den nationalen Strafrechtsordnungen vermieden werden.¹⁴ In Art. 29 Abs. 2 EUV(Amsterdam), der mit dem Vertrag von Nizza mit nur geringfügigen Änderungen beibehalten wurde,¹⁵ war dazu unter anderem eine engere Zusammenarbeit der zuständigen Behörden unter Einbeziehung des Europäischen Polizeiamts (Europol) vorgesehen. Darüber hinaus sollten die nationalen Rechtsvorschriften mit dem Ziel der Bekämpfung der „organisierten oder nicht organisierten“ Kriminalität angenähert werden, und zwar „insbesondere“ in den Bereichen Terrorismus, Menschenhandel und illegaler Drogen- und Waffenhandel. In diesem Zusammenhang wurde im Primärrecht erstmals ausdrücklich auch auf „Straftaten gegenüber Kindern“ Bezug genommen. Dabei war entscheidend, dass die (potenziellen) Opfer Kinder waren und damit einer bestimmten Altersgruppe angehörten, während bei den übrigen in Art. 29 Abs. 2 EUV(Nizza) angeführten Kriminalitätsbereichen die Form der Kriminalität ausschlaggebend war. Wer als Kind im Sinn der gegenständlichen Bestimmung galt und welche Handlungen vom Begriff der „Straftaten gegenüber Kinder[]“ erfasst waren, war im Vertrag jedoch nicht näher definiert. Unter letzterem Begriff war jedenfalls die Vorbeugung und der Schutz von Kindern vor Gewalt, sexueller Ausbeutung, Kinderpornographie und Menschenhandel sowie sonstiger Kindesmissbrauch zu verstehen.¹⁶ Die in Art. 29 Abs. 2 EUV(Nizza) enthaltene Aufzählung von Kriminalitätsbereichen war nicht abschließend, sodass der Einbeziehung weiterer Bereiche nach Maßgabe der Grundsätze der Subsidiarität und der

11 Abl. C 202 v. 07.06.2016, S. 3.

12 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat*, Urteil v. 27. Juni 2006, ECLI:EU:C:2006:429, Rn. 38.

13 Die Erhaltung und Weiterentwicklung der Union als RFSR war als Ziel der Union auch in Art. 2 EUV(Amsterdam) vorgesehen. Siehe den Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts v. 03.12.1998, Abl. C 19 v. 23.01.1999, S. 1.

14 *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 29 EUV, Rn. 3.

15 Art. 29 Abs. 2 EUV(Nizza). Die Änderungen betrafen im Wesentlichen die Zusammenarbeit der Behörden und Eurojust. Zum RFSR als Ziel der Union siehe Art. 2 EUV(Nizza).

16 *S. Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 29 EUV, Rn. 22.

Verhältnismäßigkeit nichts im Wege stand. Eine grenzüberschreitende Dimension der Kriminalitätsformen wurde damals nicht vorausgesetzt.

In Art. 31 lit. e EUV(Nizza) wurde der Rat zur „schrittweise[n] Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und Strafen“ ermächtigt. Nach dem Wortlaut der Bestimmung war dies auf die Bereiche der organisierten Kriminalität, des Terrorismus und des illegalen Drogenhandels beschränkt. Es war zunächst umstritten, ob es sich dabei um eine taxative Aufzählung der Kriminalitätsbereiche handelte.¹⁷ Der Rat sah davon aber auch die übrigen in Art. 29 EUV(Nizza) genannten Bereiche schwerer Kriminalität und somit die dort angeführten „Straftaten gegenüber Kindern“ umfasst. So wurde etwa der Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates vom 22. Dezember 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie¹⁸ auch auf Art. 31 lit. e EUV(Nizza) gestützt.¹⁹ Die für die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften relevante Rechtsaktform war der Rahmenbeschluss, der für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich war, ihnen aber die Wahl der Form und Mittel überließ.²⁰ Es bestand zwar eine Verpflichtung zur rahmenbeschlusskonformen Interpretation des nationalen Rechts,²¹ eine unmittelbare Wirksamkeit, wie man sie heute von der Richtlinie kennt, war aber gemäß Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV(Nizza) explizit ausgeschlossen. Rechte für die Einzelnen ergaben sich somit erst mit der ordnungsgemäßen Umsetzung des Rahmenbeschlusses in die nationale Rechtsordnung.

Die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Bereich der PJZS war nach Maßgabe von Art. 35 EUV(Nizza) beschränkt auf Vorabentscheidungsverfahren, sofern sie von den Mitgliedstaaten mittels Erklärung eigens anerkannt worden war.²² Eine Kontrolle der Einhaltung unionsrechtlicher Vorgaben in diesem Bereich durch die Kommission, mit der Möglichkeit, Vertragsverletzungsverfahren gegen die Mitgliedstaaten einzuleiten, war hingegen nicht vorgesehen. Die Kommission konnte die Mitgliedstaaten nur zur Umsetzung von Rahmenbeschlüssen auffordern. Der Gerichtshof war allerdings für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Rahmenbeschlüssen und Beschlüssen zuständig, sodass beispielsweise deren Unvereinbarkeit mit den Grundrechten (als ungeschriebene allgemeine Grundsätze) – und damit

17 Für eine weite Auslegung z.B. *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 31 EUV, Rn. 10; kritisch z.B. *Calliess*, ZEuS 2008/1, S. 12 f.; *Subr*, ZEuS 2008/1, S. 54 f.

18 Abl. L 13 v. 20.01.2004, S. 44.

19 Zur Abgrenzung der Kompetenzen im Bereich der PJZS und damit der dritten Säule einerseits und den Politikbereichen der ersten Säule andererseits, siehe z.B. EuGH, Rs. C-170/96, *Kommission/Rat*, Urteil v. 12. Mai 1998, ECLI:EU:C:1998:219. Auf Art. 30, Art. 31 und Art. 34 EUV(Nizza) wurde auch der Beschluss des Rates vom 06.12.2001 über die Entwicklung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) gestützt (Abl. L 328 v. 13.12.2001, S. 1), mit dem die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Polizei-, Zoll- und Justizbehörden erleichtert werden sollte.

20 Zur Rechtsaktform des Rahmenbeschlusses siehe etwa *Schroeder*, EuR 2007/3, S. 361 ff.

21 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Urteil v. 16. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:386, Rn. 34; Rs. C-270/17 PPU, *Tupikas*, Urteil v. 10. August 2017, ECLI:EU:C:2017:628, Rn. 92.

22 Art. 35 EUV(Amsterdam/Nizza).

auch den Rechten des Kindes – im Bereich des PJZS im Wege einer Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden konnte. Seine Zuständigkeit erstreckte sich ferner gemäß Art. 35 Abs. 7 EUV(Nizza) auf alle Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten über die Auslegung und Anwendung der Rechtsakte im Bereich der PJZS. Dementsprechend konnte der Gerichtshof mit Streitigkeiten befasst werden, die die Umsetzung von Rahmenbeschlüssen betrafen.

In institutioneller Hinsicht war die heutige Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust) bedeutsam, die 2002 auf der Grundlage von Art. 31 und Art. 34 Abs. 2 EUV(Amsterdam) geschaffen wurde.²³ Sie unterstützt und verstärkt die Koordination zwischen den nationalen Behörden im Hinblick auf die Ermittlung und Verfolgung schwerer Kriminalitätsformen. Dazu zählen nach der aktuellen Eurojust-VO unter anderem Menschenhandel, illegaler Handel mit Organen und menschlichem Gewebe, Entführung, Freiheitsberaubung und Geiselnahme sowie sexueller Missbrauch und sexuelle Ausbeutung, einschließlich Darstellungen von Kindesmissbrauch und Kontaktaufnahme zu Kindern zu sexuellen Zwecken.²⁴ Eurojust schließt Kooperationsabkommen mit Drittstaaten und internationalen Organisationen, soweit dies erforderlich ist.²⁵

II. Vertrag von Lissabon

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon (2009) gewannen die Rechte von Kindern im geschriebenen Unionsrecht an Bedeutung. Ihr Schutz ist nunmehr gleich zweifach in der allgemeinen Zielbestimmung im EU-Vertrag vorgesehen: Zum einen fördert die Union gemäß Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV „die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes“. Zum anderen leistet sie gemäß Art. 3 Abs. 5 EUV in ihren Außenbeziehungen einen Beitrag „zum Schutz der Menschenrechte, insbesondere der Rechte des Kindes“. Aufgrund der zunehmenden Bedeutung der Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK, 1989)²⁶ ist der Schutz der Kinderrechte sowohl in seiner internen als auch in seiner externen Dimension im Kontext der in der Konvention vorgesehenen Garantien zu sehen.²⁷ In der nunmehr in Primärrechtsrang stehenden Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)²⁸ werden Kinderrechte an verschiedenen Stellen (mit)berücksichtigt. Zunächst gelten

23 Beschluss 2002/187/JI über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität, Abl. L 63 v. 06.03.2002, S. 1. Die heutige Agentur ist Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Stelle; siehe Art. 1 Abs. 2 VO (EU) 2018/1727 betreffend die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust) und zur Ersetzung und Aufhebung des Beschlusses 2002/187/JI des Rates (Eurojust-VO), Abl. L 295 v. 21.11.2018, S. 138, geändert durch VO (EU) 2023/2131, Abl. L 2131 v. 11.10.2023.

24 Art. 2 Abs. 1 und Anhang I VO (EU) 2018/1727.

25 Art. 47 Eurojust-VO.

26 1577 UNTS, 3.

27 *Ruffert* in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 3 EUV, Rn. 36.

28 Abl. C 202 v. 07.06.2016, S. 391.

die allgemeinen Vorgaben der Charta, wie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens oder das Recht auf Schutz personenbezogener Daten auch für Kinder.²⁹ Mit Blick auf den hier interessierenden Bereich des RFSR ist unter anderem das in Art. 5 Abs. 3 GRC vorgesehene Verbot des Menschenhandels von Bedeutung. Darüber hinaus enthält die Charta gewisse Bestimmungen, die zwar nicht ausdrücklich an Kinder adressiert sind, sie aber in besonderem Maße betreffen. Dazu zählt das Recht auf Bildung in Art. 14 GRC oder das Recht auf Nichtdiskriminierung aufgrund des Alters in Art. 21 Abs. 1 GRC. Das Verbot der Kinderarbeit in Art. 32 GRC bezweckt hingegen spezifisch den Schutz von Kindern. Schließlich enthält die Charta mit Art. 24 GRC eine eigene Bestimmung, in der ausdrücklich die Rechte von Kindern verbürgt sind: Nach ihrem Abs. 1 haben Kinder Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie haben das Recht, ihre Meinung frei zu äußern. Diese muss in Angelegenheiten, die sie betreffen, ihrem Alter und ihrer Reife entsprechend berücksichtigt werden. Öffentliche Stellen und private Einrichtungen sind nach Abs. 2 dazu verpflichtet, das Kindeswohl bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen als vorrangige Erwägung zu berücksichtigen. Schließlich ist in Abs. 3 der Anspruch aller Kinder auf regelmäßige und persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen festgeschrieben, sofern es dem Wohl der Kinder nicht entgegensteht. Den der Charta beigefügten Erläuterungen zufolge ist Art. 24 GRC auf die Kinderrechtskonvention und insbesondere auf deren Art. 3 (Garantie des Kindeswohls), Art. 9 (Rechte im Hinblick auf die Trennung von den Eltern), Art. 12 (Mitsprache und rechtliches Gehör) und Art. 13 (Meinungs- und Informationsfreiheit) gestützt.³⁰ Der Bedeutung der Konvention trägt auch der Gerichtshof Rechnung. In einem jüngeren Urteil hat er festgestellt, dass Art. 24 GRC „ausweislich der Erläuterungen zur Charta [...] die wichtigsten Rechte des Kindes, die in dem von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Übereinkommen über die Rechte des Kindes verankert sind, in das Unionsrecht integriert“.³¹ Dementsprechend wird auch die Definition des Begriffs „Kinder“ in Art. 1 KRK im Kontext der Charta maßgeblich sein: es handelt sich dabei um Menschen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, es sei denn, die Volljährigkeit tritt nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht früher ein. Zum Zeitpunkt des Beginns der Kindheit trifft die Kinderrechtskonvention hingegen keine Aussage.³² Im Zusammenhang mit der Verwirklichung des RFSR relevante Bestimmungen sind etwa das in Art. 34 KRK verankerte Recht von Kindern auf Schutz vor allen Formen sexuellen Missbrauchs und sexueller Ausbeutung durch Dritte oder die Bekämpfung des Kinderhandels in Art. 35 KRK. Die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien der Kinderrechtskonvention trifft diesbezüglich eine positive Schutzpflicht,³³ der sie allerdings aufgrund der Öffnung der Grenzen in der Union und der Über-

29 Art. 7 und Art. 8 GRC.

30 Siehe Erläuterungen zu Art. 24 GRC, Abl. C 303 v. 14.12.2007, S. 25.

31 EuGH, Rs. C-490/20, *Pancharevo*, Urteil v. 14. Dezember 2021, ECLI:EU:C:2021:1008, Rn. 63.

32 Dazu *Schmahl*, Art. 1 KRK, Rn. 5; siehe auch *Schmahl*, Art. 1 CRC.

33 Siehe dazu *Schmahl*, Art. 35 KRK, Rn. 23.

tragung von einschlägigen Kompetenzen auf die Union nicht mehr vollumfänglich nachkommen können. Der grenzüberschreitende Schutz von Kindern erfordert daher ein Tätigwerden der Union, die selbst nicht Vertragspartei der Konvention und ihrer drei Zusatzprotokolle³⁴ ist, da der Beitritt Staaten vorbehalten ist. Die Konvention, die gemäß ihrem Art. 41 lediglich Mindeststandards vorgibt, steht der Entwicklung eines weitergehenden Kinderrechtsschutzes auf nationaler und auch supranationaler Ebene nicht entgegen. Aufgrund des Primärrechtsrangs der Charta (sowie der Grundrechte als ungeschriebene allgemeine Grundsätze des Unionsrechts)³⁵ muss das gesamte abgeleitete Unionsrecht im Einklang mit den zentralen Gewährleistungen der Kinderrechtskonvention stehen. Dies gilt selbstverständlich auch für den besonders grundrechtssensiblen Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, der im Folgenden näher beleuchtet wird.

Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen wurde als Teil des RFSR in den AEU-Vertrag integriert. Damit ist die ursprünglich intergouvernementale dritte Säule nunmehr vollständig Teil des supranationalen Rechtsregimes.³⁶ Daraus folgt unter anderem, dass sich die obligatorische Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs der EU auch auf diesen Bereich erstreckt.³⁷ Neben der Kommission kann hier gemäß Art. 76 AEUV auch ein Viertel der Mitgliedstaaten die Initiative für den Erlass von Rechtsakten ergreifen. Das abgeleitete Unionsrecht im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wird grundsätzlich im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren angenommen. Damit wird das Einstimmigkeitserfordernis in der ehemaligen dritten Säule durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheiten im Rat ersetzt. Die noch in Art. 34 EUV(Nizza) vorgesehenen Rechtsaktformen der Übereinkommen, der gemeinsamen Standpunkte und der Rahmenbeschlüsse wurden durch die gängigen Rechtsaktformen in Art. 288 AEUV ersetzt. Gemäß Art. 9 Protokoll (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen³⁸ behalten die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon angenommenen Rechtsakte allerdings ihre Rechtswirkung, bis sie aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert werden. Dies führt dazu, dass die Rahmenbeschlüsse weiterhin keine unmittelbare Wirkung entfalten. Auch die Kommission hatte gemäß Art. 10 Protokoll (Nr. 36) bis zum 1. Dezember 2014 kei-

34 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie (2002), 2171 UNTS, 227; Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten (2002), 2173 UNTS, 222; Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren (2014), 2983 UNTS, 135.

35 Der Gerichtshof hat die Kinderrechtskonvention in der Vergangenheit als Rechtserkenntnisquelle für die ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze herangezogen; siehe EuGH, Rs. C-540/03, *Europäisches Parlament/Rat*, Urteil v. 27. Juni 2006, ECLI:EU:C:2006:429, Rn. 36 f.

36 Siehe jedoch die Sonderregelungen für Dänemark [Protokoll (Nr. 22) über die Position Dänemarks, Abl. C 202 v. 07.06.2016, S. 298] und Irland [Protokoll (Nr. 21) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Abl. C 202 v. 07.06.2016, S. 295].

37 Davon ausgenommen sind Maßnahmen im Sinn v. Art. 276 AEUV.

38 Abl. C 202 v. 07.06.2016, S. 321.

ne Befugnis zur Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren im Hinblick auf „alte“ Rechtsakte und der Gerichtshof war bis zu diesem Zeitpunkt nach der vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bestehenden Rechtslage zuständig. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV ist die Kompetenz der Union und der Mitgliedstaaten im Bereich des RFSR geteilt, sodass das Subsidiaritätsprinzip und damit verbunden die Kontrolle durch die nationalen Parlamente nach dem Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit³⁹ Anwendung finden.

Materiell beruht die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen gemäß Art. 82 Abs. 1 AEUV zunächst auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen, der seit der Tagung des Europäischen Rates in Tampere 1999 als „Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ gilt.⁴⁰ Ermöglicht die Verwirklichung des RFSR, ohne dass die umfassenden Harmonisierung im Bereich des Strafrechts gezwungen sind. Gleichzeitig erfordert die Anwendung des Grundsatzes aber ein hohes Maß an gegenseitigem Vertrauen, insbesondere im Grundrechtsbereich.⁴¹ Zur Verwirklichung der gegenseitigen Anerkennung im Kontext der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wurden auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 1 AEUV und den Vorgängerbestimmungen zahlreiche Sekundärrechtsakte verabschiedet,⁴² darunter auch der Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RbEuHb)⁴³ sowie die RL (EU) 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind.⁴⁴

Neben dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ist im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen die Rechtsangleichung durch Annahme uni-

39 Abl. C 202 v. 07.06.2016, S. 206.

40 Siehe *Europäischer Rat v. Tampere* v. 15./16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Pkt. 33. Dazu *Haggenmüller*, S. 59 f.

41 Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen siehe *Mitsilegas*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019/2, S. 568 f.; *Möstl*, *CMLR* 2010/2, S. 405; *Rung*, S. 66 ff.

42 Siehe u.a. RL 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, Abl. L 280 v. 26.10.2010, S. 1; RL 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, Abl. L 294 v. 06.11.2013, S. 1; RL 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Abl. L 130 v. 01.05.2014, S. 1; RL (EU) 2016/1919 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, Abl. L 297 v. 04.11.2016, S. 1; RL (EU) 2016/343 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, Abl. L 65 v. 11.03.2016, S. 1.

43 Abl. L 190 v. 18.07.2002, S. 1.

44 Abl. L 132 v. 21.05.2016, S. 1. Zum RbEuHb und zur RL siehe ausführlich Teil II (erscheint in ZEuS 2026/2).

onsrechtlicher Mindestvorschriften in bestimmten Bereichen vorgesehen.⁴⁵ In Art. 82 Abs. 2 AEUV wird der Unionsgesetzgeber ermächtigt, Mindestvorschriften anzunehmen, „soweit dies zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist“. Dies betrifft die Vorgaben zur Zulässigkeit von Beweismitteln, zu den Rechten von Einzelnen in Strafverfahren, den Rechten der Opfer von Straftaten und sonstige Aspekte des Strafverfahrens, die vom Rat mittels Beschlusses festgelegt worden sind.

Der Unionsgesetzgeber ist zudem gemäß Art. 83 Abs. 1 AEUV zur Annahme von Mindestvorschriften in Form von Richtlinien befugt, um Strafen und Straftaten „in Bereichen besonders schwerer Kriminalität“ festzulegen. Darunter fallen Straftaten, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen oder aufgrund besonderer Notwendigkeiten, sie auf gemeinsamer Grundlage zu bekämpfen, „eine grenzüberschreitende Dimension“ aufweisen. Die Bestimmung enthält eine grundsätzlich abschließende, aber erweiterbare Liste von Kriminalitätsbereichen:⁴⁶ Terrorismus, illegaler Drogen- und Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität. Auch Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern sind – anders als noch in Art. 31 lit. e EUV(Nizza) – ausdrücklich genannt. Während in Art. 31 lit. e EUV(Nizza) also noch allgemein auf „Straftaten gegenüber Kindern“ Bezug genommen wurde, werden Kinder nunmehr im Kontext von Menschenhandel und sexueller Ausbeutung spezifisch berücksichtigt. Als Einschränkung der Unionskompetenz ist dies aber nicht zu verstehen, wie nicht zuletzt auch das Vorgehen des Unionsgesetzgebers zeigt. Gemäß Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV kann der Rat, abhängig von der Entwicklung der Kriminalität, mit einstimmigem Beschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments weitere Kriminalitätsbereiche definieren, die als besonders schwer gelten und eine grenzüberschreitende Dimension aufweisen. Er hat bereits davon Gebrauch gemacht, indem er Verstöße gegen die von der Union aufgrund von Art. 29 EUV und Art. 215 AEUV beschlossenen restriktiven Maßnahmen zur Liste der Kriminalitätsbereiche hinzugefügt und Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Sanktionen in diesem Bereich angenommen hat.⁴⁷ Fraglich ist, wie das Kriterium der grenzüberschreitenden Dimension zu verstehen ist. Der Umstand, dass in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannte Kriminalitätsbereiche, wie die sexuelle Ausbeutung von Kindern, nicht zwingend über die Grenzen

45 Zu den Neuerungen durch den Vertrag v. Lissabon, ausführlich *Hailbronner*, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), S. 369 ff.; *Herlin-Karnell*, in: Biondi/Eeckhout/Ripley (Hrsg.), S. 334 ff.; *Subr*, ZEuS 2009/4, 687.

46 Siehe *Subr*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 83 AEUV, Rn. 9.

47 Beschluss (EU) 2022/2332 über die Feststellung des Verstoßes gegen restriktive Maßnahmen der Union als einen die Kriterien nach Artikel 83 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllenden Kriminalitätsbereich, Abl. L 308 v. 29.11.2022, S. 18; RL (EU) 2024/1226 zur Definition von Straftatbeständen und Sanktionen bei Verstoß gegen restriktive Maßnahmen der Union und zur Änderung der RL (EU) 2018/1673, Abl. L 1226 v. 29.04.2024.

einzelner Mitgliedstaaten hinausweisen, wird insbesondere mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip zum Teil kritisch gesehen.⁴⁸ Die geforderte grenzüberschreitende Dimension darf allerdings nicht so verstanden werden, dass die Begehung der Straftaten zwangsläufig zwischenstaatlich erfolgen muss. Es kommt vielmehr – dem Wortlaut der Bestimmung entsprechend (*arg.* „aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen“) – darauf an, dass sich die Straftaten über die Grenzen einzelner Mitgliedstaaten hinaus auswirken (können) und ein gemeinsames Vorgehen zur Bekämpfung der Kriminalität erforderlich ist.⁴⁹ Diesbezüglich kommt der in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannten Computerkriminalität eine besondere Bedeutung zu. Bereits die Tatsache, dass die Nachfrage nach Video- und Bildmaterial mit Missbrauchsdarstellungen von Kindern oder Online-Gewalt in Form von Cybermobbing, Cyberstalking oder der Weitergabe intimer Materialien ohne Zustimmung der Betroffenen nicht auf einzelne Mitgliedstaaten beschränkt sein kann, rechtfertigt ein gemeinsames Vorgehen auf unionaler Ebene. Die Bekämpfung derartiger Straftaten wäre durch eine fehlende Mindestharmonisierung beträchtlich erschwert.⁵⁰ Angesichts der zunehmenden technischen Möglichkeiten muss das Kriterium der „grenzüberschreitenden Dimension“ also weit verstanden werden. Die Kompetenz der Union in Art. 83 Abs. 1 AEUV, insbesondere im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Computerkriminalität, erstreckt sich folglich auch auf Kriminalitätsbereiche, die an sich keine grenzüberschreitende Dimension aufweisen. Auch der Unionsgesetzgeber sieht hier einen relativ großen Handlungsspielraum und ist im Bereich der Bekämpfung häuslicher Gewalt, die typischerweise innerhalb einer Familie oder eines Haushalts stattfindet, tätig geworden.⁵¹ In ihrem Vorschlag für die Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt hat sich die Kommission auf die grenzüberschreitende Dimension von Cybergewalt bezogen, der durch Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten nicht ausreichend begegnet werden könne.⁵²

Der Unionsgesetzgeber wird schließlich in Art. 83 Abs. 2 AEUV ermächtigt, Richtlinien mit Mindestvorgaben für die Festlegung von Straftaten und Strafen in Politikbereichen anzunehmen, in denen bereits eine Harmonisierung erfolgt ist. Voraussetzung ist allerdings, dass die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvor-

48 *Satzger* sieht dies vor allem hinsichtlich der Varianten des sexuellen Missbrauchs an Kindern als „höchst problematisch“ an; *Satzger*, in: Streinz, Art. 83 AEUV, Rn. 16.

49 Siehe auch *Meyer*, der diesbezüglich auf das „Bestehen eines übergreifenden Unionsinteresses“ abstellt; *Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 83 AEUV, Rn. 14.

50 Siehe dazu die Ausführungen der Kommission zur Vereinbarkeit des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates mit dem Subsidiaritätsprinzip, COM(2010) 94 final, S. 9.

51 RL (EU) 2024/1385 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, Abl. L 1385 v. 24.05.2024.

52 COM(2022) 105 final, S. 1 und 10.

schriften „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“ in einem bestimmten Bereich ist. Für die Annahme von Mindestvorschriften im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit ist in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV ein sogenannter „Notbremse-Mechanismus“ vorgesehen: Wenn Mitgliedstaaten der Meinung sind, dass „grundlegende Aspekte“ ihrer Strafrechtsordnung mit dem Erlass einer Richtlinie berührt würden, können sie den Europäischen Rat mit der Angelegenheit befasen. In diesem Fall wird das Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt, bis Einvernehmen hergestellt ist. Ist dies nicht möglich, dann können mindestens neun Mitgliedstaaten eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des Richtlinienentwurfs begründen.⁵³

C. Kinderrelevantes Unionshandeln im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen

Der Unionsrechtsetzer ist im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen unter Rückgriff auf Art. 82 und Art. 83 AEUV beziehungsweise den Vorgängerbestimmungen bereits mehrfach tätig geworden. Aus der Perspektive von Kindern sind dabei die Kriminalitätsbereiche Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung (0.), Kinderpornographie, sexueller Missbrauch und sexuelle Ausbeutung von Kindern (0.), Anwerbung und Ausbildung von Kindern für terroristische Zwecke (0.) sowie häusliche Gewalt (0.) von besonderer Bedeutung. Darüber hinaus hat der Unionsrechtsetzer Regelungen im Hinblick auf die Rechte von Kindern, die Opfer von Straftaten geworden sind, angenommen (0.).

I. Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Kindern

Kinderrelevantes Unionsrecht im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wurde von den Unionsorganen erstmals auf der Grundlage des Vertrags von Maastricht angenommen. Auch wenn der Schutz von Kindern zu diesem Zeitpunkt im EU-Vertrag noch nicht eigens erwähnt war, sahen die Unionsorgane im Bereich der Bekämpfung des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Kindern schon Handlungsbedarf. So hat der Rat aufgrund von Art. K.3 Abs.2 lit b EUV(Maastricht) im Jahr 1996 die Gemeinsame Maßnahme 96/700/JI zur Schaffung eines Förder- und Austauschprogramms für Angehörige bestimmter Berufsgruppen, die für Maßnahmen gegen den Menschenhandel und die sexuelle Ausbeutung von Kindern zuständig sind, angenommen.⁵⁴ In dieser waren unter anderem Fortbildungen und Austauschprogramme für Richter:innen, Staatsanwält:innen, Be-

53 Dazu ausführlich *Herlin-Karnell*, S. 132 f.

54 Gemeinsame Maßnahme 96/700/JI v. 29.11.1996 – vom Rat aufgrund v. Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen – zur Aufstellung eines Förder- und Austauschprogramms für Personen, die für Maßnahmen gegen den Menschenhandel und die sexuelle Ausbeutung von Kindern zuständig sind, Abl. L 322 v. 12.12.1996, S. 7.

amt:innen oder Angehörige von Polizeidiensten vorgesehen.⁵⁵ Der Menschenhandel und die sexuelle Ausbeutung von Kindern wurden in der Gemeinsamen Maßnahme als „schwerwiegende Verletzung der Menschenrechte und insbesondere der menschlichen Würde“ anerkannt,⁵⁶ eine Definition der Straftaten war aber nicht enthalten. Der Begriff „Menschenhandel“ war allerdings im Anhang zum Europol-Übereinkommen von 1995⁵⁷ definiert als „tatsächliche und rechtswidrige Unterwerfung einer Person unter den Willen anderer Personen mittels Gewalt, Drohung oder Täuschung oder unter Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses insbesondere mit dem Ziel der Ausbeutung der Prostitution, der Ausbeutung von Minderjährigen, der sexuellen Gewalt gegenüber Minderjährigen oder dem Handel im Zusammenhang mit Kindesaussetzung“.⁵⁸

Bereits wenige Monate nach der Gemeinsamen Maßnahme 96/700/JI wurde die Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI betreffend die Bekämpfung des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Kindern angenommen,⁵⁹ die in ihren Erwägungsgründen eine Bezugnahme auf die Kinderrechtskonvention enthielt.⁶⁰ Mit der Gemeinsamen Maßnahme sollten Hindernisse für eine wirksame justizielle Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Kindern durch aufeinander abgestimmte Maßnahmen beseitigt werden. Im Fall von Kindern war „Menschenhandel“ eigens definiert als jegliche Handlung, „die die Einreise in und die Durchreise durch das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, den Aufenthalt dort oder die Ausreise aus diesem Hoheitsgebiet“ zum Zweck des Handels mit Kindern „mit dem Ziel ihrer sexuellen Ausbeutung oder ihres sexuellen Mi[ss]brauchs“ erleichtert.⁶¹ Als sexuelle Ausbeutung von Kindern galt die Verleitung oder Nötigung von Kindern zur Beteiligung an rechtswidrigen sexuellen Handlungen, ihre Ausbeutung für Prostitution oder andere rechtswidrige sexuelle Praktiken oder pornografische Darbietungen und Darstellungen.⁶² Die in der Gemeinsamen Maßnahme 97/154/JI enthaltenen und im Vergleich zum Europol-Übereinkommen detaillierteren Begriffsdefinitionen dienten allerdings nur als „Richtschnur“ für die Durchführung der Gemeinsamen Maßnahme und „unbeschadet

55 Art. 1 Abs. 2 Gemeinsame Maßnahme 96/700/JI. S. auch den Beschluss 2001/514/JI des Rates v. 28. Juni 2001 über die Durchführung der zweiten Phase des Programms für die Förderung, den Austausch, die Aus- und Fortbildung sowie die Zusammenarbeit von Personen, die für Maßnahmen gegen den Menschenhandel und die sexuelle Ausbeutung von Kindern zuständig sind, Abl. L 186 v. 07.07.2001, S. 7.

56 2. ErwGr. Gemeinsame Maßnahme 96/700/JI.

57 Rechtsakt des Rates v. 26.07.1995 über die Fertigstellung des Übereinkommens aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts (Europol-Übereinkommen), Abl. C 316 v. 27.11.1995, S. 1.

58 Siehe auch die Bezugnahme auf die gegenständliche Definition in den Erläuterungen zu Art. 5 Abs. 3 GRC, Abl. C 303 v. 14.12.2007, S. 19.

59 Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI v. 24.02.1997, Abl. L 63 v. 04.03.1997, S. 2 (aufgehoben durch Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates v. 22.12.2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie).

60 6. ErwGr. Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI.

61 Titel I Abschnitt A und B Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI.

62 Titel I Abschnitt A lit. ii Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI.

genauerer Definitionen in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“.⁶³ Letztere hatten dafür zu sorgen, dass vorsätzliche Handlungen der sexuellen Ausbeutung oder des sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie der Handel mit Kindern mit dem Ziel der sexuellen Ausbeutung oder des sexuellen Missbrauchs einen Straftatbestand erfüllen.⁶⁴ Außerdem musste sichergestellt sein, dass diese Straftaten, die Teilnahme an ihnen und auch der Versuch ihrer Begehung mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Strafen bedroht waren.⁶⁵

Anknüpfend an die Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI hat der Rat den Rahmenbeschluss 2002/629/JI zur Bekämpfung des Menschenhandels⁶⁶ im Rahmen der PJZS angenommen, indem festgeschrieben war, dass der Menschenhandel einen schweren Verstoß gegen grundlegende Menschenrechte und die Menschenwürde darstellt. Er war zwar allgemein auf die Bekämpfung des Menschenhandels gerichtet, berücksichtigte aber, dass Kinder aufgrund ihrer größeren Schutzbedürftigkeit stärker gefährdet sind, Opfer von Menschenhandel zu werden.⁶⁷ Als Kinder galten gemäß Art. 1 Abs. 4 Rahmenbeschluss 2002/629/JI alle Personen unter 18 Jahren. Mit dem Rahmenbeschluss sollte auf Unionsebene ein umfassendes Konzept zur Bekämpfung des Menschenhandels geschaffen werden. Dazu wurde der Straftatbestand des „Menschenhandels zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeitskraft oder zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung“ einheitlich definiert und alle Mitgliedstaaten verpflichtet, die in Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2002/629/JI vorgesehenen Handlungen unter Strafe zu stellen. Dazu zählte die „Anwerbung, Beförderung, Weitergabe, Beherbergung und spätere Aufnahme einer Person, einschließlich Tausch der Kontrolle oder Weitergabe der Kontrolle über sie“, und zwar unter anderem zum Zweck der Ausbeutung durch Arbeiten oder Dienstleistungen, Sklaverei oder zur Ausbeutung mittels Prostitution oder anderer Formen der sexuellen Ausbeutung, einschließlich der Pornografie. Diese Handlungen im Zusammenhang mit dem Menschenhandel sind nach den Erläuterungen zum Verbot des Menschenhandels in Art. 5 Abs. 3 GRC noch heute relevant.⁶⁸ Bei erwachsenen Opfern war das Einverständnis zur Ausbeutung gemäß Art. 1 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2002/629/JI nur dann unerheblich, wenn bestimmte Mittel angewandt wurden, wie die Anwendung oder Androhung von Gewalt oder andere Formen der Nötigung, arglistige Täuschung, Betrug, Missbrauch einer Machtstellung oder die Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen oder Vergünstigungen.⁶⁹ Der Menschenhandel mit Kindern war hingegen unabhängig von einer Einwilligung und/oder der Anwendung bestimmter Mittel strafbar.⁷⁰ Gemäß Art. 7 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2002/629/JI sollten sie als besonders gefährdete Opfer im Sinn des Rahmenbe-

63 Titel I Abschnitt A Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI.

64 Titel I Abschnitt B Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI.

65 Siehe Titel II Abschnitt A Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI.

66 Rahmenbeschluss 2002/629/JI des Rates v. 19.07.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, Abl. L 203 v. 01.08.2002, S. 1.

67 ErwGr. 5 Rahmenbeschluss 2002/629/JI.

68 Siehe die Nachweise in Fn. 58.

69 Art. 1 Abs. 1 und 2 Rahmenbeschluss 2002/629/JI.

70 Art. 3 und Art. 4 Rahmenbeschluss 2002/629/JI.

schlusses 2001/220/JI über die Stellung des Opfers im Strafverfahren⁷¹ betrachtet werden.

Auf völkerrechtlicher Ebene erfolgte der Beitritt der EU zum Übereinkommen der VN gegen die grenzüberschreitende Kriminalität (Palermo Konvention, 2000)⁷² sowie zum Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels (Palermo Protokoll, 2000)⁷³ in Form gemischter Verträge. Die Kompetenz der Union erstreckte sich zunächst auf diejenigen Bestimmungen des Zusatzprotokolls, die in die Bereiche Entwicklungszusammenarbeit und wirtschaftliche, finanzielle und technische Zusammenarbeit sowie Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr fielen.⁷⁴ Im Oktober 2022 hat die Union den Vertragsparteien dann notifiziert, dass sie nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon unter anderem auch für den Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zuständig ist. Der Beitritt zur Konvention des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels (2005)⁷⁵ durch die Union steht noch aus, obwohl diese gemäß ihrem Art. 42 Abs. 1 ausdrücklich für die Union geöffnet wurde.

Im April 2011 hat der Unionsgesetzgeber den Rahmenbeschluss 2002/629/JI mit der aufgrund von Art. 82 und Art. 83 Abs.1 AEUV angenommenen RL 2011/36/EU zur Verhütung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer (Menschenhandels-RL)⁷⁶ ersetzt. In dieser sind wesentliche Aspekte des Europaratsübereinkommens enthalten.⁷⁷ Sie bildet heute das „Rückgrat“ der Anstrengungen der Union in der Bekämpfung des Menschenhandels und soll sicherstellen, dass Opfer in der gesamten Union angemessenen Schutz erhalten und Menschenhändler:innen nicht von unterschiedlichen Ansätzen in den Mitgliedstaaten profitieren.⁷⁸ Dazu enthält sie unter anderem Vorgaben zur gerichtlichen Zuständigkeit.⁷⁹ Die Richtlinie ist zwar nicht spezifisch auf die Bekämpfung des Menschenhandels mit Kindern gerichtet, sie berücksichtigt aber in mehreren Bestimmungen deren besondere Situation. Als „Kinder“ im Sinn der Menschenhandels-RL gelten gemäß ihrem Art. 2 Abs. 6 wiederum Personen im Alter von unter 18 Jahren.

71 Art. 2 Abs. 2, Art. 8 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2001/220/JI des Rates v. 15.03.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, Abl. L 82 v. 22.03.2001, S. 1.

72 2225 UNTS, 209.

73 2237 UNTS, 319.

74 Beschluss 2006/618/EG des Rates v. 24.07.2006, Abl. L 262 v. 22.09.2006, S. 44; Beschluss 2006/619/EG des Rates v. 24.07.2006, Abl. L 262 v. 22.09.2006, S. 51.

75 SEV Nr. 197.

76 RL 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer, Abl. L 101 v. 15.04.2011, S. 1.

77 Bereits im Jahr 2003 wurde erstmals eine beratende „Sachverständigengruppe Menschenhandel“ eingerichtet; Beschluss 2003/209/EG der Kommission v. 25.03.2003, Abl. L 79 v. 26.03.2003, S. 25.

78 Siehe *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Die Strategie der EU zur Bekämpfung des Menschenhandels 2021-2025, COM(2021) 171 final, S. 3 f.

79 Art. 10 Menschenhandels-RL.

Die Richtlinie definiert verschiedene Straftaten im Zusammenhang mit dem Menschenhandel. Dazu zählt die vorsätzliche „Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen, einschließlich der Übergabe oder Übernahme der Kontrolle über diese Personen durch die Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderer Formen der Nötigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung, Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit oder durch Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen oder Vorteilen zur Erlangung des Einverständnisses einer Person, die die Kontrolle über eine andere Person hat, zum Zwecke der Ausbeutung“. Dies entspricht im Wesentlichen der Begriffsbestimmung im Rahmenbeschluss 2002/629/JI. Sämtliche Handlungen sind im Fall von Kindern weiterhin unabhängig davon strafbar, ob sie durch Androhung oder Anwendung von Gewalt oder andere Formen der Nötigung vorgenommen werden.⁸⁰ Auch das Einverständnis von Kindern zum Menschenhandel bleibt unbeachtlich, bei Erwachsenen jedoch nur, wenn ein Mittel, wie Betrug, Täuschung oder Machtmissbrauch angewendet wird.⁸¹ Nach dem Rahmenbeschluss galten Opfer von sexueller Ausbeutung dann als „besonders schutzbedürftig“, wenn sie das Alter der sexuellen Selbstbestimmung nach dem nationalen Recht noch nicht erreicht haben und die Straftat zur Ausbeutung einer Person mittels Prostitution oder anderer Formen der sexuellen Ausbeutung begangen wurde.⁸² Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a Menschenhandels-RL sind Opfer im Kindesalter hingegen in jedem Fall als „besonders schutzbedürftig“ einzustufen. Die besondere Schutzbedürftigkeit wurde damit unabhängig von der Form der Ausbeutung unionsweit einheitlich auf Personen unter 18 Jahren ausgedehnt. Die unterschiedlichen Vorgaben in den Mitgliedstaaten in Bezug auf das Alter der sexuellen Mündigkeit hat nämlich zu einer uneinheitlichen Anwendung des Rahmenbeschlusses geführt. Schließlich sind Straftaten im Zusammenhang mit dem Menschenhandel, wenn sie gegenüber Kindern begangen werden, nach der Menschenhandels-RL mit strengeren Strafen bedroht als noch im Rahmenbeschluss: Während der Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft oder zum Zweck der sexuellen Ausbeutung besonders schutzbedürftiger Opfer – und damit Personen, die das Alter der sexuellen Selbstbestimmung noch nicht erreicht haben – nach dem Rahmenbeschluss 2002/629/JI mit Freiheitsstrafen „im Höchstmaß von mindestens acht Jahren“ bedroht war,⁸³ sind für Straftaten gegen besonders schutzbedürftige Opfer – und damit Kinder – in der Menschenhandels-RL Freiheitsstrafen „im Höchstmaß von mindestens zehn Jahren“ vorgesehen.⁸⁴

Der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern, die Opfer von Menschenhandel sind, wird in der Menschenhandels-RL im Vergleich zum Rahmenbeschluss

80 Art. 2 Menschenhandels-RL.

81 ErwGr. 11 und Art. 2 Menschenhandels-RL. In Art. 2 Abs. 2 Menschenhandels-RL sind konkrete Ausbeutungsformen angeführt, und zwar „mindestens“ die Ausnutzung der Prostitution anderer, andere Formen der sexuellen Ausbeutung, Zwangsarbeit und erzwungene Dienstleistungen, wie Betteltätigkeit, Sklaverei oder Organentnahme.

82 Art. 3 Abs. 2 lit. b Rahmenbeschluss 2002/629/JI.

83 Art. 3 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2002/629/JI.

84 Art. 4 Abs. 2 lit. a Menschenhandels-RL.

2002/629/JI verstärkt Rechnung getragen.⁸⁵ Sie enthält unter anderem Vorgaben zur Stärkung der kindgerechten Prävention⁸⁶ sowie spezifische Vorgaben für Unterstützungs-, Betreuungs- und Schutzmaßnahmen für betroffene Kinder. Gemäß Art. 11 Menschenhandels-RL sind die Mitgliedstaaten beispielsweise dazu verpflichtet, für eine geeignete und sichere Unterbringung zu sorgen sowie die materielle Unterstützung und die notwendige medizinische Behandlung, einschließlich psychologischer Hilfe, Beratung und Information bereitzustellen. Schutzunterkünfte und andere vorläufige Unterbringungen müssen so ausgestattet sein, dass sie den besonderen Bedürfnissen von Kindern gerecht werden. In Art. 13 Abs. 1 Menschenhandels-RL ist explizit vorgesehen, dass das Wohl der Kinder bei der Anwendung der Richtlinie ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist. Diese Verpflichtung folgt allerdings bereits aus dem Primärrecht, konkret aus Art. 24 Abs. 2 GRC. Sofern das Alter der Opfer nicht festgestellt werden kann und Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei den Betroffenen um Kinder handeln könnte, müssen diese gemäß Art. 13 Abs. 2 Menschenhandels-RL als solche eingestuft werden und „unmittelbar“ Zugang zu Unterstützung, Betreuung und Schutz nach der Richtlinie erhalten. Art. 13 Abs. 3 Menschenhandels-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, für sichere und nach Maßgabe des nationalen Rechts vertrauliche Verfahren zur Meldung von Straftaten zu sorgen, die in einer dem Alter und der Reife der Kinder entsprechenden Sprache durchgeführt werden. Außerdem müssen sie kindgerecht gestaltet und für Kinder zugänglich sein. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 14 Menschenhandels-RL unter Berücksichtigung der individuellen Umstände die erforderlichen Maßnahmen treffen, um betroffene Kinder bei ihrer körperlichen und psychosozialen Rehabilitation zu unterstützen und langfristige Lösungen zu finden. So soll verhindert werden, dass sie erneut Opfer von Menschenhandel werden. Den Kindern muss außerdem „innerhalb eines angemessenen Zeitraums“ im Einklang mit dem nationalen Recht Zugang zur Bildung gewährt werden. Bei Interessenskonflikten zwischen den Träger:innen elterlicher Verantwortung und den Kindern sind gegebenenfalls andere Vormünder oder Vertreter:innen zu bestellen. Sofern angemessen und möglich müssen auch die im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates aufhältigen Familien der Opfer unterstützt und betreut werden. Schließlich enthält Art. 16 Menschenhandels-RL Vorgaben für die Unterstützung, die Betreuung und den Schutz von unbegleiteten Kindern, die Opfer von Menschenhandel sind. Für sie sind Vertreter:innen für das Strafverfahren und – sofern angebracht – Vormünder zu bestellen und eine auf die Einzelbewertung des Kindeswohls gestützte dauerhafte Lösung zu suchen.⁸⁷

Den regelmäßigen Berichten der Kommission über den Fortschritt bei der Bekämpfung des Menschenhandels zufolge wurde mit der Menschenhandels-RL ein

85 Siehe 22. und 23. ErwGr. Menschenhandels-RL. Siehe dazu auch die Anerkennung eines auf die Bedürfnisse der Opfer ausgerichteten Ansatzes im EU-Plan über bewährte Vorgehensweisen, Normen und Verfahren zur Bekämpfung und Verhütung des Menschenhandels, Abl. C 311 v. 09.12.2005 S. 1, Pkt. 3.

86 Art. 13 ff. und Art. 18 Menschenhandels-RL.

87 Art. 16 Menschenhandels-RL.

tragfähiger Rahmen und eine gemeinsame Basis für das Vorgehen gegen Menschenhandel geschaffen. Im Jahr 2022 hat die Kommission dann einen Legislativvorschlag⁸⁸ vorgelegt, der zur Annahme der RL 2024/1712⁸⁹ und damit zu einer umfassenden Änderung der Menschenhandels-RL führte. Mit den bis Juli 2026 umzusetzenden Vorgaben soll den neuen Herausforderungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Menschenhandels begegnet werden.⁹⁰ Unter anderem wurde die Liste der Ausbeutungsformen um die Ausbeutung von Leihmutterchaft, Zwangsheirat und illegale Adoption ergänzt⁹¹ und die Gründe für die Strafverschärfung erweitert, wie im Fall der Verbreitung von Bildern oder Videos sexueller Natur von Opfern mittels Informations- und Kommunikationstechnologien.⁹² Problemen, die sich aufgrund der Nutzung von technischen Möglichkeiten durch Menschenhändler:innen ergeben, wird Rechnung getragen, indem die vorsätzliche Inanspruchnahme von Diensten, die von Opfern von Menschenhandel erbracht werden, strafbar sind.⁹³ Außerdem soll verstärkt auch gegen Straftaten im Bereich des Menschenhandels vorgegangen werden, die von juristischen Personen ausgehen. Dazu wurde die vormals fakultative Sanktionierung juristischer Personen durch verpflichtende Vorgaben ersetzt.⁹⁴ Außerdem wird die Harmonisierung der Strukturen und Verfahren für die Verweisung von Opfern an geeignete Unterstützungs- und Betreuungssysteme vorangetrieben.⁹⁵

II. Kinderpornographie, sexueller Missbrauch und sexuelle Ausbeutung von Kindern

Die Bekämpfung von Kinderpornographie, sexuellem Missbrauch und sexueller Ausbeutung von Kindern war schon früh Gegenstand abgeleiteter Rechtsakte. In diesem Zusammenhang ist zunächst die Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI zur Bekämpfung des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Kindern zu nennen, in der der Begriff der „sexuellen Ausbeutung“ im Fall von Kindern definiert war. Es handelte sich dabei allerdings nur um eine „Richtschnur“ für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der Gemeinsamen Maßnahme, die „unbeschadet genauerer Definitionen“ im nationalen Recht galt.⁹⁶ Relativ rasch wurde auch die

88 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer, COM(2022) 732 final.

89 RL (EU) 2024/1712 zur Änderung der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer, Abl. L 1712 v. 24.06.2024.

90 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/36/EU zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer, COM(2022) 732 final, S. 1 ff.

91 Siehe Art. 2 Abs. 3 Menschenhandels-RL.

92 Art. 4 Abs. 3 lit. b Menschenhandels-RL.

93 Art. 18a Menschenhandels-RL.

94 Siehe Art. 5 f. Menschenhandels-RL.

95 Art. 11 Menschenhandels-RL. Siehe dazu auch COM(2022) 732 final, S. 3.

96 Titel I Abschnitt A Pkt. ii) Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI.

Gefahr für Kinder erkannt, die von der Internetnutzung durch die breite Öffentlichkeit ausgeht. Um dieser zu begegnen, wurde im Rahmen der ersten Säule, konkret der Verbraucherschutzkompetenz in Art. 129a Abs. 2 EGV(Maastricht), der mehrjährige Aktionsplan der Gemeinschaft zur Förderung der sicheren Nutzung des Internets durch die Bekämpfung illegaler und schädlicher Inhalte in globalen Netzen⁹⁷ angenommen. Zur Bekämpfung der illegalen Nutzung von Technologien, „insbesondere bei Straftaten gegenüber Kindern“, sollten unter Federführung der Kommission verschiedene Maßnahmen ergriffen werden. Dazu zählte beispielsweise die Förderung von Überwachungseinrichtungen für kinderpornografische Inhalte oder die Ermutigung der Branche, Filter und Bewertungssysteme vorzusehen, um Eltern und Lehrpersonen die Wahl geeigneter Inhalte für die ihnen anvertrauten Kinder zu ermöglichen.⁹⁸ Darauf aufbauend wurde im Jahr 2000 der noch heute in Kraft stehende und auf Art. 34 Abs. 2 lit. c EUV(Amsterdam) gestützte Beschl[us]s 2000/375/JI zur Bekämpfung der Kinderpornographie im Internet⁹⁹ angenommen, mit dem eine möglichst weitgehende und rasche Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten zur Erleichterung der effizienten Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten im Zusammenhang mit Kinderpornografie im Internet gewährleistet werden soll. Zu diesem Zweck werden die Mitgliedstaaten unter anderem dazu verpflichtet, für einen Informationsaustausch zwischen den zuständigen nationalen Stellen unter Einbeziehung von Europol zu sorgen.¹⁰⁰ Außerdem müssen nationale Regelungen im Bereich des Strafprozessrechts angepasst werden, wenn dies aufgrund technologischer Entwicklungen zur Aufrechterhaltung einer effizienten Bekämpfung der Kinderpornografie im Internet erforderlich wird.¹⁰¹

Im Rahmen der PJZS hat der Rat den Rahmenbeschluss 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie verabschiedet. Damit sollten die bestehenden Instrumente, wie die Gemeinsame Maßnahme 96/700/JI, die Gemeinsame Maßnahme 98/428/JI zur Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes¹⁰² oder der Aktionsplan zur Förderung der sicheren Nutzung des Internets ergänzt werden.¹⁰³ Die in der Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI enthaltenen fakultativen Begriffsbestimmungen wurden mit verbindlichen Vorgaben ersetzt.¹⁰⁴ Für die Zwecke des Rahmenbeschlusses galten alle Personen unter 18 Jahren als Kinder.¹⁰⁵ Der Ausdruck „Kinderpornografie“ bezeichnete pornografi-

97 Entscheidung Nr. 276/1999/EG über die Annahme eines mehrjährigen Aktionsplans der Gemeinschaft zur Förderung der sicheren Nutzung des Internets durch die Bekämpfung illegaler und schädlicher Inhalte in globalen Netzen, Abl. L 33 v. 06.02.1999, S. 1.

98 ErwGr. 3 sowie Art. 3 und Anhang I Entscheidung 276/1999/EG.

99 Beschluss 2000/375/JI zur Bekämpfung der Kinderpornographie im Internet, Abl. L 138 v. 09.06.2000, S. 1.

100 Art. 2 Beschl[us]s 2000/375/JI.

101 Art. 4 Beschl[us]s 2000/375/JI.

102 Abl. L 191 v. 07.07.1998, S. 4.

103 ErwGr. 13 Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

104 Die Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI wurde mit dem Rahmenbeschluss ersetzt; siehe Art. 11 Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

105 Art. 1 lit. a Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

ches Material mit bildlichen Darstellungen von echten Kindern, echten Personen mit kindlichem Erscheinungsbild oder realistisch dargestellten, nicht echten Kindern, die an eindeutig sexuellen Handlungen aktiv oder passiv beteiligt sind. Auch das aufreizende Zur-Schau-Stellen von Genitalien oder der Schamgegend fiel darunter.¹⁰⁶ Im Hinblick auf die Straftatbestände unterschied der Rahmenbeschluss 2004/68/JI zwischen denen der sexuellen Ausbeutung von Kindern einerseits und denen der Kinderpornografie andererseits. In beiden Fällen wurden die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die damit verbundenen vorsätzlichen Handlungen unter Strafe zu stellen. Der Straftatbestand der sexuellen Ausbeutung umfasste die Nötigung und Anwerbung von Kindern zur Prostitution beziehungsweise zur Mitwirkung an pornografischen Darbietungen, die Gewinnerzielung durch Kinder und die sonstige Ausbeutung von Kindern zu solchen Zwecken. Die Vornahme sexueller Handlungen mit Kindern war davon erfasst, wenn sie unter Anwendung von Nötigung, Gewalt oder Drohungen, Machtmissbrauch oder durch Anbieten von Geld oder sonstigen Vergütungen beziehungsweise Gegenleistungen erfolgte.¹⁰⁷ Zu den Straftatbeständen der Kinderpornografie zählten die Herstellung, der Vertrieb, die Verbreitung und Weitergabe, das Anbieten oder sonstige Zugänglichmachen sowie der Erwerb und Besitz von Kinderpornografie. Ob die Straftaten unter Verwendung von EDV-Systemen begangen wurden, war dabei unerheblich. Die Mitgliedstaaten hatten dafür zu sorgen, dass auch die Anstiftung oder Beihilfe beziehungsweise der Versuch zur Begehung derartiger Straftaten unter Strafe gestellt wird.¹⁰⁸ Ihnen kam allerdings insofern ein gewisser Spielraum zu, als sie bestimmte, in Art. 3 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2004/68/JI detailliert vorgegebene Handlungen vom Straftatbestand der Kinderpornografie ausnehmen konnten. Dies galt beispielsweise für die Herstellung und den Besitz kinderpornografischer Materials, sofern die abgebildeten Kinder das Alter der sexuellen Mündigkeit erreicht und ihre Zustimmung gegeben haben und die Bilder ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung bestimmt waren. Keine gültige Zustimmung lag jedoch vor, wenn diese unter Missbrauch eines höheren Alters, des Status oder von Abhängigkeiten eingeholt worden war.¹⁰⁹ Im Rahmenbeschluss 2004/68/JI waren zudem Regelungen zur Gerichtsbarkeit, der Sanktionierung von Straftaten und der Strafverfolgung vorgesehen. Letztere durfte nicht von der Anzeige oder Anklage durch das Opfer abhängig gemacht werden. Kinder, die Opfer sexueller Ausbeutung wurden, waren zudem als besonders gefährdete Opfer im Sinn des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI zu betrachten.¹¹⁰ Schließlich sollten Personen, die wegen einer der genannten Straftaten verurteilt wurden, vorübergehend oder dauerhaft daran gehindert werden können, einer beruflichen Tätigkeit nachzugehen, die die Beaufsichtigung von Kindern einschließt.¹¹¹

106 Art. 1 lit. b Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

107 Art. 2 Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

108 Art. 3 und Art. 4 Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

109 Art. 3 Abs. 2 lit. b Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

110 Art. 9 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

111 Art. 5 Abs. 3 Rahmenbeschluss 2004/68/JI.

Im Dezember 2011 wurde der Rahmenbeschluss 2004/68/JI mit der aufgrund von Art. 82 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 1 AEUV angenommenen RL 2011/93 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie¹¹² ersetzt. Da der Unionsgesetzgeber davon ausgeht, dass Kinder, die Opfer von Menschenhandel sind, auch Opfer von sexuellem Missbrauch oder sexueller Ausbeutung sein können, sollte die gegenständliche Richtlinie „genau“ auf die Menschenhandels-RL abgestimmt sein.¹¹³ Dementsprechend stimmt die Definition des Begriffs „Kind“ mit der in der Menschenhandels-RL vorgesehenen überein, derzufolge es sich dabei um Personen unter 18 Jahren handelt.¹¹⁴ Wie nach der Menschenhandels-RL sind auch hier Personen, deren Alter nicht festgestellt werden kann, aber Gründe für die Annahme vorliegen, dass sie das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, als Kinder einzustufen.¹¹⁵ In der RL 2011/93 ist zudem das Alter der sexuellen Mündigkeit definiert als das im nationalen Recht vorgesehene Mindestalter für die Vornahme sexueller Handlungen mit einem Kind.¹¹⁶ Die diesbezüglichen Vorgaben sind in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet: in Bulgarien, Deutschland, Estland, Österreich, Ungarn und Portugal erreicht man das Alter der sexuellen Mündigkeit bereits mit 14 Jahren, in Malta hingegen erst mit 18 Jahren.¹¹⁷

Während sich der Rahmenbeschluss 2004/68/JI noch auf die Straftatbestände der sexuellen Ausbeutung und der Kinderpornographie beschränkt hat, ist in der RL 2011/93 ein differenzierter Katalog an Straftatbeständen enthalten. Es wird unterschieden zwischen „Straftaten im Zusammenhang mit sexuellem Missbrauch“, „Straftaten im Zusammenhang mit sexueller Ausbeutung“, „Straftaten im Zusammenhang mit Kinderpornografie“ und der „Kontaktaufnahme zu Kindern für sexuelle Zwecke“, dem sogenannten *Grooming*.¹¹⁸ Dabei wurden neue Ausbeutungsformen einbezogen, insbesondere solche in digitaler Form, wie das *live-streaming* pornografischer Darbietungen.¹¹⁹ Als neuer Straftatbestand wurde auch die Veranlassung von sexuell unmündigen Kindern, Zeugen sexueller Handlungen oder sexuellen Missbrauchs zu sexuellen Zwecken zu werden, aufgenommen – unabhängig davon, ob sie selbst daran teilnehmen müssen.¹²⁰ Aufgrund der detaillierteren Regelung der Straftatbestände bleibt den Mitgliedstaaten kaum Umsetzungsspielraum. Die in der Richtlinie vorgesehenen Straftaten müssen ebenfalls von Amts

112 RL 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, Abl. L 335 v. 17.12.2011, S. 1 in der Fassung Abl. L 18 v. 21.01.2012, S. 7.

113 Siehe ErwGr. 7 RL 2011/93.

114 Siehe Art. 2 lit. b RL 2011/93 und Art. 2 Abs. 6 Menschenhandels-RL.

115 Art. 18 Abs. 3 RL 2011/93 und Art. 13 Abs. 2 Menschenhandels-RL.

116 Art. 2 lit. b RL 2011/93.

117 *Europäische Kommission*, Bericht an das Europäische Parlament und den Rat zur Bewertung der von den Mitgliedstaaten zur Einhaltung der RL 2011/93/EU ergriffenen notwendigen Maßnahmen, COM(2016) 871 final, S. 8.

118 Art. 3-6 RL 2011/93.

119 Art. 4 Abs. 2-4 in Verbindung mit Art. 2 lit. e RL 2011/93.

120 Art. 3 Abs. 2 und 3 RL 2011/93.

wegen verfolgt werden. Im Vergleich zum Rahmenbeschluss sind aber strengere Mindesthöchststrafen vorgesehen.¹²¹ In der Richtlinie sind zudem die gerichtliche Zuständigkeit und die Koordinierung der Strafverfolgung geregelt.¹²² Wie bereits nach dem Rahmenbeschluss 2004/68/JI, sind die Mitgliedstaaten auch nach der RL 2011/93 dazu verpflichtet, die Anstiftung, die Beihilfe und den Versuch zur Begehung einer der Straftaten unter Strafe zu stellen.¹²³ Im Vergleich zum Rahmenbeschluss enthält die Richtlinie einen differenzierteren Katalog von erschwerenden Umständen. So wird die Vulnerabilität der Opfer, die Beziehung zwischen Opfern und Täter:innen und das Vorliegen wiederholten beziehungsweise strukturierten Vorgehens berücksichtigt. Die Begehung im Familienkreis, die vorsätzliche oder grob fahrlässige Gefährdung des Lebens des Kindes oder die Anwendung schwerer Gewalt wirkt sich also strafverschärfend aus.¹²⁴ Außerdem können juristische Personen zur Verantwortung gezogen und sanktioniert werden.¹²⁵ Ein Ermessen wird den Mitgliedstaaten insofern eingeräumt, als sie bestimmte, auf gegenseitigem Einverständnis beruhende Handlungen vom Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs nach der Richtlinie ausnehmen können. Dies gilt beispielsweise für pornographische Darbietungen im Rahmen von Beziehungen. Dafür müssen allerdings bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein, wie ein vergleichbares Alter oder ein vergleichbarer mentaler und körperlicher Entwicklungsstand von Opfern und Täter:innen.¹²⁶ Um die Meldung eines Verdachts auf sexuellen Missbrauch oder sexuelle Ausbeutung an die für Kinderschutz zuständigen Stellen zu erleichtern, werden die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, Vertraulichkeitsbestimmungen für bestimmte Berufsgruppen vorzusehen und Maßnahmen zu ergreifen, um die Bevölkerung zur Meldung von Verdachtsfällen zu ermuntern.¹²⁷ Sie müssen gegen die Werbung für Gelegenheiten zum Missbrauch und für Kindersextourismus vorgehen und dafür sorgen, dass Websites, die Kinderpornographie enthalten oder verbreiten, unverzüglich entfernt werden.¹²⁸ Im Hinblick auf Personen, die befürchten, dass sie eine der in der Richtlinie vorgesehenen Straftaten begehen könnten, müssen präventive Interventionsmaßnahmen ergriffen werden. Die Mitgliedstaaten haben außerdem dafür zu sorgen, dass Beamte, die gegebenenfalls mit Opfern sexueller Ausbeutung im Kindesalter in Kontakt kommen, Zugang zu entsprechenden Schulungen und Ausbildungen haben.¹²⁹ Die RL 2011/93 enthält schließlich Regelungen zur Unterstützung, zur Betreuung und zum Schutz von Opfern im Kindesalter, die im Wesentlichen den Vorgaben der Menschenhandels-RL entsprechen.¹³⁰

121 Art. 15 Abs. 1 RL 2011/93; die Mindesthöhe der jeweils vorzusehenden Freiheitsstrafen sind in den Art. 3 - Art. 7 RL 2011/93 geregelt.

122 Art. 17 RL 2011/93.

123 Art. 7 RL 2011/93.

124 Art. 9 RL 2011/93.

125 Art. 12 f. RL 2011/93.

126 Art. 8 RL 2011/93.

127 Art. 16 RL 2011/93.

128 Art. 25 und Art. 21 RL 2011/93.

129 Art. 22 ff. RL 2011/93.

130 Art. 18 ff. RL 2011/93 und Art. 13 ff. Menschenhandels-RL.

Der Schwere der in der RL 2011/93 vorgesehenen Kriminalitätsformen hat der Gerichtshof inzwischen in mehreren Urteilen Rechnung getragen. Die Rs. *PI*¹³¹ betraf die Frage, ob die Straftaten des sexuellen Missbrauchs, der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung – begangen in einem Zeitraum von über zehn Jahren an der zu Beginn der Taten acht Jahre alten Tochter der damaligen Lebensgefährtin des Täters – unter den Begriff „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ im Sinn von Art. 28 Abs. 3 lit. a Freizügigkeits-RL¹³² fallen und eine Ausweisungsverfügung nach Art. 27 Abs. 1 Freizügigkeits-RL rechtfertigen können. Gemäß Art. 28 Abs. 3 Freizügigkeits-RL ist es zwar Sache der Mitgliedstaaten, die Gründe der öffentlichen Sicherheit festzulegen. Der Gerichtshof hat ihnen für diese Beurteilung aber bestimmte Gesichtspunkte an die Hand gegeben:¹³³ zunächst hat er darauf hingewiesen, dass die sexuelle Ausbeutung von Kindern nach Art. 83 Abs. 1 AEUV zu den Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension zählt und ein Tätigwerden des Unionsgesetzgebers in diesem Bereich vorgesehen ist. Unter Bezugnahme auf die Erwägungsgründe der RL 2011/93 hat er betont, dass der sexuelle Missbrauch und die sexuelle Ausbeutung von Kindern schwere Verstöße gegen die Grundrechte darstellen, insbesondere gegen die in der Kinderrechtskonvention und der Charta festgeschriebenen. Die Schwere derartiger Straftaten ergibt sich laut dem Gerichtshof auch aus der Höhe der in der RL 2011/93 definierten Freiheitsstrafen, wobei er auf die in der Richtlinie vorgesehenen erschwerenden Umstände Bezug genommen hat, zu denen eben auch die Begehung der Straftat durch eine mit dem Kind unter einem Dach lebende Person zählt.¹³⁴ Davon ausgehend steht es den Mitgliedstaaten frei, Straftaten nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV „als besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses anzusehen, die geeignet ist, die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung unmittelbar zu bedrohen“.¹³⁵ Um einen zwingenden Grund der öffentlichen Sicherheit darzustellen, muss die Art und Weise der Begehung allerdings besonders schwerwiegende Merkmale aufweisen, was von den zuständigen nationalen Gerichten individuell zu prüfen ist.¹³⁶ Der Gerichtshof hat allerdings daran erinnert, dass eine Ausweisung nur verfügt werden darf, wenn das persönliche Verhalten des Täters „eine tatsächliche und gegenwärtige Gefahr dar-

131 EuGH, Rs. C-348/09, *PI*, Urteil v. 22 Mai 2012, ECLI:EU:C:2012:300. Dazu z.B. *Azoulai/Coutts*, CMLR 2013/2, S. 553; *Kochenov/Pirker*, Columbia Journal of European Law 2013/2, S. 369.

132 RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten [...], Abl. L 158 v. 30.04.2004, S. 77.

133 EuGH, Rs. C-348/09, *PI*, Urteil v. 22 Mai 2012, ECLI:EU:C:2012:300, Rn. 22 ff.

134 EuGH, Rs. C-348/09, *PI*, Urteil v. 22 Mai 2012, ECLI:EU:C:2012:300, Rn. 26 f.

135 EuGH, Rs. C-348/09, *PI*, Urteil v. 22 Mai 2012, ECLI:EU:C:2012:300, Rn. 28.

136 EuGH, Rs. C-348/09, *PI*, Urteil v. 22 Mai 2012, ECLI:EU:C:2012:300, Rn. 28. Siehe auch EuGH, Rs. C-193/16, *E*, Urteil v. 13. Juli 2017, ECLI:EU:C:2017:542, Rn. 20. Generalanwalt *Bot* zufolge ist es mit der Philosophie der Freizügigkeits-RL nicht vereinbar, wenn allein die objektive Schwere einer Straftat – bemessen nach der verwirkten oder verhängten Strafe – eine Ausweisungsmaßnahme rechtfertigen kann; Schlussanträge GA *Bot*, Rs. C-348/09, *PI*, ECLI:EU:C:2012:123, Rn. 45 f.

stellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder des Aufnahmemitgliedstaats berührt“, wobei eine Neigung bestehen muss, das Verhalten künftig beizubehalten.¹³⁷ Sofern die Ausweisung als Strafe oder Nebenstrafe zu einer Freiheitsstrafe ergeht, sind gegebenenfalls eingetretene Änderungen der Umstände und andere Faktoren wie die Aufenthaltsdauer des Täters, sein Alter, sein Gesundheitszustand sowie seine familiäre und wirtschaftliche Lage und seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmestaat zu berücksichtigen.¹³⁸ Ob die Anwesenheit des Täters in dem betreffenden Mitgliedstaat zu einem Rückfall gegenüber dem Opfer und damit zu einer neuerlichen Gefährdung des Kindes führen könnte, wurde vom Gerichtshof allerdings nicht thematisiert. Der Generalanwalt war der Meinung, dass eine Gefährdung zwar nicht von vornherein ausgeschlossen werden könne, diese aber auf der Grundlage der Freizügigkeits-RL nicht berücksichtigt werden könne. Kontrollmaßnahmen nach einer Verurteilung müssten nämlich in einem Rechtstext betreffend den RFSR vorgesehen sein.¹³⁹ Die RL 2011/93 enthält dazu keine Vorgaben, auch wenn der Unionsgesetzgeber das Problem von Wiederholungstaten offensichtlich erkannt hat. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass es gemäß Art. 9 lit. e RL 2011/93 zu den erschwerenden Umständen zählt, wenn Täter:innen bereits wegen ähnlicher Straftaten verurteilt wurden. Außerdem sollen gemäß Art. 10 RL 2011/93 Wiederholungstaten vermieden werden, indem – wie bereits im Rahmenbeschluss 2001/220/JI vorgesehen¹⁴⁰ – verurteilten Personen der Zugang zu einschlägigen Berufen vorübergehend oder dauerhaft verwehrt wird. Arbeitgeber:innen haben bei der Einstellung von Personen für berufliche oder organisierte freiwillige Tätigkeiten, die direkte und regelmäßige Kontakten mit Kindern einschließen, bestimmte Informationsrechte. Sie können in geeigneter Weise Auskünfte, etwa im Hinblick auf bestehende Verurteilungen wegen Straftaten oder Berufsausübungsverbote einholen. Auf Ebene der Mitgliedstaaten werden einschlägige Informationen nach den Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2009/315/JI über die Durchführung und den Inhalt des Austauschs von Informationen aus dem Strafregister zwischen den Mitgliedstaaten¹⁴¹ ausgetauscht.¹⁴² Schließlich muss die Verjährungsfrist bestimmter Straftaten nach der Richtlinie auf einen „hinlänglich langen“ Zeitraum nach dem Erreichen der Volljährigkeit der Opfer verlängert werden, um die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung aufrecht zu erhalten.¹⁴³

Der Schwere der Kriminalitätsform der Kinderpornografie im Sinn von Art. 2 lit. c RL 2011/93 hat der Gerichtshof auch in Fällen Rechnung getragen, die Grundrechtseingriffe im Zusammenhang mit der Speicherung von IP-Adressen durch Be-

137 EuGH, Rs. C-348/09, *PI*, Urteil v. 22 Mai 2012, ECLI:EU:C:2012:300, Rn. 29 f.

138 EuGH, Rs. C-348/09, *PI*, Urteil v. 22 Mai 2012, ECLI:EU:C:2012:300, Rn. 31 f.

139 Schlussanträge GA Bot, Rs. C-348/09, *PI*, ECLI:EU:C:2012:123, Rn. 47.

140 Art. 5 Abs. 3 Rahmenbeschluss 2001/220/JI.

141 Rahmenbeschluss 2009/315/JI über die Durchführung und den Inhalt des Austauschs von Informationen aus dem Strafregister zwischen den Mitgliedstaaten, Abl. L 93 v. 07.04.2009, S. 23.

142 Diese müssen gemäß Art. 6 Rahmenbeschluss 2009/315/JI mit Zustimmung der betroffenen Person angefordert werden (Art. 10 Abs. 3 RL 2011/93).

143 Art. 15 Abs. 2 RL 2011/93.

treiber:innen elektronischer Kommunikationsdienste über die Dauer ihrer Zuweisung hinaus betrafen. Er hat darauf hingewiesen, dass die Feststellung besonders schwerer Straftaten, wie der Erwerb, die Weitergabe oder die Bereitstellung von Kinderpornografie im Internet, ohne die Vorratsdatenspeicherung nach Art. 15 Abs. 1 der RL 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation¹⁴⁴ unmöglich sein kann.¹⁴⁵ Die Bekämpfung derartiger Kriminalität ist, so der Gerichtshof, neben dem Schutz der nationalen Sicherheit und der Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit der einzige Grund, mit dem ein so schwerwiegender Grundrechtseingriff gerechtfertigt sein kann. Er hat allerdings betont, dass die Verhältnismäßigkeit gewahrt sein muss, indem die Dauer der Speicherung mit Blick auf das verfolgte Ziel das „absolut Notwendige“ nicht überschreiten darf und die materiellen und prozeduralen Voraussetzungen strikt eingehalten werden müssen, die die Nutzung der Daten regeln.¹⁴⁶

Im Rahmen der EU-Strategie für eine wirksame Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs¹⁴⁷ aus dem Jahr 2020 hat die Kommission erklärt, dass die Umsetzung der RL 2011/93 durch die Mitgliedstaaten rasch erfolgen muss und gegebenenfalls Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet werden.¹⁴⁸ Darüber hinaus sind weitere Initiativen vorgesehen, wie die Einrichtung eines Innovationszentrums und -labors bei Europol zur Schaffung eines Rechtsrahmens für den Schutz von Kindern. Zudem wurde die VO (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (*Digital Services Act, DSA*)¹⁴⁹ auf die Harmonisierungskompetenz in Art. 114 AEUV gestützt. Sie verpflichtet Betreiber:innen von Online-Plattformen und anderen Diensten zur Erkennung, Meldung und Entfernung rechtswidriger Inhalte. Welche Inhalte das genau sind, ist im Rechtsakt allerdings nicht definiert. Es handelt sich gemäß Art. 3 lit. h DSA um „alle Informationen, die als solche oder durch ihre Bezugnahme auf eine Tätigkeit [...] nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats stehen, ungeachtet des genauen Gegenstands oder der Art der betreffenden Rechtsvorschriften“. Kinderpornographisches Material oder andere Darstellungen von sexuellem Kindesmissbrauch sind also jedenfalls erfasst.¹⁵⁰ In der im Mai

144 Abl. L 201 v. 31.07.2002, S. 37.

145 EuGH, verb. Rs. C-511/18, C-512/18 u. C-520/18, *La Quadrature du Net*, Urteil v. 6. Oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 154 ff.; verb. Rs. C-793/19 u. C-794/19, *Space Net*, Urteil v. 20. September 2022 (berichtigt durch Beschluss v. 27. Oktober 2022), ECLI:EU:C:2022:702, Rn. 100 ff.; Rs. C-140/20, *Commissioner of the Garda*, Urteil v. 5. April 2022, ECLI:C:2022:258, Rn. 73 f.

146 EuGH, verb. Rs. C-511/18, C-512/18 u. C-520/18, *La Quadrature du Net*, Urteil v. 6. Oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 155.

147 COM(2020) 607 final.

148 COM(2020) 607 final, S. 3 f.

149 Abl. L 277 v. 27.10.2022, S. 1.

150 Siehe auch den Beschluss (EU) 2022/895 zur Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen im Namen der Europäischen Union über ein umfassendes internationales Übereinkommen zur Bekämpfung der Nutzung von Informationstechnologien zu kriminellen Zwecken, Abl. L 155 v. 08.06.2022, S. 42.

2022 von der Kommission vorgeschlagenen Verordnung zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern, die auch auf der Grundlage von Art. 114 AEUV angenommen werden soll,¹⁵¹ sind einheitliche Vorschriften auf Unionsebene für die Aufdeckung, Meldung und Entfernung von sexuellem Kindesmissbrauch im Internet vorgesehen, um den *Digital Services Act* zu ergänzen und Hindernisse für den digitalen Binnenmarkt zu beseitigen. Anbieter von Hosting- oder interpersonellen Kommunikationsdiensten sollen dazu verpflichtet werden, die Verbreitung von einschlägigem Material zu unterbinden, es aufzudecken, zu melden, zu entfernen und *Grooming* zu verhindern. Dies soll unter anderem durch das Auslesen von Textnachrichten und das Abhören von Audiokommunikation, die sogenannte „Chat-Kontrolle“ erreicht werden, die aufgrund der Befürchtung einer flächendeckenden und anlasslosen Überwachung privater Kommunikation als unverhältnismäßig kritisiert wird.¹⁵² Der Vorschlag sieht zudem die Schaffung des Europäischen Zentrums zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern vor.¹⁵³

Auf völkerrechtlicher Ebene wurde das Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote Konvention, 2007)¹⁵⁴ inzwischen von allen EU-Mitgliedstaaten ratifiziert. Es steht zwar grundsätzlich auch der Union zum Beitritt offen. Da mit der Richtlinie 2011/93 aber bereits wesentliche Inhalte der Konvention übernommen wurden, strebt die Kommission diesen derzeit nicht an.¹⁵⁵ Die Konvention verpflichtet die Vertragsparteien zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, indem sämtliche Formen sexueller Gewalt unter Strafe gestellt werden. Auch präventive Maßnahmen sind vorgesehen, etwa im Bereich der Erziehung.¹⁵⁶ Zur Vorbeugung von Wiederholungstaten muss die Gefährlichkeit der Täter:innen bewertet werden, um geeignete Präventionsmaßnahmen zu ermitteln.¹⁵⁷ Wie in der RL 2011/93 gelten auch nach Art. 3 lit. a Lanzarote Konvention Kinder als Personen unter 18 Jahren. Die Konvention enthält Vorgaben zum Schutz und zur Unterstützung von kindlichen Opfern sowie zu deren Rechten im Ermittlungs- und im Strafverfahren und regelt die Verantwortlichkeit juristischer Personen.¹⁵⁸ Im Bereich des materiellen Strafrechts sind die Straftatbestände des sexuellen Missbrauchs, des unsittlichen Einwirkens auf Kinder, der Kontakthanbahnung zu Kindern zu se-

151 COM(2022) 209 final.

152 Siehe z.B. die Kritik der (deutschen) *Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*, Die geplante EU-Verordnung zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern – die sogenannte „Chatkontrolle“, abrufbar unter: https://www.bfdi.bund.de/DE/Fachthemen/Inhalte/Telemedien/CSA_Verordnung.html (02.03.2026).

153 COM(2022) 209 final; siehe auch das interinstitutionelle Dossier Nr. 2022/0155(COD).

154 SEV Nr. 201. In den Erwägungsgründen bezieht sich die Konvention auf die Rahmenbeschlüsse 2001/220/JI, 2002/629/JI und 2004/68/JI.

155 Anfragebeantwortung des Europa Direkt Kontaktzentrums/Generaldirektion Migration und Inneres v. 20.10.2020.

156 Art. 4 ff. Lanzarote Konvention.

157 Art. 15 Abs. 2 Lanzarote Konvention.

158 Art. 11 ff. und Art. 26 Lanzarote Konvention.

xuellen Zwecken sowie Straftaten im Zusammenhang mit Kinderprostitution und Kinderpornographie definiert.¹⁵⁹ Die RL 2011/93 konkretisiert und verstärkt die diesbezüglichen Anforderungen. Nach der Konvention müssen zwar wirksame angemessene und abschreckende Sanktionen – auch für die Beihilfe und die Anstiftung zu und den Versuch der Begehung – vorgesehen werden. Im Gegensatz zur RL 2011/93 gibt die Konvention aber keine konkreten Mindesthöchststrafen vor.

III. Anwerbung und Ausbildung von Kindern für terroristische Zwecke

Neben dem Menschenhandel und der sexuellen Ausbeutung von Kindern bezieht sich Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV unter anderem auch auf den Terrorismus. Dieser Kriminalitätsbereich ist nicht nur für Erwachsene relevant: Immer häufiger sind auch Kinder an der Planung von Anschlägen, der Herstellung terroristischer Propaganda oder an Aufrufen zu Gewalttaten beteiligt. Es handelt sich dabei um einen generellen Trend in der Union. Es wird aktiv versucht, bestimmte, besonders gefährdete Jugendliche zu rekrutieren, die in online-Communities eingebettet sind, in denen für Gewalt geworben wird. Laut dem Terrorismusbericht 2024 von Europol ist die Ausnutzung junger Menschen durch Terrorist:innen ein zunehmend besorgniserregendes Phänomen.¹⁶⁰

Auf der Grundlage von Art. 83 Abs. 1 AEUV wurde im März 2017 die RL 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung (Terrorismus-RL)¹⁶¹ angenommen, die eine taxative Aufzählung von Handlungen enthält, die von den Mitgliedstaaten als terroristische Straftaten eingestuft werden müssen. Dazu zählen Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit von Personen mit dem Ziel, die Bevölkerung auf schwerwiegende Weise einzuschüchtern.¹⁶² Der Begriff „Kind“ wird in der Richtlinie nicht definiert. Dem Problem der Anwerbung und Ausbildung von Kindern für terroristische Zwecke wird nur insofern Rechnung getragen, als es den nationalen Richter:innen ermöglicht werden muss, bei der Verurteilung von Straftäter:innen im Einzelfall als erschwerend zu berücksichtigen, wenn eine Straftat auf Kinder ausgerichtet ist. Eine Verpflichtung zur Verhängung eines höheren Strafmaßes besteht in diesen Fällen aber nicht.¹⁶³ Besondere Schutzmaßnahmen für Kinder, wie sie in der Menschenhandels-RL und der RL 2011/93 vorgesehen sind, gibt die Terrorismus-RL nicht vor. Im Hinblick auf Schutz-, Unterstützungs- und Hilfsmaßnahmen für Opfer verweist sie auf die allgemeinen Vorgaben der RL 2012/29 über Mindeststan-

159 Art. 18 ff. Lanzarote Konvention.

160 *Europol*, European Union Terrorism Situation and Trend Report 2024, S. 8; abrufbar unter: <https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/TE-SAT%202024.pdf> (02.03.2026).

161 RL (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates, Abl. L 88 v. 31.03.2017, S. 6.

162 Art. 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a RL 2017/541.

163 ErwGr. 19 und Art. 15 Abs. 4 RL 2017/541.

dards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten (Opferschutz-RL).¹⁶⁴

Ergänzend zur Terrorismus-RL hat der Unionsgesetzgeber im April 2021 aufgrund von Art. 114 AEUV die VO (EU) 2021/784 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte (*Terrorist Content Online-Verordnung, TCO-VO*)¹⁶⁵ angenommen, mit der das reibungslose Funktionieren des digitalen Binnenmarktes gewährleistet werden soll.¹⁶⁶ Sie enthält eine Definition des Begriffs der terroristischen Inhalte und soll ein einheitliches Vorgehen der Mitgliedstaaten sicherstellen, um die Verbreitung ebendieser Inhalte im Internet möglichst zu verhindern. So kann beispielsweise die zuständige Behörde jedes Mitgliedstaats sogenannte Entfernungsanordnungen erlassen, die Anbieter:innen von Hostingdiensten zur Entfernung terroristischer Inhalte oder zur Sperrung des Zugangs zu diesen Inhalten in allen Mitgliedstaaten verpflichten. Die Verordnung bezieht sich dabei insbesondere auf die in der Terrorismus-RL enthaltenen Straftatbestände. Regelungen, die spezifisch die Anstiftung oder Anwerbung von Kindern, also *Grooming* zu terroristischen Zwecken, verhindern sollen, enthält die Verordnung aber nicht. Dem Umstand, dass Kinder Erwachsenen im Internet grundsätzlich unterlegen sind, wenn diese Kontakte anbahnen, wird – anders als im Kontext von sexuellem Missbrauch – im Hinblick auf die Rekrutierung von Kindern zu terroristischen Zwecken nicht Rechnung getragen.¹⁶⁷ Im Verhältnis zu den Vorgaben des *Digital Services Acts* sind die Bestimmungen der *TCO-Verordnung lex specialis*.¹⁶⁸

IV. Kinder und häusliche Gewalt

Häusliche Gewalt ist zwar nicht als Kriminalitätsbereich in Art. 83 Abs. 1 AEUV angeführt. Der Unionsgesetzgeber ist diesbezüglich aber tätig geworden und hat im Mai 2024 auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 1 AEUV die RL 2024/1385 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt angenommen. Sie soll zur Verwirklichung des RFSR beitragen, indem Lücken beim Zugang zur Justiz und bei der Unterstützung betroffener Personen sowie der Verhütung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt geschlossen werden.¹⁶⁹ Be-

164 RL 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, Abl. L 315 v. 14.11.2012, S. 57.

165 Abl. L 172 v. 17.05.2021, S. 79.

166 Siehe 1. ErwGr. VO 2021/784.

167 Die zunehmende Radikalisierung von Jugendlichen wird im Übrigen auch in der EU-Agenda für Terrorismusbekämpfung der Kommission nur am Rande berücksichtigt. Es geht dabei um die Rehabilitation und die Wiedereingliederung von Kindern und die Bedürfnisse und Rechte von Kindern ausländischer terroristischer Kämpfer:innen; *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Eine EU-Agenda für Terrorismusbekämpfung: antizipieren, verhindern, schützen und reagieren, COM(2020) 795 final, S. 10.

168 Siehe Art. 2 Abs. 4 lit. c *DSA*.

169 COM(2022) 105 final, S. 3.

rücksichtigt werden neben Formen geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen und Mädchen, wie der Verstümmelung weiblicher Genitalien, auch häusliche Gewalt zwischen Lebenspartner:innen sowie zwischen Eltern und Kindern. Gemäß Art. 2 lit. a RL 2024/1385 sind darunter alle Akte körperlicher, sexueller, psychischer oder wirtschaftlicher Gewalt zu verstehen, „die innerhalb der Familie oder des Haushalts ungeachtet der biologischen oder rechtlichen familiären Verbindungen oder zwischen früheren oder derzeitigen Eheleuten oder Partnern stattfinden, unabhängig davon, ob Täter und Opfer in einem gemeinsamen Haushalt wohnen oder wohnten“. Kinder, die in der RL 2024/1385 als Personen unter 18 Jahren definiert sind, gelten explizit auch dann als Opfer der in der Richtlinie bezeichneten Straftaten, wenn sie einen Schaden erlitten haben, weil sie Zeug:innen häuslicher Gewalt geworden sind.¹⁷⁰ In den Erwägungsgründen der Richtlinie wird anerkannt, dass betroffene Kinder in der Regel einen direkten psychischen und emotionalen Schaden davontragen, der Folgen für ihre Entwicklung hat und das Risiko kurz- und langfristiger körperlicher und psychischer Erkrankungen erhöht.¹⁷¹ Die Richtlinie definiert Strafen und Straftaten im Bereich der sexuellen Ausbeutung von Frauen und Kindern sowie der Computerkriminalität. Dazu zählt neben der bereits erwähnten weiblichen Genitalverstümmelung auch die nicht-einvernehmliche Weitergabe von intimem oder manipuliertem Material und das sogenannte Cyberstalking.¹⁷² Letzterer Begriff bezeichnet eine moderne Form der Gewalt, die oftmals im Familienkreis verübt wird. Dabei werden Technologien missbraucht, um Zwangs- und Kontrollverhalten, Manipulation oder Überwachung zu verstärken, um die Opfer einzuschüchtern und letztlich zu isolieren.¹⁷³ Der Straftatbestand der Zwangsverheiratung umfasst den Zwang von Erwachsenen und Kindern zur Eheschließung und darüber hinaus auch das Locken von Opfern durch Täuschung in das Hoheitsgebiet anderer Staaten, um sie dort zur Eheschließung zu zwingen.¹⁷⁴ Bei allen Straftaten sind sowohl die Anstiftung und die Beihilfe als auch der Versuch der Begehung strafbar.¹⁷⁵ Zu den erschwerenden Umständen zählen unter anderem die wiederholte Begehung der Straftat, die Begehung gegen Kinder oder in deren Gegenwart, die Begehung durch Familienangehörige der Opfer oder mit ihnen zusammenlebenden Personen sowie die Begehung unter Missbrauch einer anerkannten Vertrauensstellung oder Autorität.¹⁷⁶ Wenn es sich bei den Opfern um Kinder handelt, endet die Verjährungsfrist der Straftaten frühestens zu dem Zeitpunkt, zu dem sie das 18. Lebensjahr vollenden. Die Richtlinie enthält schließlich Vorgaben zur gerichtlichen Zuständigkeit, zu den Rechten der Opfer, deren Schutz und Unterstützung sowie zur Prävention. Art. 19 RL 2024/1385 sieht die Verhängung von (Eil)Schutzanordnungen, Kontakt- und Näherungsverboten vor, deren grenzüber-

170 Art. 2 lit. c und lit. f RL 2024/1385.

171 ErwGr. 13 RL 2024/1385.

172 Art. 3 ff. RL 2024/1385.

173 ErwGr. 21 RL 2024/1385.

174 Art. 4 RL 2024/1385.

175 Art. 9 RL 2024/1385.

176 Art. 11 RL 2024/1385.

schreitende Anerkennung nach Maßgabe der RL 2011/99 über die Europäische Schutzanordnung¹⁷⁷ oder der VO (EU) 606/2013 über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen¹⁷⁸ beantragt werden kann.

Mit ihrem Vorschlag für die gegenständliche Richtlinie hat die Kommission beabsichtigt, das Unionsrecht an die einschlägigen internationalen Normen anzugleichen. Als wichtigen Referenzrahmen hat sie sich dabei auf das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Übereinkommen von Istanbul, 2011)¹⁷⁹ bezogen, das auch den Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen betrifft.¹⁸⁰ Es verpflichtet die Vertragsparteien, gewisse Formen geschlechtsspezifischer Gewalt unter Strafe zu stellen. Die strafrechtlichen Vorgaben werden durch die RL 2024/1385 näher konkretisiert und harmonisiert. Eine Definition des Begriffs „Kind“ ist im Übereinkommen nicht enthalten. Da aber vom Begriff „Frauen“ ausdrücklich auch Mädchen unter 18 Jahren erfasst sind,¹⁸¹ dürfte sich der im Übereinkommen verwendete Begriff „Kinder“ geschlechtsneutral auf Menschen unter 18 Jahren beziehen und damit dem der Richtlinie entsprechen.

Gemäß seinem Art. 75 Abs. 1 steht das Übereinkommen von Istanbul auch der Europäischen Union zum Beitritt offen. Im März 2016 hat die Kommission den Vorschlag für einen Beschluss des Rates über die Unterzeichnung und den Abschluss des Übereinkommens im Namen der Europäischen Union auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 2 und Art. 84 AEUV vorgelegt.¹⁸² Aufgrund der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten sollte der Beitritt zum gesamten Übereinkommen sowohl durch die Union als auch durch die Mitgliedstaaten erfolgen. Da die für den endgültigen Abschluss erforderliche qualifizierte Mehrheit im Rat aber nicht erreicht werden konnte, sollte der Abschluss auf jene Aspekte beschränkt werden, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen. Davon ausgehend hat der Rat im Mai 2017 zwei gesonderte Beschlüsse über die Unterzeichnung des Übereinkommens angenommen. Dabei wurde der eine in Bezug auf Aspekte des Asyls und des Zurückweisungsverbots auf Art. 78 Abs. 2 AEUV gestützt, der andere in Bezug auf Aspekte der justiziellen Zusammenarbeit

177 Abl. L 338 v. 21.12.2011, S. 2.

178 Abl. L 18 v. 29.06.2013 1, S. 4.

179 SEV Nr. 210.

180 COM(2022) 105 final, S. 3.

181 Art. 3 lit. f Übereinkommen v. Istanbul.

182 COM(2016) 111 final und COM(2016) 109 final.

in Strafsachen auf Art. 82 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 1 AEUV.¹⁸³ Im Juli 2019 hat das Europäische Parlament dann ein Gutachten des Gerichtshofs nach Art. 218 Abs. 11 AEUV beantragt. In diesem hat der Gerichtshof festgestellt, dass es mit den Verträgen grundsätzlich vereinbar ist, wenn der Rat vor der Annahme des Beschlusses über den Abschluss des Übereinkommens von Istanbul die „einstimmige Entscheidung“ der Mitgliedstaaten, in den in ihre Zuständigkeit fallenden Bereichen an das Übereinkommen gebunden zu sein, abwartet. Der Abschluss des Übereinkommens darf aber nicht in dem Sinn von der „einstimmigen Entscheidung“ der Mitgliedstaaten abhängig gemacht werden, als dem Verfahren in Art. 218 AEUV ein zusätzlicher Schritt hinzugefügt wird.¹⁸⁴ Zur Aufspaltung des Rechtsakts über den Abschluss des Übereinkommens in zwei gesonderte Beschlüsse hat der Gerichtshof entschieden, dass dies nur dann gerechtfertigt ist, wenn damit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass sich Irland oder Dänemark nicht in ihrer Gesamtheit an den Maßnahmen zum Abschluss der Übereinkunft beteiligt, die in den Anwendungsbereich der Protokolle Nr. 21 und Nr. 22 fallen.¹⁸⁵ Dem Gutachten entsprechend hat der Rat dann im Juni 2023 einen einzigen, auf Art. 82 Abs. 2, Art. 84 und Art. 78 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 218 Abs. 6 AEUV gestützten Beschluss über den Abschluss des Übereinkommens von Istanbul im Namen der Europäischen Union angenommen.¹⁸⁶ Die Genehmigung des Übereinkommens ist gemäß Art. 1 des Beschlusses auf diejenigen Aspekte beschränkt, für die Union ausschließlich zuständig ist.

V. Rechte von Kindern als Opfer von Straftaten

1. Rahmenbeschluss 2001/220/JI über die Stellung des Opfers im Strafverfahren

Der vom Rat aufgrund von Art. 31 und Art. 34 Abs. 2 EUV (Amsterdam) angenommene Rahmenbeschluss 2001/220/JI enthält Vorgaben in Bezug auf die Rechte von Opfern in Strafverfahren, einschließlich der Rechte auf Schutz und Entschädigung.

183 Beschluss (EU) 2017/866 über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt in Bezug auf Asyl und das Verbot der Zurückweisung, Abl. L 131 v. 20.05.2017, S. 13. Beschluss (EU) 2017/865 über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt in Bezug auf Aspekte, die die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen betreffen, Abl. L 131 v. 20.05.2017, S. 11. Die Kommission zählt die Unterstützung zur Vollendung des Beitritts in ihrer Kinderrechtsstrategie jedenfalls zu den „Schlüsselmaßnahmen“ im Bereich des Schutzes von Kindern vor Gewalt; COM(2021) 142 final, S. 14.

184 EuGH, Gutachten 1/19 v. 6. Oktober 2021, *Übereinkommen v. Istanbul*, ECLI:EU:C:2021:832, Rn. 274.

185 EuGH, Gutachten 1/19 v. 6. Oktober 2021, *Übereinkommen v. Istanbul*, ECLI:EU:C:2021:832, Rn. 337.

186 Beschluss (EU) 2023/1076 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Union – des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt in Bezug auf Aspekte, die die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, Asyl und das Verbot der Zurückweisung betreffen, Abl. L 143I v. 02.06.2023, S. 4.

Die Mitgliedstaaten wurden dazu verpflichtet, sich „nach Kräften“ darum zu bemühen, die Opfer während des Verfahrens mit gebührender Achtung ihrer persönlichen Würde zu behandeln und ihre berechtigten Interessen anzuerkennen.¹⁸⁷ Die besondere Vulnerabilität von Kindern wurde im Rahmenbeschluss 2001/220/JI zwar nicht eigens berücksichtigt, in Art. 2 Abs. 2 war aber die Kategorie der „besonders gefährdeten Opfer“ vorgesehen. Es war an den Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass diese „eine ihrer Situation am besten entsprechende spezifische Behandlung erfahren“. Außerdem mussten gemäß Art. 8 Abs. 4 Rahmenbeschluss 2001/220/JI insbesondere die „am meisten“ gefährdeten Opfer vor den Folgen ihrer Zeugenaussage in öffentlichen Verhandlungen geschützt werden. Ihnen war es – vorbehaltlich der Vereinbarkeit mit den Grundprinzipien der nationalen Rechtsordnung – aufgrund gerichtlicher Entscheidung zu gestatten, unter entsprechenden Bedingungen auszusagen. Da der Rahmenbeschluss darüber hinaus keine spezifischen Vorgaben in Bezug auf die Modalitäten der besonderen Behandlung dieser Opfergruppe enthielt, kam den Mitgliedstaaten diesbezüglich ein weites Ermessen zu.¹⁸⁸

Generalanwalt *Cruz Villalón* ging davon aus, dass der Rahmenbeschluss die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, „eine unterschiedliche Behandlung zugunsten besonders gefährdeter Opfer vorzusehen und jede Maßnahme zu vermeiden, die zu einer willkürlichen Gleichstellung führt und nicht auf die besondere Situation abstellt, der sie ausgesetzt sind“. Seiner Meinung nach gilt also ein höherer Schutzstandard, wenn besonders gefährdete Opfer betroffen sind.¹⁸⁹ Der Gerichtshof hat sodann festgestellt, dass ein nationales Gericht die Möglichkeit haben muss, bei besonders gefährdeten Opfern ein spezielles Verfahren sowie besondere Aussagemodalitäten anzuwenden, „wenn dieses Verfahren der Situation dieser Opfer am besten entspricht und geboten ist, um den Verlust von Beweismitteln zu verhindern, wiederholte Befragungen auf ein Minimum zu reduzieren“ und um nachteilige Folgen für diese Opfer aufgrund der Aussage in einer öffentlichen Verhandlung zu verhindern.¹⁹⁰ Im Zusammenhang mit einem minderjährigen und besonders gefährdeten Opfer hat er entschieden, dass die Mitgliedstaaten ihren Ermessensspielraum nicht überschreiten, wenn die Staatsanwaltschaft nach dem nationalen Recht in der Ermittlungsphase des Strafverfahrens nicht beim Gericht beantragen muss, eine besonders gefährdete Person nach den Modalitäten des Beweissicherungsverfahrens anzuhören und aussagen zu lassen. Dies gilt auch, wenn es den besonders gefährdeten Opfern nicht möglich ist, die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Ablehnung des Antrags auf Anhörung und Aussage nach den genannten Modalitäten gerichtlich zu bekämpfen.¹⁹¹

187 Art. 2 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2001/220/JI.

188 Siehe EuGH, Rs. C-507/10, *X*, Urteil v. 21. Dezember 2011, ECLI:EU:C:2011:873, Rn. 28 mit weiteren Nachweisen.

189 Siehe dazu Schlussanträge GA *Cruz Villalón*, Rs. C-507/10, *X*, ECLI:EU:C:2011:682, Rn. 35.

190 EuGH, Rs. C-507/10, *X*, Urteil v. 21. Dezember 2011, ECLI:EU:C:2011:873, Rn. 30; EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Urteil v. 16. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:386, Rn. 56.

191 EuGH, Rs. C-507/10, *X*, Urteil v. 21. Dezember 2011, ECLI:EU:C:2011:873, Rn. 36 und 44.

Wann ein Opfer als besonders gefährdet galt, war dem Rahmenbeschluss 2001/220/JI nicht zu entnehmen. Portugal hatte zwar ursprünglich vorgeschlagen, in Art. 2. Abs. 2 und Art. 8 Abs. 4 Rahmenbeschluss auf das Alter der Opfer Bezug zu nehmen.¹⁹² Die letztlich angenommene Fassung des Rahmenbeschlusses enthielt allerdings keinerlei Hinweise auf eine besondere Gefährdung von Opfern im Kindesalter. Die besondere Gefährdung bestimmter Opfer ergab sich jedoch aus anderen Unionsrechtsakten. So waren Kinder, die Opfer der in der RL 2011/93 vorgesehenen Straftaten waren, nach dieser Richtlinie ausdrücklich als besonders gefährdete Opfer im Sinn des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI zu qualifizieren.¹⁹³ Auch nach Art. 7 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2002/629/JI zur Bekämpfung des Menschenhandels sollten Kinder, die Opfer von Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft oder zum Zweck der sexuellen Ausbeutung waren, als besonders gefährdete Opfer im Sinn des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI betrachtet werden.¹⁹⁴

Abgesehen davon war aber unklar, anhand welcher Kriterien eine besondere Gefährdung zu ermitteln war. In der Rs. *Pupino*¹⁹⁵ stellte sich diese Frage in Bezug auf Kleinkinder. Eine Kindergärtnerin wurde beschuldigt, Delikte des „Missbrauchs disziplinarischer Mittel“ im Sinn des italienischen *Codice penale* an ihr anvertrauten unter fünfjährigen Kindern begangen zu haben, indem sie sie unter anderem regelmäßig geschlagen, mit dem Zukleben des Mundes mit Pflastern gedroht und am Toilettenbesuch gehindert haben soll.¹⁹⁶ Im Zuge des Strafverfahrens wurde dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob Art. 2, 3 und 8 Abs. 4 Rahmenbeschluss 2001/220/JI so auszulegen sind, dass ein nationales Gericht die Möglichkeit haben muss, es Kleinkindern, die angeben, misshandelt worden zu sein, zu erlauben, außerhalb der öffentlichen Gerichtsverhandlung und vor deren Durchführung unter Bedingungen auszusagen, die ihnen einen angemessenen Schutz bieten.¹⁹⁷ Es war also unklar, ob Kinder grundsätzlich als besonders gefährdete Opfer einzustufen waren, oder ob die Gefährdung anhand der Umstände des Einzelfalls, unter anderem des Alters und der verübten Straftat, zu beurteilen war.¹⁹⁸ Die Generalanwältin hat sich in ihren Schlussanträgen dafür ausgesprochen, Kinder „in der Regel [...] als besonders gefährdet anzusehen, wenn sie Opfer von Straftaten wurden“.¹⁹⁹ Den Verzicht auf eine Konkretisierung des Begriffs der besonders gefährdeten Opfer hat sie damit erklärt, dass eine besondere Gefährdung verschiedene Ursachen haben kann,

192 Initiative der Portugiesischen Republik im Hinblick auf die Annahme eines Rahmenbeschlusses über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (Art. 2 Abs. 2), Abl. C 243 v. 24.08.2000, S. 4. Siehe dazu *Europäisches Parlament*, Legislative Entschließung v. 12.12.2000, A5-0355/2000, Abl. C 232 v. 17.08.2001, S. 65 und 68.

193 Art. 19 Abs. 4 RL 2011/93.

194 Art. 4 Abs. 2 lit. a der nunmehr in Geltung stehenden Menschenhandels-RL bestimmt hingegen, dass Opfer im Kindesalter als „besonders schutzbedürftig“ einzustufen sind.

195 EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Urteil v. 16. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:386, Rn. 34 ff. Siehe dazu u.a. *Schönberger*, ZaöRV 2007/4, S. 1108 ff.; *Spaventa*, EuCLR. 2007/1, S. 5.

196 EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Urteil v. 16. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:386, Rn. 1.

197 EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Urteil v. 16. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:386, Rn. 50.

198 Siehe Schlussanträge GAⁱⁿ *Kokott*, Rs. C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2004:712, Rn. 53.

199 Schlussanträge GAⁱⁿ *Kokott*, Rs. C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2004:712, Rn. 58 f.

die sich nur schwer in einer Definition zusammenfassen lassen. In Bezug auf Kinder hätten die Mitgliedstaaten aber eine besondere Schutzbedürftigkeit auf internationaler Ebene anerkannt. Die Generalanwältin hat diesbezüglich unter anderem auf Art. 25 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (1948),²⁰⁰ Art. 24 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (1966),²⁰¹ die Kinderrechtskonvention und insbesondere deren Art. 3 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 1 sowie auf Art. 24 der (zu diesem Zeitpunkt noch nicht verbindlichen) Charta der Grundrechte der EU verwiesen.²⁰²

Auch der Gerichtshof hat die in der Rs. *Pupino* betroffenen Kleinkinder als besonders gefährdete Opfer im Sinn des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI eingestuft. Er hat dies allerdings mit den Umständen des Einzelfalls begründet, wobei er unter anderem das Alter der Kinder und das Wesen sowie die Folgen der Straftaten berücksichtigt hat.²⁰³ Das zuständige nationale Gericht muss die Möglichkeit haben, Kleinkindern die Aussage unter Modalitäten zu erlauben, die ihnen angemessenen Schutz bieten. Der Gerichtshof hat außerdem festgestellt, dass sich das nationale Gericht vergewissern muss, dass die Grundrechte, und insbesondere das in Art. 6 EMRK vorgesehene Recht auf ein faires Verfahren in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, gewahrt werden.²⁰⁴

Das vorliegende nationale Gericht hat sich später erneut mit einer Frage zur Anwendung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI auf Minderjährige an den Gerichtshof gewandt. Die Rs. *X* betraf ein Kleinkind, das behauptete, mehrfach Opfer sexueller Handlungen des Vaters geworden zu sein. Der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen ausgeführt, dass „keine Zweifel“ bei der Einstufung von minderjährigen Opfern als besonders gefährdet bestünden. Der Gerichtshof habe dies nämlich in seinem Urteil in der Rs. *Pupino* festgestellt, indem er die detaillierte Argumentation der Generalanwältin übernommen habe.²⁰⁵ Diese Schlussfolgerung des Generalanwalts überzeugt jedoch nicht. Zum einen findet sich im Urteil in der Rs. *Pupino* keine Bezugnahme auf die Ausführungen der Generalanwältin zur besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern. Zum anderen hat sich der Gerichtshof offenbar bewusst nicht festgelegt, ob die Opfer allein aufgrund ihrer Minderjährigkeit als besonders gefährdet im Sinn des Rahmenbeschlusses gelten. Die Randnummer des Urteils in der Rs. *Pupino*, auf die der Generalanwalt seine Schlussfolgerung gestützt hat, lautet wie folgt:

„Im Rahmenbeschluss wird der Begriff der Gefährdung des Opfers im Sinne der Artikel 2 Absatz 2 und 8 Absatz 4 nicht definiert. Unabhängig von der Frage, ob der Umstand, dass das Opfer einer Straftat minderjährig ist, im Allgemeinen ausreicht, um ein solches Opfer als besonders gefährdet im Sinne des Rahmenbeschlusses einzustufen, kann nicht bestritten werden, dass Kleinkinder, die wie im Ausgangsverfahren

200 Generalversammlung der VN, 10.12.1948, A/RES/217 A (III).

201 999 UNTS, 171.

202 Schlussanträge GAⁱⁿ *Kokott*, Rs. C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2004:712, Rn. 55 ff.

203 EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Urteil v. 16. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:386, Rn. 53.

204 EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Urteil v. 16. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:386, Rn. 60 f.

205 Schlussanträge GA *Cruz Villalón*, Rs. C-507/10, *X*, ECLI:EU:C:2011:682, Rn. 36.

behaupten, dass sie – zumal von einer Kindergärtnerin – misshandelt worden seien, insbesondere im Hinblick auf ihr Alter sowie auf das Wesen und die Folgen der Straftaten, deren Opfer sie geworden zu sein glauben, in einer Weise einzustufen sind, damit sie den durch die genannten Bestimmungen des Rahmenbeschlusses geforderten speziellen Schutz genießen.“²⁰⁶

Seinen Ausführungen in diesem Urteil entsprechend hat der Gerichtshof auch das in der Rs. X betroffene Kind nicht allein aufgrund seines Alters als besonders gefährdetes Opfer eingestuft, sondern weitere Umstände des Einzelfalls in die Beurteilung miteinbezogen: Es „kann nicht bestritten werden, dass ein Kleinkind, wenn es [...] behauptet, mehrfach Opfer von sexuellen Handlungen seines Vaters geworden zu sein, insbesondere im Hinblick auf sein Alter sowie auf das Wesen, die Schwere und die Folgen der Straftaten [...] offensichtlich in einer Weise einzustufen ist, damit es den in den genannten Bestimmungen des Rahmenbeschlusses geforderten speziellen Schutz genießt“.²⁰⁷ Anstatt also Minderjährige prinzipiell als besonders gefährdete Opfer im Sinn des Rahmenbeschlusses zu qualifizieren, hat der Gerichtshof die diesbezügliche Beurteilung einmal mehr anhand der individuellen Umstände des Einzelfalls vorgenommen. Das Alter der Opfer war einer von mehreren Gesichtspunkten, die er dabei berücksichtigt hat.

2. Opferschutz-RL 2012/29

Da die Ziele des Rahmenbeschlusses 2011/220/JI nach Auffassung der Kommission nicht vollständig umgesetzt werden konnten, hat sie im Mai 2011 den Vorschlag für eine Richtlinie über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe vorgelegt.²⁰⁸ Die in weiterer Folge auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 2 AEUV angenommene Opferschutz-RL²⁰⁹ gibt Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern vor und ersetzt den Rahmenbeschluss 2001/220/JI. Die Rechte von Opfern im Kindesalter wurden damit – im Vergleich zur alten Rechtslage nach dem Rahmenbeschluss 2001/220/JI – jedenfalls gestärkt. Als Kinder im Sinn der Opferschutz-RL gelten gemäß ihrem Art. 2 Ziff. 2 lit c Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Die Opferschutz-RL enthält unter anderem Regelungen in Bezug auf Informationsrechte, das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzung sowie auf Zugang zu bestimmten Unterstützungsleistungen. Der besonderen Vulnerabilität von Kindern trägt die Richtlinie insofern Rechnung, als die Mitgliedstaaten das Kindeswohl – das individuell zu prüfen ist – bei der Anwendung der Richtlinie in den Mittel-

206 EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Urteil v. 16. Juni 2005, ECLI:EU:C:2005:386, Rn. 53 (Hervorhebung durch die Verfasserin).

207 EuGH, Rs. C-507/10, X, Urteil v. 21. Dezember 2011, ECLI:EU:C:2011:873, Rn. 26.

208 COM(2011) 275 endg, S. 1.

209 Siehe dazu *Europäisches Parlament*, Entschließung v. 30.05.2018 zur Umsetzung der RL 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten, Abl. C 76 v. 09.03.2020, S. 114.

punkt stellen müssen. Es ist eine kindgerechte Vorgehensweise zu wählen, bei der das Alter, die Reife sowie die Ansichten, Bedürfnisse und Sorgen der Kinder gebührend berücksichtigt werden. Außerdem müssen die Kinder und gegebenenfalls deren Vertreter:innen über sämtliche Maßnahmen und Rechte informiert werden, die besonders auf die Kinder ausgerichtet sind.²¹⁰

Die Kategorie der „besonders gefährdeten Opfer“, wie sie noch im Rahmenbeschluss 2001/220/JI vorgesehen war, kennt die Opferschutz-RL nicht mehr.²¹¹ Die Mitgliedstaaten müssen vielmehr gemäß Art. 22 Opferschutz-RL dafür sorgen, dass eine individuelle Begutachtung der Opfer zur Ermittlung besonderer Schutzbedürfnisse erfolgt. Opfer im Kindesalter gelten dabei grundsätzlich als „Opfer mit besonderen Schutzbedürfnissen“, weil bei ihnen „die Gefahr der sekundären und wiederholten Viktimisierung, der Einschüchterung und der Vergeltung besteht“. Der besondere Schutzanspruch dieser Opfer während des Strafverfahrens besteht unter anderem darin, dass sie in zweckmäßigen Räumlichkeiten oder – wenn es sich um Opfer sexueller Gewalt, geschlechtsbezogener Gewalt oder um Gewalt in engen Beziehungen handelt und es gewünscht wird – von Personen des gleichen Geschlechts vernommen werden. Auch die Vermeidung unnötiger Befragungen zum Privatleben und die Verhinderung von Blickkontakt zwischen Opfern und Täter:innen sowie die Möglichkeit, die Öffentlichkeit von der Verhandlung auszuschließen, zählen dazu.²¹²

Zusätzlich zum allgemeinen Schutzanspruch für Opfer mit besonderen Schutzbedürfnissen haben Kinder gemäß Art. 24 Opferschutz-RL Anspruch auf einen weitergehenden Schutz. Dabei sind Opfer, deren Alter nicht festgestellt werden kann, für die Zwecke der Opferschutz-RL als Kinder zu betrachten, wenn es Grund zur Annahme gibt, dass es sich um ein solches handelt. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass sämtliche Vernehmungen von Kindern audiovisuell aufgezeichnet und die Aufzeichnungen als Beweismittel im Strafverfahren verwendet werden können. Zudem sind die zuständigen Behörden bei strafrechtlichen Ermittlungen und Verfahren im Einklang mit dem nationalen Recht verpflichtet, besondere Vertreter:innen für Opfer im Kindesalter zu bestellen, wenn es sich um unbegleitete oder von ihrer Familie getrennte Opfer handelt, oder die Träger:innen des elterlichen Sorgerechts die Vertretung aufgrund eines Interessenskonflikts nach dem nationalen Recht nicht übernehmen dürfen. Schließlich haben Opfer im Kindesalter, die das Recht auf Rechtsanwält:innen haben, Anspruch auf rechtlichen Rat und rechtliche Vertretung in ihrem eigenen Namen, wenn es in einem Verfahren Interessenskonflikte zwischen den Opfern und den Träger:innen des elterlichen Sorgerechts geben (könnte).

210 Art. 1 Abs. 2 Opferschutz-RL.

211 Die Bezugnahme auf den Rahmenbeschluss 2001/220/JI in Art. 19 Abs. 4 RL 2011/93 wurde allerdings noch nicht gestrichen.

212 Art. 23 Opferschutz-RL.

3. Zusätzliche Schutzmaßnahmen für Opfer bestimmter Straftaten

Für Opfer besonders schwerer Straftaten wurde ein noch qualifizierteres Schutzregime etabliert. Dazu wurden die Bestimmungen der Opferschutz-RL durch zusätzliche Vorgaben in der Menschenhandels-RL, der RL 2011/93 und der RL 2024/1385 ergänzt. Für Kinder, die von Menschenhandel, sexuellem Missbrauch, sexueller Ausbeutung, Kinderpornographie und häuslicher Gewalt betroffen sind, gelten also besondere Regelungen, die sich zum Teil mit den in der Opferschutz-RL vorgesehenen überschneiden. Für Opfer von Menschenhandel sind in Art. 12 Menschenhandels-RL verschiedene Schutzmaßnahmen bei Strafermittlungen und in Strafverfahren vorgesehen. Nach Maßgabe der persönlichen Umstände muss beispielsweise die nicht erforderliche Wiederholung von Vernehmungen, der Sichtkontakt zwischen Opfern und Beschuldigten oder das Stellen nicht erforderlicher Fragen zum Privatleben vermieden werden. Neben allgemeinen Vorgaben zur Unterstützung und Betreuung, sind in Art. 15 Menschenhandels-RL spezifische Schutzmaßnahmen vorgesehen, wenn die Opfer von Menschenhandel Kinder sind. Entsprechende Regelungen gelten nach Art. 20 RL 2011/93 in Bezug auf Kinder, die Opfer von Straftaten im Zusammenhang mit sexuellem Missbrauch, sexueller Ausbeutung oder Kinderpornografie sind. Demnach müssen Vertreter:innen der Kinder für die strafrechtlichen Ermittlungen und das Verfahren benannt werden, wenn sie die Träger:innen der elterlichen Verantwortung nach dem nationalen Recht aufgrund eines Interessenskonflikts im Strafverfahren nicht vertreten dürfen. Sie haben Anspruch auf unverzüglichen Zugang zu unentgeltlicher Rechtberatung und rechtlicher Vertretung, wenn sie nicht über ausreichende Mittel verfügen. Es ist außerdem zu beachten, dass Kinder ohne ungerechtfertigte Verzögerungen zu vernehmen sind, sobald ein Sachverhalt bei den Behörden gemeldet wird. Die Vernehmungen von Kindern müssen auf ein Mindestmaß reduziert, in für diesen Zweck ausgestatteten Räumen vorgenommen und erforderlichenfalls von speziell ausgebildeten Fachleuten und – wenn möglich – stets von denselben Personen durchgeführt werden. Schließlich sind die Vernehmungen der Kinder auf audiovisuellen Trägern aufzuzeichnen. Im Einklang mit dem nationalen Recht dürfen die Aufzeichnungen als Beweismaterial in Gerichtsverfahren verwendet werden. Schließlich haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die Vernehmungen auf Anordnung gegebenenfalls unter Ausschluss der Öffentlichkeit beziehungsweise ohne Anwesenheit der Kinder im Gerichtssaal stattfinden.²¹³

Für Kinder, die Opfer von Gewalt gegen Frauen, häuslicher Gewalt oder Zeug:innen derartiger Gewalt sind, sind in der RL 2024/1385 ergänzende Unterstützungs- und Schutzmaßnahmen vorgesehen. Dazu zählt die individuelle Begutachtung, um den besonderen Schutzbedarf frühestmöglich ermitteln zu können. Dabei steht die von den Täter:innen beziehungsweise den Verdächtigen ausgehende Gefahr im Mittelpunkt. Diese kann eine wiederholte Gewaltanwendung, körperliche oder psychische Schäden, Kindesmissbrauch, psychische Probleme oder Stalking-

213 Siehe Art. 15 Menschenhandels-RL und Art. 20 RL 2011/93.

verhalten umfassen. Die nationalen Behörden sind verpflichtet, angemessene Schutzmaßnahmen zu ergreifen, wie Eilschutzanordnungen und Kontakt- und Näherungsverbote.²¹⁴ Opfer im Kindesalter können bei Bedarf auch ohne vorherige Zustimmung der Träger:innen der elterlichen Verantwortung an Unterstützungsdienste vermittelt werden.²¹⁵ Gemäß Art. 21 RL 2024/1385 können die Mitgliedstaaten Leitlinien für Strafverfolgungsbehörden und Staatsanwaltschaften herausgeben, und zwar mit Hinweisen zur möglichst trauma- und geschlechtersensiblen sowie kindgerechten Behandlung von Opfern, zur Sicherstellung des Rechts von Kindern auf rechtliches Gehör und zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls. Im Bereich der Opferhilfe ist etwa die kindgerechte Durchführung medizinischer und forensischer Untersuchungen für Opfer sexueller Gewalt vorgesehen.²¹⁶ Opfer von Genitalverstümmelung müssen wirksam, altersgerecht und leicht zugänglich unterstützt werden, unter anderem durch Bereitstellung gynäkologischer, sexualmedizinischer, psychologischer und traumabezogener Hilfe und Beratung.²¹⁷ In Fällen, in denen die vorübergehende Unterbringung der Kinder erforderlich ist, müssen sie vorrangig mit anderen Familienangehörigen untergebracht werden.²¹⁸ Um die Sicherheit von Kindern zu gewährleisten, müssen sichere Orte für den sicheren Kontakt zwischen den Kindern und den (möglicherweise) gewalttätigen umgangsberechtigten Träger:innen elterlicher Verantwortung unterhalten werden. Die Mitgliedstaaten haben dabei für eine Aufsicht durch geschulte Fachkräfte zu sorgen, sofern dies angemessen und dem Wohl der Kinder dienlich ist.²¹⁹

D. Schlussfolgerungen

Im Zuge der zahlreichen Vertragsänderungen, vor allem aber durch den Vertrag von Lissabon, hat sich aus der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen heraus mittlerweile ein weitreichendes Schutzregime für Kinderrechte auf Unionsebene herausgebildet. Ein eigener Politikbereich mit spezifischen Handlungskompetenzen der Union im Bereich der Kinderrechte existiert aber bis heute nicht. Der Schutz der Rechte von Kindern zählt allerdings inzwischen ausdrücklich zu den im Primärrecht vorgesehenen Zielen der Union, und zwar sowohl unionsintern als auch im Verhältnis zu Drittstaaten und internationalen Organisationen. In seiner internen Dimension ist er insbesondere bei der Verwirklichung des RFSR von Bedeutung. Durch die Eingliederung in das supranationale Rechtsregime als Teil des RFSR wurde die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen maßgeblich gestärkt. So erstreckt sich die Zuständigkeit des Gerichtshofs nunmehr grundsätzlich auch auf diesen Bereich und beim Erlass von abgeleitetem Unionsrecht muss auf die in Art. 288 AEUV genannten Rechtsaktformen zurückgegriffen werden. Dabei ist vor allem die Richt-

214 Art. 16 (in Verbindung mit Art. 19) RL 2024/1385.

215 Art. 18 Abs. 3 RL 2024/1385.

216 Art. 26 RL 2024/1385.

217 Art. 27 RL 2024/1385.

218 Art. 31 RL 2024/1385.

219 Art. 32 RL 2024/1385.

linie von Bedeutung, deren Umsetzung in nationales Recht von der Kommission überwacht wird. Außerdem können Einzelne von ihrer (potenziell) unmittelbaren Wirkung profitieren. Ein effizienteres Vorgehen der Union im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wird schließlich auch durch die Einführung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und damit verbunden dem Abgehen vom Einstimmigkeitsprinzip ermöglicht.

Während in der Vorgängerbestimmung zu Art. 83 Abs. 1 AEUV im EU-Vertrag (Nizza) noch allgemein von „Straftaten gegenüber Kindern“ die Rede war, werden Kinder heute ausdrücklich im Zusammenhang mit dem Menschenhandel und der sexuellen Ausbeutung genannt. Die Voraussetzung, dass die Kriminalitätsbereiche eine grenzüberschreitende Dimension aufweisen müssen, war damals nicht vorgesehen – sie wurde erst mit dem Vertrag von Lissabon in die Verträge aufgenommen. Auf den ersten Blick könnte man darin zwar eine Einschränkung der Unionskompetenz sehen, es hat sich aber gezeigt, dass der Unionsgesetzgeber gewillt ist, dem Schutz von Kindern auch im Zusammenhang mit den anderen Kriminalitätsbereichen in Art. 83 Abs. 1 AEUV Rechnung zu tragen. Zudem ist die Voraussetzung der grenzüberschreitenden Dimension weit zu verstehen: dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV entsprechend, reicht es bereits aus, wenn die Notwendigkeit der Bekämpfung einer Kriminalitätsform auf gemeinsamer Grundlage gegeben ist. Angesichts der rasenden technologischen Entwicklungen steht es außer Frage, dass diese Notwendigkeit künftig zunehmen wird, wobei dem in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannten Bereich der Computerkriminalität eine zentrale Rolle zufallen dürfte. Die Herausforderung besteht also letztlich darin, der Union die Möglichkeit zu geben, den dynamischen Entwicklungen in der Kriminalität durch die Annahme zweifelsfrei erforderlicher Maßnahmen auf supranationaler Ebene zu begegnen. Gleichzeitig muss den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit, der Subsidiarität und der begrenzten Ermächtigung entsprochen werden. Dass sich hier ein Spannungsfeld aufbaut, zeigt sich am Beispiel der RL 2024/1385 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, in der Straftatbestände definiert sind, die typischerweise im Familienkreis – und damit in aller Regel nicht grenzüberschreitend – verübt werden.

Unter Rückgriff auf die Kompetenzbestimmungen in Art. 82 und Art. 83 AEUV sowie den Vorgängerbestimmungen ist der Unionsrechtsetzer bereits mehrfach tätig geworden. Dabei hat sich inzwischen ein unionsautonomer Kindsbegriff herausgebildet, der dem der Kinderrechtskonvention entspricht. Kinder sind demnach Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Bei Opfern von Straftaten ist das Alter zum Zeitpunkt der Begehung für die Einstufung als Kind maßgeblich. Dies gilt nach der RL 2016/800 grundsätzlich auch für Kinder, die Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren sind, und darüber hinaus für Personen, die bei Verfahrensbeginn noch Kinder waren und erst im Verlauf des Verfahrens das 18. Lebensjahr vollenden. In letzterem Fall ist allerdings entscheidend, ob die Anwendung der Richtlinie nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls, einschließlich der Schutzbedürftigkeit und des Reifegrads der Betroffenen, angemessen ist. Wie der Gerichtshof entschieden hat, ist dies anhand sämtlicher Umstände im Einzelfall zu

beurteilen. Zu begrüßen ist, dass Personen, deren Alter nicht festgestellt werden kann, aber Gründe für die Annahme vorliegen, dass es sich um Kinder handelt, nach der Menschenhandels-RL, der RL 2011/93, der Opferschutz-RL und auch der RL 2016/800 als Kinder einzustufen sind. Für Personen, die Opfer von Gewalt gegen Frauen und/oder häuslicher Gewalt sind, ist in der RL 2024/1385 hingegen keine vergleichbare Regelung vorgesehen.

Im Hinblick auf die Unionsrechtsakte zur Bekämpfung des Menschenhandels fällt auf, dass diese ursprünglich exklusiv der Situation von Kindern gewidmet waren, während Kinder heute im Rahmen einzelner Bestimmungen der auch für Erwachsene relevanten Menschenhandels-RL berücksichtigt werden.²²⁰ Im Zusammenhang mit der Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie ist hingegen auch heute die ausschließlich Kinder betreffende RL 2011/93 relevant. Im Vergleich zu den Vorgängerrechtsakten sind die in den beiden Richtlinien definierten Straftatbestände konkreter definiert und dienen nicht mehr nur – wie noch die in der Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI betreffend die Bekämpfung des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Kindern vorgesehenen – als „Richtschnur“ für die Mitgliedstaaten. Außerdem müssen Letztere dafür sorgen, dass die in den beiden Richtlinien enthaltenen Straftaten mit höheren Mindesthöchststrafen bedroht sind. All dies führt im Ergebnis zu einheitlicheren und stringenteren Vorgaben in den Mitgliedstaaten und damit zu einer effektiveren Bekämpfung der unionsrechtlich geregelten Kriminalitätsformen. Die Aufnahme von Regelungen zum Monitoring von bereits verurteilten Täter:innen in die beiden Richtlinien könnte zu einem noch verstärkten Schutz der Kinder beitragen.

Im Unionsrecht nur unzureichend berücksichtigt wird das im Verhältnis zu Menschenhandel, sexuellem Missbrauch und Kinderpornografie jüngere Phänomen der Anwerbung und Ausbildung von Kindern zu terroristischen Zwecken. So fehlen in der Terrorismus-RL Schutzmaßnahmen für Kinder, die mit den in der Menschenhandels-RL oder der RL 2011/93 vorgesehenen vergleichbar sind. Auch das *Grooming* zu terroristischen Zwecken ist in der Terrorismus-RL nicht als Straftatbestand geregelt. Dass das Problem unterschätzt wird, zeigt sich schließlich auch daran, dass es nach der Terrorismus-RL von den nationalen Gerichten nicht zwingend als erschwerender Umstand gewertet werden muss, wenn eine in der Richtlinie vorgesehene Straftat auf Kinder gerichtet ist. Im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen oder häuslicher Gewalt ist die weite Fassung des Opferbegriffs zu begrüßen: Kinder gelten ausdrücklich auch dann als Opfer nach der RL 2024/1385, wenn sie selbst zwar nicht physisch von der Gewalt betroffen sind, aber einen Schaden erlitten haben, weil sie Zeug:innen von häuslicher Gewalt geworden sind. Positiv hervorzuheben ist zudem, dass die Rechte von Kindern,

220 So die Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI betreffend die Bekämpfung des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Kindern, die mit dem Rahmenbeschluss 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie und letztlich mit der – nicht mehr ausschließlich für Kinder relevanten – Menschenhandels-RL ersetzt wurde.

die Opfer von Straftaten geworden sind, mit der Opferschutz-RL konsolidiert und gestärkt wurden. Die noch im Rahmenbeschluss 2001/220/JI vorgesehene und unscharfe Kategorie der „besonders gefährdeten Opfer“ wurde mit der Opferschutz-RL nicht übernommen. Stattdessen muss eine individuelle Begutachtung vorgenommen werden, um die besonderen Schutzbedürfnisse der Betroffenen zu ermitteln. Darauf aufbauend genießen Kinder einen noch weitergehenden Schutz. Sind sie Opfer von Menschenhandel, sexueller Ausbeutung, Kinderpornographie, Gewalt gegen Frauen und/oder häuslicher Gewalt, dann sind darüber hinaus die ergänzenden Opferschutzvorgaben der einschlägigen Richtlinien zu beachten. Letztere stimmen allerdings in Teilen mit den in der Opferschutz-RL vorgesehenen überein.

Der Schutz der Rechte von Kindern im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wirkt sich auch auf andere Politikbereiche aus. Der Unionsgesetzgeber verfolgt hier einen kohärenten Ansatz, indem er die Vorgaben im Bereich des RFSR und die Rechtsakte in anderen Politikbereichen miteinander verzahnt. Beispielfhaft sei hier auf den *Digital Services Act* und die *TCO*-Verordnung verwiesen, die beide auf der Grundlage der in Art. 114 AEUV verankerten Harmonisierungskompetenz angenommen wurden. In diesem Zusammenhang bleibt abzuwarten, in welcher Form der umstrittene Vorschlag für eine Verordnung zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs letztlich verabschiedet werden wird. Auch der Gerichtshof trägt der Schwere der Straftaten in Art. 83 Abs. 1 AEUV über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen hinaus Rechnung, wie etwa im Zusammenhang mit möglichen Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte oder mit der Vorratsdatenspeicherung bedingten Grundrechtseingriffen.²²¹

Die Bilanz des Außenhandelns der Union im hier interessierenden Bereich fällt hingegen gemischt aus. Zwar stehen der Union die meisten einschlägigen völkerrechtlichen Übereinkommen zum Beitritt offen. Während sie diese Möglichkeit etwa im Zusammenhang mit der Palermo Konvention und dem Palermo Protokoll im Bereich des Menschenhandels genutzt hat, werden die wesentlichen Vorgaben der Lanzarote Konvention zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch durch die RL 2011/93 im Unionsrecht wirksam. Aus diesem Grund wird kein Beitritt der Union zur Konvention angestrebt. Dabei wird erkannt, dass es sich bei den genannten Straftaten nicht um nationale oder unionale, sondern um globale Phänomene handelt. Die Einbindung der Union in einschlägige internationale Vertragsregime ist nicht nur aufgrund der symbolischen Bedeutung wünschenswert, sondern auch aufgrund der damit verbundenen Integration in die Monitoring-Mechanismen von internationalen Übereinkommen. Am Beispiel des Übereinkommens von Istanbul zeigt sich schließlich einmal mehr, wie zentral die Frage der Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten im Kontext des auswärtigen Handelns ist. Aber auch wenn einschlägige völkerrechtliche Verträge nicht für internationale Organisationen geöffnet wurden, können ihre Vorgaben im Unionsrecht bedeutsam sein. Dies wird am Beispiel der Kinderrechts-

221 EuGH, Rs. C-348/09, *PI* (Fn. 138); verb. Rs. C-511/18, C-512/18 u. C-520/18, *La Quadrature du Net*, Urteil v. 6. Oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:791.

konvention der Vereinten Nationen deutlich, deren zentrale Vorgaben, wie der Gerichtshof unter Bezugnahme auf die Erläuterungen zur Charta festgestellt hat, *qua* Art. 24 GRC integraler Bestandteil des Unionsrechts sind.²²²

Bibliografie

- AZOULAI, LOIC; COUTTS, STEPHEN, *Restricting Union citizens' residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFSJ meet. P.I.: Case C-348/09, P.I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 22 May 2012*, nyr, Common Market Law Review, 2013, Jg. 50(2), S. 553–570
- CALLIESS, CHRISTAN, *Auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Strafrecht? Kompetenzgrundlagen und Kompetenzgrenzen einer dynamischen Entwicklung*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2008, Jg. 11(1), S. 3–44
- HAGGENMÜLLER, SARAH, *Der Europäische Haftbefehl und die Verhältnismäßigkeit seiner Anwendung in der Praxis*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2018.
- HAILBRONNER, KAY, *Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, in *Hummer/Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon*, 2009
- HERLIN-KARNELL, ESTER, *EU Competence in Criminal Law after Lisbon*, in: Biondi/Eeckhout/Ripley (Hrsg.), *EU Law after Lisbon*, 1. Auflage, Oxford, 2012, S. 329–344
- HERLIN-KARNELL, ESTER, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, 1. Auflage, London, 2012
- JIMENO-BULNES, MAR, *European Judicial Cooperation in Criminal Matters*, European Law Journal, 2003, Jg. 9(5), S. 614–630
- KOCHENOV, DIMITRY; PIRKER, BENEDIKT, *Deporting the citizens within the European Union: a counter-intuitive trend in case C-348/09, P.I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, Columbia Journal of European Law, 2013, Jg. 19(2), S. 369–390
- MEYER, FRANK, *Art. 83 AEUV*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- MITSILEGAS, VALSAMIS, *The European Model of Judicial Cooperation in Criminal Matters: Towards Effectiveness based on Earned Trust*, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 2019, Jg. 5(2), S. 565–595
- MÖSTL, MARKUS, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, Common Market Law Review, 2010, Jg. 47(2), S. 405–436

²²² EuGH, Rs. C-490/20, *Pancharevo*, Urteil v. 14. Dezember 2021, ECLI:EU:C:2021:1008, Rn. 63.

- MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN, *The Legal Bases on the Third Pillar and its Position in the Framework of the Union Treaty*, Common Market Law Review, 1994, Jg. 31(3), S. 493–510
- RÖBEN, VOLKER, *Art. 29 EUV*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auflage, München, 2009
- RÖBEN, VOLKER, *Art. 31 EUV*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auflage, München, 2009
- RUFFERT, MATTHIAS, *Art. 3 EUV*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München, 2022
- RUNG, JOACHIM, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Strafkooperation. Die Vorgaben der Charta der Grundrechte der Europäischen Union für den Europäischen Haftbefehl*, 1. Auflage, Tübingen, 2019
- SATZGER, HELMUT, *Art. 83 AEUV*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUUV³*, 2018
- SCHMAHL, STEFANIE, *Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2017
- SCHMAHL, STEFANIE, *United Nations Convention on the Rights of the Child. Article-by Article Commentary*, Baden-Baden/München/London, 2021
- SCHÖNBERGER, CHRISTOPH, *Der Rahmenbeschluss. Unionssekundärrecht zwischen Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2007, Jg. 67(4), S. 1107–1139
- SCHROEDER, WERNER, *Neues vom Rahmenbeschluss – ein verbindlicher Rechtsakt der EU*, Europarecht, 2007, Jg. 42(3), S. 349–369
- SPAVENTA, ELEANOR, *Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, Jg. 3(1), S. 5–24
- SUHR, OLIVER, *Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem „Lissabon“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2009, Jg. 12(4), S. 687–716
- SUHR, OLIVER, *Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union. Neue Grenzziehung und zusätzliche Kontrollaufträge*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2008, Jg. 11(1), S. 45–80



Die Prüfungskompetenz der Europäischen Kommission bei der Veröffentlichung von harmonisierten Normen nach dem “New Legislative Framework” unter besonderer Berücksichtigung der neuen KI-VO

Jasper Tretow*

Inhalt

A. Einleitung	78
B. Materielle Prüfungskompetenz	80
C. Formelle Prüfungskompetenz	84
D. Streitstand hinsichtlich Art. 40 KI-VO	86
E. Fazit	88

Abstract

Dieser Beitrag analysiert die Prüfungskompetenzen der Europäischen Kommission bei der Veröffentlichung harmonisierter Normen im Rahmen des New Legislative Framework (NLF). Als besonderes Beispiel soll dabei auch die auf dem NLF basierende KI-Verordnung dienen, an der die Frage neu diskutiert wurde. Ausgangspunkt dieses Beitrags ist die bislang ungeklärte Frage, ob die Kommission vor der Veröffentlichung neben einer formellen auch eine materielle Prüfung auf die Vereinbarkeit der Normen mit Primär- und Sekundärrecht vornehmen muss. Der Beitrag zeigt, dass Wortlaut, Systematik und Zweck von Art. 10 Abs. 6 Normungs-Verordnung für eine umfassende materielle und formelle Kontrolle sprechen – insbesondere angesichts des Demokratiedefizits durch die Übertragung normsetzender Aufgaben auf private Organisationen. Zusätzlich werden die Konsequenzen dieser Kontrolle für die Anwendung der KI-VO herausgearbeitet. Es wird argumentiert, dass die Kommission bei gewichtigen Anhaltspunkten zur Rechtswidrigkeit einer Norm eingreifen muss und dass der EuGH die Entscheidung der Kommission uneingeschränkt überprüfbar machen sollte. Der Text leistet somit einen Beitrag zur Klärung einer unionsrechtlich zentralen Frage an der Schnittstelle zwischen privater Expertise, Verwaltungskontrolle und gerichtlicher Kontrolle auf europäischer Ebene.

* Die Arbeit ist im Rahmen der wissenschaftlichen Mitarbeit des Autors bei der Rechtsanwaltskanzlei „reuschlaw“ entstanden. Aktuell ist der Autor Rechtsreferendar beim Saarländischen Oberlandesgericht (Germany). Email: j.tretow.publications@gmail.com.

The European Commission's Review Competence on the Publication of Harmonized Standards under the New Legislative Framework, with particular reference to the new AI Regulation

This article analyzes the European Commission's review powers regarding the publication of harmonized standards within the framework of the New Legislative Framework (NLF). The AI Regulation based on the NLF, in which the issue was discussed anew, serves as a particular example. The central question is whether the Commission must conduct a substantive as well as a formal review to ensure compliance of harmonized standards with primary and secondary EU law before publication. The article demonstrates, based on the wording, context, and purpose of Article 10(6) of the Standardization Regulation, that comprehensive substantive and formal review is required – particularly given the democratic deficit arising from delegating standard-setting powers to private organizations. The consequences of this control for the implementation of the AI Act are explored. It is argued that the Commission is obliged to act if there are indications of illegality and that the ECJ should fully review the Commission's publication decisions. Thus, the article contributes to clarifying a central question of EU law at the intersection of private expertise, administrative oversight, and judicial review at the European level.

Keywords: European Commission, Harmonized Standards, New Legislative Framework (NLF), AI Act, Material Review Competence, Formal Review Competence, Judicial Review, EU Law Compliance

A. Einleitung

Die Europäische Union greift im Rahmen ihrer Regulierungstätigkeit zunehmend auf ein besonderes Zusammenspiel von Gesetzgeber, Verwaltung und privaten Akteuren zurück. Mit der konsequenten Weiterführung des "New Approach" (kurz: NA, auf Deutsch: "Neues Konzept") durch den „New Legislative Framework“ (kurz: NLF; auf Deutsch: „Neuer Rechtsrahmen“) hat sich ein Modell etabliert, in dem europäische Rechtsakte bewusst offen und abstrakt formuliert werden.¹ Die konkrete Ausfüllung dieser abstrakten Vorgaben erfolgt durch technische Detailre-

1 Der Unterschied zwischen dem New Approach und dem New Legislative Framework liegt primär in ihrer zeitlichen Abfolge und ihrem Regelungsumfang. Während der *New Approach* 1985 – basierend auf einer Entschließung des Rates vom 7. Mai 1985 (85/C 136/01, Abl. C 136 v. 4.06.1985, S. 1) – die Grundphilosophie der technischen Harmonisierung einführte, dient das NLF seit 2008 dazu, diesen Ansatz zu modernisieren, Lücken zu schließen und eine einheitliche Struktur über alle Sektoren hinweg zu schaffen. Eingeleitet wurde der NLF durch folgende drei Rechtsakte vom 9. Juli 2008: VO (EG) 764/2008, Abl. L 218 v. 13.08.2008, S. 21; VO (EG) 765/2008, Abl. L 218 v. 13.08.2008, S. 30; Beschl. 768/2008/EG, Abl. L 218 v. 13.08.2008, S. 82. Durch diese Rechtsakte wurden zunächst auf europäischer Ebene das Akkreditierungs- und Konformitätsbewertungsverfahren sowie die Marktüberwachung umfassend reformiert, siehe Heuser, in: Ehring/Taeger (Hrsg.), vor § 9, Rn. 2. VO (EG) 765/2008, Abl. L 218 v. 13.08.2008, S. 30 wurde durch VO (EU) 2019/1020, Abl. L 169 v. 25.06.2019, S. 1 geändert.

gelungen (sog. „harmonisierte Normen“), die nicht von staatlichen Stellen, sondern von privaten europäischen Normungsorganisationen erarbeitet werden.² Um diesen Normen dennoch Geltungskraft im Binnenmarkt zu verleihen, veröffentlicht die Europäische Kommission ihre Fundstellen im Amtsblatt der EU. Erst durch diese Veröffentlichung im Amtsblatt entfalten die harmonisierten Normen eine „faktische Geltungskraft“.

Die Kommission handelt insofern auf Grundlage von Art. 10 Abs. 6 der Normungsverordnung:³ „Wenn eine harmonisierte Norm den Anforderungen genügt, die sie abdecken soll und die in den entsprechenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union festgelegt sind, veröffentlicht die Kommission unverzüglich eine Fundstelle einer solchen harmonisierten Norm im Amtsblatt der Europäischen Union (...)“

Gerade hier entsteht eine rechtlich bedeutsame und bislang ungeklärte Frage: Welche Prüfungspflichten hat die Kommission, bevor sie eine harmonisierte Norm veröffentlicht: Muss sie den Inhalt der Norm umfassend auf ihre Vereinbarkeit mit primärem und sekundärem Unionsrecht kontrollieren, oder reicht es aus, die formalen Voraussetzungen des Normungsauftrags zu überprüfen?⁴ Die Antwort auf diese Frage ist von erheblicher Tragweite: Sie entscheidet nicht nur über die Grenzen der Verantwortung der Kommission, sondern auch darüber, in welchem Umfang der EuGH später die Rechtmäßigkeit harmonisierter Normen überprüfen darf.

Diese Problematik hat durch die jüngste KI-Verordnung der EU neue Aktualität gewonnen. Die in Art. 40 KI-VO vorgesehene Delegation weitreichender Konkretisierungsbefugnisse an private Normungsorganisationen verschärft die mit dem NLF verbundenen Legitimationsfragen. Insbesondere wenn harmonisierte Normen nicht mehr nur technische Detailfragen betreffen, sondern grundlegende Abwägungen zwischen wirtschaftlichen Freiheiten, Grundrechten und öffentlichen Interessen, stellt sich umso drängender die Frage nach der Reichweite der Kontrollbefugnisse von Kommission und Gerichtshof.

Der folgende Beitrag untersucht deshalb systematisch, ob der Kommission nach Art. 10 Abs. 6 der Normungs-VO eine materielle und/oder formelle Prüfungskompetenz zukommt (dazu II. und III.) und welche Konsequenzen sich daraus insbesondere für die neue KI-VO als Ausprägung des NLF ergeben (hierzu IV.). Damit wird ein bisher in der Literatur und Praxis kontrovers diskutiertes, aber unionsrechtlich zentrales Problem aufgegriffen, das die Balance zwischen privater Expertise, demokratischer Legitimation und gerichtlicher Kontrolle im europäischen Recht neu auslotet.

2 Zu einer allgemeinen Einführung zu harmonisierten Normen *Leibrock*, ZEuS 2024/4, S. 685 ff.

3 VO (EU) Nr. 1025/2012, Abl. L 316 v. 14.11.2012, S. 12.

4 Zwar hat der EuGH mittlerweile entschieden, dass harmonisierte Normen „Teil des Unionsrechts“ sind. Welche rechtlichen Folgen an diese Einordnung geknüpft werden, hat er aber unbeantwortet gelassen. Näher hierzu *Leibrock*, ZEuS 2024/4, S. 690 f.

B. Materielle Prüfungscompetenz

Um das Problem zu verstehen, muss man sich zunächst den Wortlaut dieser Norm noch einmal vor Augen halten. In Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO heißt es: „Wenn eine harmonisierte Norm den Anforderungen genügt, die sie abdecken soll und die in den entsprechenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union festgelegt sind, veröffentlicht die Kommission unverzüglich eine Fundstelle einer solchen harmonisierten Norm im Amtsblatt der Europäischen Union (...).“ Der Passus „den Anforderungen genügt, die (...) in den entsprechenden Harmonisierungsrechtsvorschriften der Union festgelegt sind“ spricht zunächst einmal dafür, dass die Kommission vor der Veröffentlichung harmonisierter Normen eine materielle Inhaltskontrolle vorzunehmen hat, also eine rechtliche Analyse, ob die harmonisierte Norm gegen einschlägiges Primärrecht oder Sekundärrecht verstößt. Dafür spricht auch das Legitimationsdefizit, dass zwingend mit dem NLF-Konzept einhergeht.⁵ Denn wenn private Normungsorganisationen den abstrakten Vorgaben des Sekundärrechts erst in der alltäglichen Gesetzesanwendung Leben einhauchen, schwingen sie sich dazu zum Quasi-Gesetzgeber auf.

Zunächst infrage gestellt wurde diese naheliegende Auslegung durch ein von *Dingemann/Kottmann* erstelltes Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie aus dem Jahr 2020. Dort wird aus dem Umstand, dass bei 10 Abs. 6 Normungs-VO auf eine Beteiligung des Ausschusses der Vertreter der Mitgliedstaaten⁶ verzichtet wird⁷ und „dem Wesen und dem Zweck des New Approach“ im Sinne eines „legislative self-

5 Hierzu *Ebers*, RD 2021/21, S. 593–595, Rn. 37–47. Gegen diese Analyse lässt sich auch nicht der Einwand geltend machen, dass auch durch eine stärkere Rechtmäßigkeitskontrolle ein Demokratiedefizit bei enger Betrachtung nicht beseitigen lässt. Das demokratische System der Europäischen Union ist – wie das fehlende Initiativrecht des Europäischen Parlaments und die demokratietheoretisch defizitäre Einflussmöglichkeit der Staats- und Regierungschefs durch den Europäischen Rat zeigen – ohnehin nicht darauf ausgelegt, eine möglichst stark an das Wahlvolk rückgekoppelte Demokratie zu verkörpern (die stärkste Form hiervon wären Formen der direkten Demokratie; repräsentative Demokratien nähern sich diesem Prinzip durch starke Berücksichtigung des Verhältniswahlprinzips an), sondern stellt Legitimation insbesondere auch durch geregelte Verfahren ausgeführt durch regelbasierte Institutionen her (sachlich-inhaltliche Legitimation und institutionell-funktionelle Legitimation). Diese Prinzipien würden aber durch quasi-gesetzgeberische Tätigkeiten durch private Organisationen infrage gestellt werden.

6 Der Ausschuss der Vertreter der Mitgliedstaaten ist ein Gremium, das der Kommission bei der Umsetzung von Rechtsakten mit Durchführungsbefugnissen hilft und diese kontrolliert. Geregelt ist der Ausschuss in VO (EU) Nr. 182/2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, Abl. L 55 v. 28.02.2011, S. 13. Auf Art. 5 dieser Verordnung nimmt Art. 22 Abs. 3 der Normungs-VO Bezug, soweit andere Vorschriften der Normungs-VO auf Art. 22 Abs. 3 der Normungs-VO verweisen. Solche Verweise lassen sich in Art. 10 Abs. 2 und Art. Abs. 5 der Normungs-VO finden.

7 *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 32, abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-normen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (15.09.2025).

restraint“⁸ gefolgert, dass die in Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO geregelte materielle Überprüfung des Inhalts einer harmonisierten Norm bezüglich der Vereinbarkeit mit dem Harmonisierungsrechtsakt auf einen „weitgehend formalen Abgleich der Inhalte der Norm“ beschränkt sein soll.⁹ Dieser formale Abgleich wird an einer Stelle wie folgt konkretisiert: „Die Kommission muss bei ihrer Prüfung im Vorfeld der Veröffentlichung der Fundstelle im Amtsblatt dementsprechend einen Abgleich zwischen Norm und Normungsauftrag (Mandat) vornehmen, der zwar durchaus detailliert sein kann, sich aber primär auf formale Aspekte, Vollständigkeit und Folgerichtigkeit der Norm zu beziehen hat. Eine grundlegende inhaltliche Vollüberprüfung der Norm findet nicht statt. (...) Bestehen demgegenüber – insbesondere nach einem formalen Einwand – konkrete Anhaltspunkte für eine etwaige Mangelhaftigkeit der harmonisierten Norm, rechtfertigt dies eine vertiefte inhaltliche Prüfung der Norm. Diese kann und soll dann aber eben nur unter Beteiligung des Ausschusses mit Vertretern der Mitgliedstaaten vorgenommen werden.“¹⁰

Damit entwerfen *Dingemann/Kottmann* letztlich eine eigene abgestufte Prüfungssystematik, die sich Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO so nicht entnehmen lässt. Die Argumente für eine solche nicht im Wortlaut angelegte Prüfungssystematik überzeugen auch nicht. Das vorgebrachte Argument bezüglich der Nichtbeteiligung der Vertreter der Mitgliedstaaten zielt wohl darauf ab, dass eine materielle Entscheidung der Kommission ohne deren Beteiligung nicht vorgesehen sei. Allerdings kann die Nichtbeteiligung der Vertreter der Mitgliedstaaten¹¹ bei Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO dadurch erklärt werden, dass sich jeder Mitgliedsstaat oder das Europäische Parlament gem. Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 und 22 Abs. 3 Normungs-VO selbst in das Verfahren einmischen können, indem sie die Kommission unter Beifügung einer ausführlichen Erläuterung darüber in Kenntnis setzen, dass sie davon überzeugt sind, dass eine harmonisierte Norm nicht den Anforderungen entspricht, die sie abdecken soll oder gegen einschlägige Sekundärrechtsakte verstößt. Dann muss die Kommission prüfen, ob sie bei noch nicht veröffentlichten harmonisierten Normen diese trotzdem veröffentlicht oder aufgrund des Einwands ggf. nicht oder

8 *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 34, 41 f., abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-normen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (15.09.2025).

9 *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 44, abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-normen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (15.09.2025).

10 *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 33, abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-normen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (15.09.2025).

11 Zum Begriff bereits Fn. 4.

nur mit Einschränkungen¹² erlässt. Bei bereits veröffentlichten harmonisierten Normen muss die Kommission auf den Einwand eines Mitgliedstaats oder des Europäischen Parlamentes prüfen, ob sie die harmonisierten Normen im Amtsblatt belässt, nur mit Einschränkungen belässt oder sogar gänzlich streicht. Wenn die Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit, vor der Veröffentlichung von harmonisierten Normen eine Prüfung der Kommission anzuregen, keinen Gebrauch machen, kann auf einen entsprechenden förmlichen Beschluss und die Beteiligung des Ausschusses von Vertretern der Mitgliedstaaten im Rahmen der Veröffentlichung nach Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO verzichtet werden. Wer sich bewusst selbst nicht einbringt, wird daher nicht unzulässig übergangen. Zudem sind die materiellen Einwände gegen die Einschätzung der Kommission nicht dauerhaft präkludiert, die Mitgliedstaaten können die Kommission auch noch nach der veröffentlichten Norm über Einwände gegen deren Einschätzung zur Prüfung zwingen, ob die veröffentlichte Norm geändert oder ganz oder teilweise gestrichen wird. Insofern leuchtet es nicht ein, warum die Kommission in ihrer Überprüfung beeinträchtigt sein soll, solange die Mitgliedstaaten selbst keine Einwände haben. Vielmehr sind die Kommission und die Mitgliedstaaten gleichermaßen dazu berufen, nur rechtskonforme harmonisierte Normen zu erlassen und im Amtsblatt beizubehalten.

Auch spricht das Konzept des NFL nicht dagegen, dass die Kommission ihrer Prüfungspflicht nachkommt. Vielmehr ist ihre Prüfungspflicht gerade Ausgleich für die weitestgehende Verlagerung der Normsetzung auf private Organisationen und entspricht der Rolle der Kommission als „Hüterin der Verträge“.¹³ Anders als *Dingemann/Kottmann* meinen, wäre die Kommission auch nicht fachlich und personell damit überfordert, die Normen zu prüfen und das NLF-Konzept wird auch nicht ausgehebelt.¹⁴ Denn wie auch sonst bei Gesetzgebungsakten darf sich der EU-Gesetzgeber auf die Expertise von Fachleuten in einem gewissen Umfang verlassen, insbesondere soweit es um technische Details geht. Das muss im Kontext der Normungs-VO umso mehr gelten, da dies gerade – insoweit liegen die Autoren richtig – Grundgedanke des NLF ist. Daraus ergibt sich aber kein „Freifahrtschein“ für die Kommission. Wie auch sonst muss gelten, dass wenn die Kommission – aus welchen Gründen auch immer – Hinweise darauf erhält, dass harmonisierte Normen gegen Sekundärrecht oder Primärrecht verstoßen könnten, muss sie dies prüfen und ggf. nachsteuern. Das ist umso mehr angezeigt, als es sich nicht lediglich um eher technische Detailfragen handelt, sondern eher um normative Erwägungen.

12 Wobei „Einschränkung“ freilich eine Abweichung vom ursprünglichen Entwurf meint, es kann sich aber in der Sache sowohl um eine Reduktion als auch um eine Erweiterung der ursprünglichen Tatbestandsvoraussetzungen der harmonisierten Norm handeln.

13 Insoweit überzeugend *Gerdemann/Wöbbeking*, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), Art. 40 KI-VO, Rn. 36, auch wenn der Streit anders eingeordnet wird als hier.

14 Der Einwand wird insbesondere deutlich bei *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 41 f., abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-norme-n.pdf?__blob=publicationFile&cv=4 (15.09.2025).

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass der Wortlaut und der Zweck von Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO gerade für eine materielle Prüfungskompetenz sprechen. Die Systematik zu Art. 11 Abs. 1 Normungs-VO spricht entgegen *Dingemann/Kottmann* gerade nicht gegen dieses einleuchtende Ergebnis. Somit sprechen die besseren Argumente dafür, eine vollumfängliche materielle Prüfungskompetenz der Kommission hinsichtlich der Einhaltung von Sekundär- und Primärrecht vor Veröffentlichung harmonisierter Normen zu bejahen, womit auch eine vollumfängliche Kontrolle dieser Veröffentlichungsentscheidung durch den EuGH einhergeht.¹⁵ Dieser Ansicht hat sich nach ursprünglich ablehnender Haltung hinsichtlich einer Prüfungskompetenz mittlerweile auch die Kommission selbst angeschlossen.¹⁶

Richtigerweise steht der Kommission zudem auch die (durch den EuGH überprüfbare) Kompetenz einer nachträglichen Prüfung der materiellen Vereinbarkeit mit Sekundärrecht zu. Es ist nicht ersichtlich, warum die Kommission vor Veröffentlichung im Amtsblatt die Erstellung der harmonisierten Normen koordiniert und das Ergebnis auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen kann, nach Veröffentlichung aber auf einen förmlichen Einwand durch die Mitgliedstaaten oder das Europäische Parlament angewiesen sein soll. Da nur der Kommission das Recht zur Erteilung

15 Ob man dies aus allgemeinen Prinzipien oder aus Analogien zur Aufhebung anderer Rechtsakte herleitet, kann an dieser Stelle dahinstehen. Die Grundidee, dass quasi-gesetzgeberische Normsetzungstätigkeit durch den EuGH überprüfbar sein muss, kommt schon in der *Bosmann*-Entscheidung des EuGH zum Vorschein, in der die Bindung an die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch auf die Normsetzung durch die Satzungen privater Sportverbände bejaht wurde, siehe EuGH, Rs. C-415/93, *Bosmann*, Urteil v. 15. Dezember 1995, ECLI:EU:C:1995:463 = NJW 1996, S. 505, Rn. 82 ff. Unmittelbar ist diese Rechtsprechung auf das in diesem Beitrag besprochene Problem aber nicht zu übertragen. Da die Rechtsetzung durch harmonisierte Normen hier maßgeblich durch die Europäische Kommission koordiniert wird und diese auch eine Veröffentlichung im Amtsblatt vornimmt, gibt es ein unmittelbares Handeln durch ein EU-Organ, welches durch den EuGH soweit kontrolliert werden darf, wie dieses selbst handlungsbefugt ist. Damit bedarf die Frage, ob auch die privaten Normungsorganisationen und die harmonisierten Normen selbst durch den EuGH kontrollierbar sind keiner weiteren Ausführungen. Diese Frage müsste man sich allenfalls dann stellen, wenn man entgegen der in diesem Beitrag vertretenen Ansicht nicht von einer Prüfungskompetenz der Kommission ausgeht. Für eine Übertragung der *Bosmann*-Entscheidung auf diesen Fall würde dann wieder sprechen, dass quasi-gesetzgeberische Tätigkeiten durch besondere Rechtmäßigkeitskontrollen abzusichern sind. Freilich stellt sich aber dann eben die Frage, warum man erst durch eine stark einschränkende Wortauslegung eine Kontrolle durch die Kommission ablehnt, um dann eine Kontrolle durch den EuGH zu bejahen.

16 *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 35–38, abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-normen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (15.09.2025) m.w.N. Soweit die Kommission sich hinsichtlich der Änderung ihrer Auffassung auf die Rspr. des EuGH beruft, ist aber den Autoren zuzustimmen, dass diese Begründung nicht trägt, siehe *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 38–40, abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-normen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (15.09.2025).

weiterer Normaufträge zusteht, muss sie die Möglichkeit haben, ihr Normierungskonzept jederzeit zu ändern, was auch die Änderung bereits veröffentlichter harmonisierter Normen umfassen kann. Art. 11 Normungs-VO ist daher auf den Fall der Selbstkontrolle der Kommission analog anzuwenden, wobei sie insbesondere die Anhörung der festgelegten Expertenkreise nach Art. 11 Abs. 1 Normungs-VO beachten muss. Die Möglichkeit der nachträglichen Änderung besteht ebenfalls für harmonisierte Normen, die vor Beginn der Geltungskraft der Normungs-VO zum Jahresbeginn 2013 (Art. 30 Normungs-VO) erlassen wurden; insofern greift die Übergangsbestimmung nach Art. 28 Normungs-VO.

Lehnt man die analoge Anwendung von Art. 11 Normungs-VO ab, lässt sich dasselbe Ergebnis für die Kommission über die Erstellung eines neuen Normauftrags erreichen, sodass die neuen harmonisierten Normen als *lex posterior* die alten Normen in ihrer Wirkung ersetzen. Allerdings müsste dann – selbst bei kleinsten Modifikationen – stets das lange Normalverfahren statt das kürzere Verfahren des Art. 11 Normungs-VO durchlaufen werden, was für die analoge Anwendung spricht.

C. Formelle Prüfungskompetenz

An die Frage der materiellen Prüfungskompetenz und der damit indirekt einhergehenden Überprüfbarkeit des Inhalts harmonisierter Normen durch den EuGH knüpft sich die Frage an, ob auch die Einhaltung des formellen Verfahrens hinsichtlich der Auftragserteilung und Erarbeitung harmonisierter Normen durch die Kommission kontrollierbar ist. Auch dies wurde durch den EuGH bisher nicht entschieden. Das wäre insbesondere hinsichtlich der Inklusionspflichten der Art. 5–7 Normungs-VO¹⁷ relevant – die sich allerdings nur an die europäischen und nationalen Normungsorganisationen und die Mitgliedsstaaten richten und damit nicht an die Kommission selbst – sowie hinsichtlich der Einhaltung von Art. 10 Normungs-VO.

Dingemann/Kottmann lehnen auch eine solche Kontrolle durch Kommission und EuGH ab.¹⁸ Sie argumentieren insbesondere damit, dass Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO gerade nur einen Abgleich mit dem Normungsauftrag und den Vorgaben der jeweiligen Harmonisierungsvorschrift anordne und gerade nicht eine Verfahrenskontrolle vorschreibe. Zudem sei die Inklusion verschiedener Interessenvertreter nach Art. 17 Abs. 4 lit. b Normungs-VO Voraussetzung für die Gewährung von Unions-

17 Dort ist die Beteiligung von Interessenvertretern, klein- und mittelständischen Unternehmen (KMUs) und Behörden an der europäischen Normung nach dem NLF geregelt.

18 *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 42 ff., abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-normen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (15.09.2025).

zuschüssen, weshalb die Gültigkeit harmonisierter Normen selbst nicht von der Verfahrenseinhaltung abhängen könne.¹⁹

Beide Argumente sind aber keinesfalls zwingend. Das Betonen einer materiellen Kontrolle in Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO lässt sich dadurch erklären, dass die Art. 3 ff. Normungs-VO Verfahrensvorschriften regeln und Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO erst die materielle Prüfungskompetenz der Kommission gesetzlich festlegt. Das schließt nicht aus, dass die gleichzeitig erfolgende verfahrensrechtliche Überprüfung durch die Regelung der Art. 3 ff. Normungs-VO impliziert ist. Vielmehr könnte man auch annehmen, dass sich der Verordnungsgeber einer exakten Regelung enthalten hat, um der Rechtsprechung zu überlassen, welche Anforderungen in den Art. 3 ff. Normungs-VO rein förmliche Relevanz ohne Bezug zur Gültigkeit haben und welche Verfahrensvorschriften zwingend sind.

Durchschlagender könnte der Verweis durch *Dingemann/Kottmann* auf Art. 17 Abs. 4 lit. b Normungs-VO sein. Dort ist geregelt, dass Zuschüsse für bestimmte Normungstätigkeiten durch die Normungsorganisationen in der Regel nur gezahlt werden, wenn ein Auftrag nach Art. 10 Normungs-VO rechtzeitig angenommen oder überprüft wurde und KMU, Verbraucherorganisationen sowie ökologische und soziale Interessenträger angemessen im Rahmen der Vorgaben der Normungs-VO beteiligt wurden. Die Norm regelt aber die Bedingungen der Finanzierung auch gerade deswegen, um den genauen Zeitpunkt der Finanzierung zu bestimmen, nämlich dem Zeitpunkt des Abschlusses der Prüfung. Zudem beginnt die Regelung mit der Einleitung „außer in hinreichend begründeten Fällen werden Zuschüsse [...] gezahlt“. Ein begründeter Ausnahmefall kann aber richtigerweise insbesondere die Nichteinhaltung wesentlicher Verfahrensvorschriften sein. Art. 17 Abs. 4 Normungs-VO stellt insofern lediglich eine Vermutung dar, dass bei Erfüllung der dargelegten Bedingungen von einem ordnungsgemäßen Verfahren und daher von einer Bezuschussung auszugehen ist. Über die Prüfungskompetenz der Kommission sagt das noch nichts aus.

Für eine Prüfungskompetenz der Kommission zumindest hinsichtlich der wesentlichen Verfahrensvorschriften spricht daher, dass sie sonst gezwungen wäre, sehenden Auges verfahrensfehlerhafte harmonisierte Normen zu veröffentlichen. Das würde aber die Bedeutung der Verfahrensvorschriften erheblich schwächen. Das ordnungsgemäße Verfahren ist aber im Sinne eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren mit dem materiellen Inhalt der harmonisierten Normen eng verknüpft. Werden selbst die wesentlichen Verfahrensvorschriften nicht eingehalten, werden die materiellen Grundrechtspositionen, die durch eine harmonisierte Regelung betroffen sind, ebenfalls beeinträchtigt.²⁰ Der Grundrechtsschutz durch Verfahren ist hier aber aufgrund der Übertragung von Regelungskompetenzen an private Organisationen wegen des damit verbundenen Demokratieprinzips gerade besonders zu

19 *Dingemann/Kottmann*, Rechtsgutachten zum europäischen System der harmonisierten Normen, erstellt im Auftrag des BMWi, August 2020, S. 43, abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rechtsgutachten-europaeisches-system-harmonisierter-normen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (15.09.2025).

20 Vgl. *Heusch/Ullrich/Posser*, § 14, Rn. 68.

achten. Zwar ist man im deutschen Rechtsraum mit beachtlichen und dann auch auf die Rechtmäßigkeit durchschlagenden Verfahrensanforderungen ganz im Sinne von *Dingemann/Kottmann* zögerlich, im EU-Recht kommt dem Schutz materieller Positionen durch Verfahrensanforderungen aber eine traditionell herausgehobene Bedeutung zu.²¹ Dieser Gedanke des Grundrechtsschutzes durch Verfahren muss im Rahmen des NLF-Konzeptes durchgreifen, denn anders lässt sich das vorliegende Demokratiedefizit durch die Verweisung an private Normungsorganisationen nicht hinreichend ausgleichen. Die Kommission darf ihrer Verpflichtung zu einem ordnungsgemäßen Verfahren durch die Delegation an Normungsbehörden nicht entgehen.

Folglich darf die Kommission zumindest die Einhaltung der zwingenden Verfahrensvorschriften kontrollieren und eine Veröffentlichung harmonisierter Normen bei fehlender Einhaltung dieser Bestimmungen ablehnen. Veröffentlicht die Kommission Fundstellen, kann der EuGH diese Entscheidung kontrollieren und bei wesentlichen Verfahrensfehlern die Entscheidung zur Veröffentlichung als rechtswidrig erklären, was zur Unwirksamkeit der betreffenden harmonisierten Normen führt.

Als wesentliche Verfahrensfehler dürften nach hiesiger Ansicht jedenfalls erhebliche Abweichungen von Art. 10 Abs. 1–3 und Abs. 5 Normungs-VO einzustufen sein. In diesen Vorschriften ist die Bearbeitung des Normungsauftrags, der durch die europäische Kommission erteilt wird, näher geregelt.

Fällt der Kommission erst nachträglich auf, dass harmonisierte Normen unter Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften veröffentlicht wurden, muss sie richtigerweise analog Art. 11 Normungs-VO eine Heilung herbeiführen, indem fehlerhafte Verfahrensschritte nachgeholt werden oder das Verfahren ganz wiederholt wird.²²

D. Streitstand hinsichtlich Art. 40 KI-VO²³

Auch der Streitstand hinsichtlich der Prüfungskompetenz der Kommission bezüglich harmonisierter Normen, die nach Art. 40 der KI-VO veröffentlicht werden, fußt in seinem Ausgangspunkt auf dem Rechtsgutachten von *Dingemann/Kottmann*. Der verkürzte Ergebnissatz der Autoren, dass sich die Prüfungskompetenz der Kommission auf einen „weitestgehend formalen“ Abgleich zwischen dem Auftrag der Kommission und den daraufhin erarbeiteten harmonisierten Normen beschränke, wurde in dieser reduzierten Form von mehreren Stimmen in der Literatur

21 Vgl. *Heusch/Ullrich/Posser*, § 14, Rn. 69.

22 Siehe zur analogen Anwendbarkeit von Art. 11 Normungs-VO schon oben bei der materiellen Prüfungskompetenz der Kommission.

23 Siehe zur Einordnung der KI-VO innerhalb des NLF auch *Gerdemann/Wöbbeking*, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), Art. 40 KI-VO, Rn. 2 ff; zu *Hobenlobe*, in: Zankl (Hrsg.), Art. 40 KI-VO, Rn. 1 ff. Insgesamt kritisch zu dieser Art der Regulierung im Bereich der künstlichen Intelligenz *Guijarro Santos*, ZfDR 2023/23, S. 32–35.

aufgenommen oder sogar weiter verkürzt.²⁴ Das veranlasst dann Gerdemann/Wöbbeking, auf dieser Grundlage zu postulieren, dass die fehlerhafte Überprüfbarkeit der harmonisierten Normen aufgrund der Besonderheiten der KI-VO (nicht nur technischer, sondern auch politischer Gestaltungsspielraum) zu einer Primärrechtswidrigkeit führen würde.²⁵ Daher sei eine primärrechtskonforme Auslegung vorzunehmen, da nur eine inhaltliche Überprüfung der harmonisierten Normen durch den EuGH das legitimatorische Defizit ausgleichen könne, dass durch die Übertragung von Normungskompetenzen an private und mit erheblichem Entscheidungsspielräumen ausgestattete Organisationen entstehe.²⁶ Für die Primärrechtswidrigkeit solle dabei auch sprechen, dass Art. 41 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Ziff. iii KI-VO der Kommission gestatte, gemeinsame Spezifikationen selbst zu erlassen, wenn die einschlägigen harmonisierten Normen den Bedenken im Bereich der Grundrechte nicht ausreichend Rechnung tragen.²⁷ Aufgrund der Annahme der Primärrechtswidrigkeit wird daher eine primärrechtskonforme Auslegung von Gerdemann/Wöbbeking vorgeschlagen, wonach die EU-Kommission durch ihre Veröffentlichung im Amtsblatt sich die inhaltliche Entscheidung der Normungsbehörde zu eigen mache, sodass eine uneingeschränkte Überprüfbarkeit durch den EuGH im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der harmonisierten Normen bestehe.²⁸

Die Aussagen von Gerdemann/Wöbbeking sind überzeugend, basieren aber auf einer unzutreffenden Prämisse. Vielmehr ist nach Art. 10 Abs. 6 Normungs-VO richtigerweise – wie zuvor dargelegt – eine Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit der harmonisierten Normen mit dem entsprechenden Harmonisierungsrechtsakts durch die Kommission hinsichtlich aller NLF-Rechtsakte vorgesehen, bei denen die Norm zur Anwendung kommt. Diese Entscheidung der Kommission, Fundstellen von harmonisierten Normen im Amtsblatt zu veröffentlichen, geht daher immer mit der Aussage einher, dass die Kommission keine Rechtswidrigkeit der entsprechenden harmonisierten Normen annimmt. Diese Einschätzung ist dann stets vom EuGH vollständig überprüfbar.

Eine Gleichbehandlung aller NLF-Rechtsakte überzeugt auch in der Sache, denn letztlich ist eine saubere Trennung zwischen einer rein technischen Entscheidung und einer politischen Entscheidung gar nicht möglich. Wenn etwa bei Bauprodukten besonders hohe Anforderungen gestellt würden, um noch das letzte theoretische Risiko auszuschließen, geht das mit wirtschaftlichen Beschränkungen und dadurch auch mit Grundrechtseingriffen in die Rechte der betroffenen Unternehmen einher, die dann zu Gunsten des Gesundheitsschutzes im Rahmen einer normativen Abwägung der Normungsbehörde zurückstehen müssen. Es gibt also bei Lichte betrach-

24 Ebers, RD 2021/21, S. 594 f., Rn. 43; Guijarro Santos, ZfDR 2023/23, S. 34 f., der postuliert, es erfolge „keine“ Gültigkeitskontrolle des Inhalts; Gerdemann, MMR-Beilage 2024, S. 619, der sogar von einem „rein formalen“ Abgleich spricht; so auch Gerdemann/Wöbbeking, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), Art. 40 KI-VO, Rn. 32.

25 Gerdemann/Wöbbeking, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), Art. 40 KI-VO, Rn. 33.

26 Gerdemann/Wöbbeking, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), Art. 40 KI-VO, Rn. 36.

27 Gerdemann/Wöbbeking, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), Art. 40 KI-VO, Rn. 22.

28 Gerdemann/Wöbbeking, in: Martini/Wendehorst (Hrsg.), Art. 40 KI-VO, Rn. 35.

tet keine rein technischen Entscheidungen, die frei von normativen Erwägungen sind. Das NLF-Konzept muss daher stets mit einer Kommissionsprüfung des materiellen Inhalts der harmonisierten Normen einhergehen, wobei die Kommission sich gerade bei technischen Details und bei fehlenden gegenteiligen Indizien stärker auf die technische Expertise der Normungsorganisationen auch zulässigerweise verlassen darf, während sie gerade bei stärker normativ geprägten Entscheidungen umfangreicher selbst kontrollieren muss. Die Möglichkeit der formellen und materiellen Überprüfbarkeit muss hinsichtlich der KI-VO umso mehr bestehen, da sonst der besondere Appell in Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 und Abs. 3 KI-VO keine praktische Bedeutung hätte.

Widerspricht daher etwa eine veröffentlichte harmonisierte Norm gegen Art. 8–15 und 53–55 KI-VO oder gegen Primärrecht, ist die Entscheidung der Kommission zur Veröffentlichung rechtswidrig. Aufgrund des höheren Rangs von Primär- und Sekundärrecht gegenüber harmonisierten Normen, muss dies mangels anderweitiger Regelung zur Ungültigkeit der harmonisierten Norm führen, die durch den EuGH nach einer vollumfänglichen Überprüfung festgestellt werden kann. Freilich ist in der Sache kaum zu erwarten, dass der EuGH eine besonders strenge Inhaltskontrolle vornehmen würde, da nach dem NLF-Konzept die Art. 8–15 und 53–55 KI-VO gerade bewusst abstrakt gehalten sind, um den Normungsbehörden einen erheblichen Gestaltungsspielraum bei der Erarbeitung harmonisierter Normen nach Art. 40 KI-VO zu überlassen, auch gerade um schnell auf Marktentwicklungen reagieren zu können.

E. Fazit

Art. 10 Abs. 6 der Normungs-VO ist hinsichtlich aller Rechtsakte des New Legislative Framework gleich auszulegen: Die Kommission hat die harmonisierten Normen auf Konformität mit höherrangigem materiellen und formellen EU-Recht zu überprüfen. Dies ergibt sich maßgeblich aus dem Legitimationsdefizit durch die Übertragung auf private Normungsbehörden nach dem NLF-Konzept sowie aus dem Wortlaut der Vorschrift und der Rolle der Kommission als Hüterin der Verträge. Die Kommission darf sich bei ihrer Überprüfung bis zu einem gewissen Grad dabei auf die technische Expertise der Normungsorganisationen verlassen, muss aber Anhaltspunkten für Rechtsverstößen bei ihrer Kontrolle nachgehen, bevor sie harmonisierte Normen im Amtsblatt veröffentlicht. Je stärker eine harmonisierte Norm normativ-ethische Entscheidungen trifft, desto stärker muss die Kontrolle durch die Kommission selbst ausfallen, auch wenn eine exakte Trennung von technischen und normativen Fragen nicht möglich ist. Die Entscheidung der Kommission zur Veröffentlichung einer harmonisierten Norm kann durch den EuGH kontrolliert werden, sodass dieser indirekt ebenfalls die Vereinbarkeit harmonisierter Normen mit höherrangigem EU-Recht kontrollieren kann.

Bibliografie

- EBERS, MARTIN, *Standardisierung Künstlicher Intelligenz und KI-Verordnungsvorschlag*, Recht Digital, 2021, Jg. 21(12), S. 588–597
- EHRING, PHILIPP; TAEGER, JÜRGEN, *Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2022
- GERDEMANN, SIMON; WÖBBEKING; MAREN K., *Art. 40 KI-VO*, in: Martini, Mario; Wendehorst, Christiane (Hrsg.), *KI-VO. Verordnung über künstliche Intelligenz*, 1. Auflage, München, 2024
- GERDEMANN, SIMON, *Harmonisierte Normen und ihre Bedeutung für die Zukunft der KI. Auswirkungen und praktische Anwendung*, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, 1998, Jg. 24(MMR-Beilage), S. 614–621
- GUIJARRO SANTOS, VICTORIA, *Nicht besser als nichts. Ein Kommentar zum KI-Verordnungsentwurf*, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht, 2021, Jg. 23(1), S. 23–42
- HEUSCH, ANDREAS; ULLRICH, NORBERT; POSSER, HERBERT, *Handbuch Verfassungsrecht in der Praxis*, 1. Auflage, München, 2024
- ZU HOHENLOHE, DIANA, *Art. 40 KI-VO*, in: Zankl, Wolfgang (Hrsg.), *KI-VO. Verordnung über künstliche Intelligenz (Artificial Intelligence Act)*, 1. Auflage, Wien, 2025



© Jasper Tretow

Fair Remuneration for the Solo Self-Employed: Limits and Possibilities under EU Internal Market Freedoms

Thomas Klein*

Contents

A. Introduction	91
B. No ECJ Precedent on Minimum Remuneration for Vulnerable Self-Employed	94
C. Legal Framework under EU Law for Statutory Minimum Remuneration	95
I. Internal Market Freedoms and Statutory Minimum Remuneration	95
1. Scope of Application: Necessity of a Cross-border Situation	95
2. Prohibition of Restrictions	96
3. Justification of Restrictions	98
II. Services Directive (2006/123/EC) and Statutory Minimum Remuneration	98
1. Applicability of the Services Directive to statutory minimum wages	99
2. Services Covered by the Directive	100
3. Standard of justification	101
III. Freedom to Conduct a Business (Art. 16 CFR) and Statutory Minimum Remuneration	101
IV. Justification of minimum wage regulations for solo self-employed persons	103
1. Overriding reason in the public interest	103
a) Recognized reasons in HOAI case	103
b) Other recognised reasons	104
c) International law obligations as an overriding reason	104
d) Interim Conclusions	105
2. Proportionality test	106
a) Suitability	106
aa) The Burden of Proof	106

* Prof. Dr. Thomas Klein, Professor of Law in Social Work: Civil, Labor, and Social Law at Saarland University of Applied Sciences (Germany). Email: thomas.klein@htwsaar.de. This article is a contribution to the research project “The Right on Adequate Remuneration for Solo-entrepreneurs” funded by the German Research Foundation (Deutsche Forschungsgemeinschaft – DFG) and the Austrian Science Fund (Österreichischer Wissenschaftsfonds – FWF). This text has been linguistically revised using an AI-based writing tool (ChatGPT, OpenAI; DeepL). All scientific content, analyses, and conclusions are the sole responsibility of the author.

bb) The Coherence Principle	107
cc) Interim Conclusions	107
b) Necessity	108
c) Appropriateness	109
D. Summary	109

Abstract

In recent decades, Union law has considerably strengthened the social protection of employees, while largely excluding the self-employed from comparable safeguards. The traditional notion of the autonomous entrepreneur, organizing legal relations through private autonomy, no longer adequately reflects economic realities. Economically dependent self-employed persons face conditions similar to employees but are significantly more exposed to existential risks. This has triggered growing debate in politics and legal scholarship on extending social protection to vulnerable groups of the self-employed. A prominent proposal is the introduction of statutory minimum remuneration schemes. This article examines the legal constraints under Union law that legislators must consider when designing such regulations. In particular, it addresses the extent to which the fundamental freedoms of the internal market and the Services Directive limit the scope for protective legislation.

Keywords: Self-employed; Social protection; Adequate Remuneration; Minimum wage; Internal Market Freedoms; Services Directive; Platform Work

A. Introduction

Historically, the EU's social policy primarily focused on the protection of employees. In recent years, however, there has been increasing discussion about the need to extend certain forms of social protection to specific categories of self-employed persons. In 2024, Eurofound published a report that supports this need for protection.¹ The study finds that the boundaries between employees and the self-employed are often blurred, leading to bogus self-employment and the misuse of self-employment arrangements. It concludes that economically dependent self-employed persons are in a comparable situation to employees, yet are twice as likely to face existential hardship.

One approach to improving the protection of vulnerable self-employed persons is their inclusion in social security systems. This aspect was already addressed by the Council of the European Union in 2019 through its Recommendation on access to social protection for workers and the self-employed, urging Member States to

¹ Eurofound, *Self-employment in the EU: Job quality and developments in social protection*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2024.

ensure formal and effective coverage.² Another means of improving protection is to extend the regulations applicable to employees to certain categories of self-employed persons and to consistently combat bogus self-employment. This is the path taken by the EU Platform Work Directive, which introduces measures to facilitate the determination of the correct employment status of persons performing platform work, including a legal presumption in favour of an employment relationship.³

In the end, however, the prevention of existential hardship must be based above all on ensuring that self-employed persons receive an adequate income. Only if they earn a sufficiently high and stable income on a regular basis can they sustainably secure their own livelihood. Whether self-employed persons earn such an adequate income depends on their bargaining power in contractual negotiations. With regard to employees, the ECJ has consistently held “that the worker must be regarded as the weaker party in the employment relationship and that it is therefore necessary to prevent the employer from being in a position to impose a restriction of his rights on him”.⁴ By contrast, EU social policy in relation to the self-employed is based on the assumption that they are capable of asserting their own interests and negotiating appropriate contractual terms. As a result, EU law contains no provisions ensuring fair or adequate contractual conditions for self-employed persons. Instead, EU law protects entrepreneurs by prohibiting restrictions on the freedom of establishment and the freedom to provide services (Art. 49 and 56 TFEU) and by guaranteeing the freedom to conduct a business, including the freedom of contract (Art. 16 CFR). The misuse of private (negotiating) power, in contrast, is addressed only within the framework of competition law, namely through the prohibition of cartels (Art. 101 TFEU) and the prohibition of the abuse of a dominant position (Art. 102 TFEU). For solo self-employed persons whose economic existence depends essentially on one or very few clients (economically dependent self-employed), this legal framework provides insufficient protection.

From a human rights perspective, the question arises whether, in light of the empirically evident need for protection among specific groups of self-employed persons and in view of the social human right to fair remuneration (Art. 7 ICESCR, Art. 4 of the Revised European Social Charter), there is a need for improved legal safeguards for economically dependent self-employed persons. This question was explored in the context of the research project “The Right to Adequate Remuneration for Solo-entrepreneurs” funded by the Austrian Science Fund (Österreichischer Wissenschaftsfonds – FWF) and the German Research Foundation (Deutsche Forschungsgemeinschaft – DFG). *Karin Lukas* and *Franziska Pupeter* concluded that Art. 4 ESC entails an obligation for the contracting states to ensure an adequate

2 Council of the European Union, Recommendation of 8 November 2019 on access to social protection for workers and the self-employed, OJ C 387/1 of 15/11/2019.

3 Directive (EU) 2024/2831 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on improving working conditions in platform work, OJ L 2024/2831 of 11/11/2024.

4 ECJ, Case C-55/18, *CCOO*, judgment of 14 May 2019, ECLI:EU:C:2019:402, paras. 44 et seqq.

minimum income also for economically dependent self-employed persons.⁵ They further established that such persons are likewise entitled to collective bargaining and collective action rights. An analysis of the legal systems of Germany and Austria revealed that these human rights obligations have not yet been implemented in either country.⁶ Accordingly, there is a clear need for legislative action in both legal systems.

The on-going discussion about regulations to protect the self-employed shows that the design of such provisions poses considerable challenges for legislators due to the great heterogeneity of the self-employed group.⁷ The self-employed cannot generally be regarded as the weaker party. There are many who can adequately enforce their interests towards their business partners. This raises the difficult question of how to define self-employed persons in need of social protection. Statistically, self-employed persons without employees (so-called solo self-employed persons) are particularly vulnerable.⁸ However, this criterion alone is not sufficient to define the group of those in need of protection, as not all solo self-employed persons are vulnerable. A second aspect that may indicate a need for social protection is economic dependency. However, it is already difficult to define what this means. Moreover, this characteristic also does not allow a precise definition of the vulnerable persons.

Furthermore, significant challenges arise not only in determining whether protection should be granted, but also in designing the manner in which it is to be provided. The mere introduction of a minimum hourly wage does not necessarily ensure an adequate income for self-employed service providers, as it fails to account for preparatory and follow-up work as well as the use of own resources. Accordingly, determining an appropriate method for calculating remuneration also presents a legal and practical challenge.

In view of these challenges, this article does not aim to present specific regulatory proposals for protecting vulnerable self-employed workers, but rather to examine the limitations imposed by EU law that legislators must take into account when drafting minimum wage regulations for self-employed workers. The question addressed in the paper is the extent to which the prohibition of restrictions resulting from the freedoms of the internal market sets limits to such a regulation. This includes potential constraints arising from the Services Directive (Directive 2006/123/EC), which concretizes the internal market freedoms. In this context, the freedom to conduct a business under Art. 16 CFR must also be taken into account. With regard to collectively agreed minimum wages for the self-employed, a further question arises as to whether the negotiation of collective agreements for the self-

5 *Lukas/Pupeter*, *Nachhaltigkeitsrecht* 2024/4, pp. 368–377; *Bertazolli/Pupeter/Lukas*, *Roma Tre Law Review*, 2025/2.

6 *Lukas/Pupeter*, *Nachhaltigkeitsrecht* 2024/4, pp. 368–377; *Pupeter/Bertazolli/Lukas*, *European Labour Law Journal* 2026/1; *Schlachter/Leist*, *Hungarian Labour Law E-Journal* 2025/1 (in appearance).

7 For an overview, see *Bayreuther*, *ZESAR* 2020/3, pp. 99 et seqq.

8 *Horemans/Marx*, in: *Conen/Reuter* (eds.), pp. 80–98.

employed is compatible with the ban on cartels (Art. 101 TFEU). This question is not addressed in the article, but it has been analysed by *Dominik Leist* as part of the aforementioned research project.⁹

B. No ECJ Precedent on Minimum Remuneration for Vulnerable Self-Employed

The ECJ has not yet explicitly ruled on the compatibility of minimum wages to ensure adequate remuneration and to protect against precarious self-employment. The judgement on the German Official Scale of Fees for Services by Architects and Engineers (“Honorarordnung für Architekten und Ingenieure”, for short “HOAI”) in the *Commission v Germany* case provides the most relevant guidance for assessing the framework conditions under EU law.¹⁰ The HOAI regulated the calculation of fees for architectural and engineering services and set fee scales with minimum and maximum amounts for these services, which could only be undercut or exceeded in exceptional cases. In this respect, the HOAI shows certain parallels with the regulations on protection against precarious solo self-employment analysed here, as these would also have to set minimum rates that may not be undercut in principle. The main difference between the minimum rates stipulated in the HOAI and the minimum rates to be assessed here lies in the objectives pursued by the regulations. While the minimum rates at issue here are intended to protect against precarious self-employment in implementation of the right to a fair remuneration under Art. 4 of the European Social Charter (Revised), the rates of the HOAI, according to the Federal Government’s explanatory statement, primarily serve to ensure a high-quality standard of architectural and engineering services.¹¹ The regulation was therefore intended less to protect the service providers and more to protect the service recipients from the effects of price-driven competition. The consequences of this difference with regard to the transferability of the ECJ’s assessment for the present subject matter must be considered in more detail below.

Other ECJ decisions addressing fee regulations for self-employed service providers were issued specifically in the context of lawyers.¹² Like the HOAI decision, these rulings focused on protecting consumers and preventing a potential decline in the quality of legal services due to excessive price competition. They were therefore concerned with protecting service recipients rather than service providers themselves and are not directly applicable to the context of minimum remuneration for vulnerable self-employed persons.

9 *Leist*, Italian Labour Law E-Journal 2025/2, pp. 159–188; see also *Pupeter/Bertazzoli/Lukas*, European Labour Law Journal 2026/1.

10 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgement of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562.

11 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgement of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 42.

12 ECJ, Joined Cases C-94/04 and C-202/04, *Cipolla*, judgement of 5 December 2006, ECLI:EU:C:2006:758, para. 59; Case C-565/08, *Commission v Italy*, judgement of 29 March 2011, ECLI:EU:C:2011:188.

In conclusion, while the cited case law provides insight into the ECJ's approach to regulating service fees, the specific question of the compatibility of minimum remuneration regulations for vulnerable self-employed persons has not yet been addressed by the Court and should therefore be examined more closely here.

C. Legal Framework under EU Law for Statutory Minimum Remuneration

I. Internal Market Freedoms and Statutory Minimum Remuneration

At the level of primary law, the internal market freedoms, specifically the freedom of establishment and the freedom to provide services (Art. 49 and 56 TFEU), are the first point of reference for the review of statutory minimum fees. These freedoms enable EU citizens and companies based in the EU to provide their services in all Member States without discrimination based on nationality or place of business. The freedom of establishment under Art. 49 TFEU protects the founding of a (branch) establishment in another Member State in order to provide services there, while the freedom to provide services (Art. 56 TFEU) enables the cross-border provision of services (within the meaning of Art. 57 AEUV) in another Member State without a (branch) establishment there.

1. Scope of Application: Necessity of a Cross-border Situation

Both the provisions of the TFEU on the freedom of establishment and the provisions on the freedom to provide services do not apply to a situation which is confined in all respects within a single Member State.¹³ A cross-border situation is therefore required for the application of internal market freedoms. Such a cross-border element is present in the remuneration regulations for solo self-employed persons as soon as it cannot be ruled out that they apply to self-employed persons from other Member States seeking to establish themselves or to offer their services in the host Member State.¹⁴ This requirement will be fulfilled in almost all cases, especially as it is sufficient if the service provider has their private residence in another Member State (e.g. cross-border commuters).¹⁵

13 ECJ, Case C-268/15, *Ullens de Schooten*, judgement of 15 November 2016, ECLI:EU:C:2016:874, para. 47 with further references.

14 ECJ, Joined Cases C-159/12 to C-161/12, *Venturini*, judgement of 5 December 2013, ECLI:EU:C:2013:791, para. 25. On the other hand, it is not sufficient if the cross-border connection can only be hypothetically derived from certain circumstances that could speak in favour of such an interest in the abstract, cf. ECJ, Case C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni Srl*, judgement of 6 December 2016, ECLI:EU:C:2016:747, para. 22.

15 Cf. ECJ, Case C-470/04, *N*, judgement of 7 September 2006, ECLI:EU:C:2006:525, paras. 24 to 28.

2. Prohibition of Restrictions

According to established case law, both Art. 49 and Art. 56 TFEU not only prohibit discrimination, but also prohibit restrictions, which contain measures that are liable to hinder or make less attractive the exercise of the guaranteed freedoms.¹⁶ State-fixed minimum wages could come into conflict with the latter, even if they apply indiscriminately to all solo self-employed workers. It could be argued against the existence of a restriction that setting appropriate minimum wages to ensure a living wage does not necessarily make it less attractive for self-employed persons to set up in the host Member State, but on the contrary could even make it more attractive. However, it is questionable whether the ECJ will follow this argument. This is indicated by the reasoning of the Court of Justice in the “Cipolla” case, which concerned a scale of lawyers' fees. In this case, the Court ruled in favour of a restriction of the freedom of establishment due to the fixed minimum fees. It reasoned as follows: “That prohibition deprives lawyers established in [another] Member State (...) of the possibility, by requesting fees lower than those set by the scale, of competing more effectively with lawyers established on a stable basis in the Member State concerned and who therefore have greater opportunities for winning clients than lawyers established abroad.”¹⁷ At first glance, this argument also appears to apply to the minimum wages for solo self-employed workers analysed here.¹⁸ However, there are some differences between lawyers' fees and the regulations analysed here that require a differentiated assessment.

Against this background, it is necessary to examine more closely whether minimum remuneration regulations for solo self-employed workers constitute a restriction on the fundamental freedoms. In applying the above-mentioned formula used by the ECJ to determine the existence of a restriction, significant difficulties often arise when assessing whether a measure renders the exercise of an internal market freedom “less attractive”. The ECJ has therefore repeatedly sought to mitigate the breadth and vagueness of its formula by introducing additional criteria. For instance, occurrences that are “too uncertain and indirect” are not to be regarded as restrictions of the fundamental freedoms.¹⁹ It could be argued that the impact of minimum wages on the exercise of internal market freedoms is very uncertain and indirect, because it would also seem plausible that guaranteeing a sufficient income would make the provision of services in another Member State more attractive. Ultimately, however, it must be acknowledged that the broad notion of restriction

16 ECJ, Case C-55/94, *Gebhard*, judgement of 30 November 1995, ECLI:EU:C:1995:411.

17 ECJ, Joined Cases C-94/04 and C-202/04, *Cipolla*, judgement of 5 December 2006, ECLI:EU:C:2006:758, para. 59.

18 See *Bayreuther*, ZESAR 2020/3, p. 99, 102.

19 ECJ, Case C-418/93, *Semeraro Casa Uno*, judgement of 20 June 1996, ECLI:EU:C:1996:242, para. 32; with regard to the free movement of workers: ECJ, Case C-190/98, *Graf*, judgment of 27 January 2000, ECLI:EU:C:2000:49, para. 25; ECJ, Case C-437/17, *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach GmbH*, judgment of 13 March 2019, ECLI:EU:C:2019:193, para. 40.

gains little clarity from the vague terms “uncertain and indirect”, which is why this attempt at clarification by the ECJ has rightly been subject to criticism.

Greater clarity can be found in the ECJ’s approach in other decisions, which focuses on whether the measures in question “affect access to the market for undertakings from other Member States and thereby hinder intra-Community trade”.²⁰ The Court has emphasised “that rules of a Member State do not constitute a restriction (...) solely by virtue of the fact that other Member States apply less strict, or more commercially favourable, rules to providers of similar services established in their territory”.²¹ On the other hand, a restriction is said to exist in particular if persons from other Member States are “deprived of the opportunity of gaining access to the market of the host Member State under conditions of *normal and effective competition*”.²² With regard to lawyers, the ECJ considered it necessary for lawyers from other Member States to be able to charge lower fees in order to compete “more effectively with lawyers established on a stable basis in the Member State concerned and who therefore have greater opportunities for winning clients than lawyers established abroad”.²³ In view of the still strongly nationalised legal markets within the EU, this consideration makes sense. Lawyers from other member states already face considerable hurdles when accessing the national legal market. If, in this situation, they are also deprived of the opportunity to compete with local lawyers by demanding lower fees, this makes market access considerably more difficult.

However, this argument in general does not apply to economically dependent self-employed persons as the barriers to market access typical of the legal market do not exist in most other markets. Therefore, self-employed workers from other Member States usually can enter the market of the host Member State under conditions of normal and effective competition, even based on a standardised minimum wage. Furthermore, the question arises as to whether there is “*normal and effective competition*” in the affected markets at all. The situation of economically dependent self-employed persons is characterised by the fact that they generally have little influence on the contractual arrangements with their clients. The conditions under which services are provided are therefore often essentially determined unilaterally by the client. As a result, both domestic and foreign self-employed persons often do not receive adequate remuneration. If there is also competition for the lowest prices in this situation, there is no normal and effective competition, but rather wage dumping at the expense of the social security systems. It can therefore be con-

20 ECJ, Case C-201/15, *AGET Iraklis*, judgement of 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:972, para. 49; ECJ, Case C-565/08, *Commission v Italy*, judgment of 29 March 2011, ECLI:EU:C:2011:188, para. 46; ECJ, Case C-518/06, *Commission v Italy*, judgment of 28 April 2009, ECLI:EU:C:2009:270, paras. 64 et seqq.

21 ECJ, Case C-565/08, *Commission v Italy*, judgment of 29 March 2011, ECLI:EU:C:2011:188, para. 49.

22 ECJ, Case C-565/08, *Commission v Italy*, judgment of 29 March 2011, ECLI:EU:C:2011:188, paras. 51 et seqq. (emphasis by the author).

23 ECJ, Joined Cases C-94/04 and C-202/04, *Cipolla*, judgment of 5 December 2006, ECLI:EU:C:2006:75, para. 59.

cluded that minimum fees, which are intended to protect economically dependent self-employed persons from inadequately low remuneration rates, do not hinder the access to the market of a Member State, but rather create the conditions for normal and effective competition based on prices set above a binding minimum floor that safeguards a basic living standard and prevents the externalisation of costs to the social security systems and the general public. For this reason, such minimum remuneration rules for the self-employed should not be regarded as a restriction of internal market freedoms.

This outcome is likewise consistent with objectives of the EU. If the minimum wage sets a livelihood income, this merely restricts the possibility of offering services at a wage that is below the minimum subsistence level. Such dumping charges contradict the objective of the European internal market, which cannot be understood in isolation from the other EU objectives set out in Art. 3 para. 3 TEU, in particular the creation of a highly competitive social market economy aiming at social progress.²⁴ For this reason a regulation that prevents such dumping fees cannot be regarded as a restriction on the freedom of establishment and/or the freedom to provide services.

3. Justification of Restrictions

If, contrary to the position taken here, minimum remuneration rules for the self-employed are considered per se to constitute a restriction on the freedom of establishment or the freedom to provide services, the question arises under what conditions such a restriction may be justified. According to case law, restrictions of those freedoms are permissible if they are applied in a non-discriminatory manner, are justified by imperative requirements in the general interest, are suitable for securing the attainment of the objective which they pursue, and do not go beyond what is necessary in order to attain it.²⁵ These requirements will be discussed in more detail below (under IV).

II. Services Directive (2006/123/EC) and Statutory Minimum Remuneration

In the *Commission v Germany* case, the ECJ did not measure the HOAI against the freedom of establishment but used the provisions of the Services Directive (Direc-

²⁴ The ECJ rightly pointed out this connection between economic and social objectives in Case C-201/15, *AGET Iraklis*, judgement of 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:972, paras. 76 et seq.; in this sense, see also ECJ, Case C-438/05, *Viking Line*, judgment of 11 December 2007, ECLI:EU:C:2007:772, paras. 78 et seq.; ECJ, Case C-341/05, *Laval*, judgment of 18 December 2007, ECLI:EU:C:2007:809, paras. 104 et seq. For an interpretation of the fundamental freedoms in the light of Art. 3 TEU see also: *Terbechte*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (eds.), Art. 3 EUV, para. 40.

²⁵ ECJ, Case C-55/94, *Gebhard*, judgment of 30 November 1995, ECLI:EU:C:1995:411, para. 37.

tive 2006/123/EC) as the primary standard of review.²⁶ Accordingly, there is only room for an examination based on Art. 49 TFEU if the Member State measure at issue does not violate the obligations under the Services Directive. This prioritised examination of the more specific provisions of secondary law is systematically convincing and is already familiar from other areas. For example, in the *Laval*²⁷ and *Rüffert*²⁸ cases, the ECJ did not measure the restrictions on the freedom to provide services directly against primary law, but against the Posted Workers Directive (Directive 96/71/EC) interpreted in the light of primary law, which, like the Services Directive, was adopted as a coordination directive on the basis of the competence under Art. 53 TFEU (or its predecessor provisions).

1. Applicability of the Services Directive to statutory minimum wages

The Services Directive is intended to facilitate the exercise of the freedom of establishment and the freedom to provide services (Art. 1 para. 1 Directive 2006/123/EC). To this end, it defines in the second section of its third chapter which national requirements for service providers are inadmissible (Art. 14) or must be reviewed (Art. 15). According to Art. 15 para. 2 lit. g, the requirements to be reviewed include compliance with fixed minimum and/or maximum prices by the service provider. The ECJ has subsumed the minimum and maximum rates of the HOAI under this standard.²⁹ The minimum rates examined here differ in their purpose from the fees set out in the HOAI. However, Art. 15 para. 2 lit. g does not refer to the purpose and therefore leaves no room for discretion in interpretation. Statutory minimum fees to protect against precarious self-employment are therefore also covered by this rule.³⁰ This stands in contrast to the classification adopted here, according to which such provisions do not constitute a restriction of the internal market freedoms. Methodologically, however, this contradiction can be resolved. If the Services Directive is intended to facilitate the exercise of the freedoms of establishment and to provide services, it should only restrict national measures that themselves constitute a restriction of the internal market freedoms. To the extent that the wording of Art. 15 para. 2 lit. g goes beyond this objective – for instance, by covering the minimum remuneration rates examined here – the scope of the Directive may be limited through a teleological reduction. According to the view taken here, minimum remuneration for economically dependent self-employed persons is therefore not subject to review under the Services Directive.

26 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, paras. 56 and 97.

27 ECJ, Case C-341/05, *Laval*, judgment of 18 December 2007, ECLI:EU:C:2007:809, para. 61.

28 ECJ, Case C-346/06, *Rüffert*, judgment of 3 April 2008, ECLI:EU:C:2008:189, paras. 17 et seq., 36.

29 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 56.

30 Cf. *Bayreuther*, ZESAR 2020/3, p. 99, 102; *Kottmann*, NJW 2019/42, p. 3025, 3028.

2. Services Covered by the Directive

If one does not follow the view taken here, the applicability of the Directive depends on whether the services in question fall within the scope of the Directive. According to Art. 2 para. 1 the Directive applies to services supplied by providers established in a Member State. The scope of application is therefore broader than that of the internal market freedoms under Art. 49 and 56 TFEU, as it is not necessary for the situation to have a cross-border dimension.³¹

Service providers can be both natural and legal persons in accordance with Art. 4 No. 2. The Directive therefore also covers solo self-employed persons who provide services.

The term “service” is defined in Art. 4 No. 1 as any self-employed economic activity, normally provided for remuneration, as referred to in ex. Art. 50 of the EC Treaty (now Art. 57 TFEU). Accordingly, for the purposes of the Directive, “services” must be delineated by excluding those activities that fall within the scope of the rules governing the free movement of goods, capital, and persons (cf. Art. 57 TFEU). Consequently, economic activities limited to the sale of goods, such as those carried out by solo self-employed sellers on marketplace platforms, do not fall within the scope of the Directive. By contrast, activities in the gastronomy sector – such as preparing, serving and selling food – are generally classified as services, meaning that the provisions of the Services Directive apply.³²

Art. 2 para. 2 excludes some services from the scope of the Directive. This also includes services that are sometimes also provided by solo self-employed persons, e.g. services in the field of transport including taxis and ambulances (lit. d),³³ healthcare services (lit. f),³⁴ social services relating to social housing, childcare and support of families and persons permanently or temporarily in need which are provided by the State, by providers mandated by the State or by charities recognised as such by the State (lit. j), and private security services (lit. k). But these services are not completely exempt from scrutiny under EU law, but only from scrutiny under the Services Directive. They are therefore to be measured directly against primary law, in particular the freedom of establishment (Art. 49 TFEU).

31 *Bayreuther*, ZESAR 2020/3, p. 99, 102.

32 ECJ, Case C-137/09, *Josemans*, judgment of 16 December 2010, ECLI:EU:C:2010:774, para. 49.

33 Cf. recital 21.

34 According to recital 22 this exclusion should cover healthcare and pharmaceutical services provided by health professionals to patients to assess, maintain or restore their state of health where those activities are reserved to a regulated health profession in the Member State in which the services are provided; see on this exception in connection with day and night care centres for the elderly: ECJ, Case C-57/12, *Femarbel*, judgment of 11 July 2013, ECLI:EU:C:2013:517, paras. 34 et seq.

3. Standard of justification

Even if, contrary to the view taken here, Art. 15 para. 2 lit. g of the Directive were to apply, this would not in itself render minimum remuneration rules for the self-employed unlawful. Unlike the prohibited requirements listed in Art. 14, the requirements set out in Art. 15 must be assessed and may therefore be justified under the conditions laid down in Art. 15 para. 3. Accordingly, the following conditions must be met:

- 1) requirements must be neither directly nor indirectly discriminatory according to nationality nor, with regard to companies, according to the location of the registered office;
- 2) requirements must be justified by an overriding reason relating to the public interest;
- 3) requirements must be suitable for securing the attainment of the objective pursued; they must not go beyond what is necessary to attain that objective and it must not be possible to replace those requirements with other, less restrictive measures which attain the same result.

This standard corresponds to the standard developed by the ECJ for the justification of restrictions of internal market freedoms by overriding reasons in the public interest.³⁵ It is therefore ultimately irrelevant for the justification of minimum fee regulations whether they are to be measured against the Services Directive or directly against Art. 49 or 56 TFEU.

III. Freedom to Conduct a Business (Art. 16 CFR) and Statutory Minimum Remuneration

A further legal standard against which minimum wages must be measured is the Charter of Fundamental Rights, which can also restrict Member States' scope for action. Art. 16 CFR guarantees the freedom to conduct a business including the freedom of contract.³⁶ In particular, freedom of contract extends to the freedom to determine the price of a service.³⁷ As the statutory minimum fees for the self-employed prohibits contractual agreements on lower fees, it could be argued that this will lead to a restriction of contractual freedom. However, this would presuppose that the scope of application of the Charter is affected. According to Art. 51 para. 1 CFR, the Charter addressed to the Member States only when they are implementing EU law. The ECJ interprets this provision to mean that the Charter applies if a leg-

35 *Cornils*, in: Schlachter/Ohler (eds.), Art. 15 para. 1.

36 ECJ, Case C-283/11, *Sky Österreich*, judgment of 21 January 2013, ECLI:EU:C:2013:28, para. 42.

37 ECJ, Case C-283/11, *Sky Österreich*, judgment of 21 January 2013, ECLI:EU:C:2013:28, para. 43.

islation falls within the scope of EU law.³⁸ This has been assumed, *inter alia*, where national legislation is liable to obstruct one of the EU's fundamental freedoms and the Member State concerned relies on overriding reasons in the public interest to justify such an obstacle.³⁹ It follows from this that the statutory minimum wage regulations would also have to be measured against Art. 16 CFR if, contrary to the view expressed here, one were to assume that there is a restriction of the internal market freedoms under Art. 49 and 56 TFEU. Assuming this is the case, however, it is questionable whether the minimum fees can actually be regarded as an obstruction of contractual freedom.

According to the case law of the ECJ, not every formal restriction of the parties' scope of action is sufficient to affect contractual freedom. In the case “Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie)” which concerned a standard form contract drawn up by one of the contracting parties, the ECJ rejected an interference with the freedom of contract because the applicants “did not have bargaining power as regards the content of the agreements concluded”.⁴⁰ The economically dependent self-employed, to whom the statutory minimum fees apply, also generally have no bargaining power and therefore only have the choice of accepting or rejecting the contract offered to them. For this reason, according to the principles of the above-mentioned judgement, an interference with the freedom of contract should also be rejected under the circumstances examined here in most cases.

However, even if one were to assume an interference, this can be justified under Art. 52 CFR. To this end, the interference must be provided for by law, respect the essence of the rights and freedoms and, in accordance with the principle of proportionality, be necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the EU or the need to protect the rights and freedoms of others.⁴¹ These requirements correspond in fact with the aforementioned justification requirements of the EU fundamental freedoms. The ECJ therefore assumes that “examination of the restriction represented by national legislation from the point of view of Art. 49 and 56 TFEU also covers possible limitations of the exercise of the rights and freedoms laid down in Art. 15 to 17 of the Charter of Fundamental Rights, so that a separate examination of the freedom to conduct a business is not necessary”.⁴²

38 ECJ, Case C-617/10, *Åkerberg Fransson*, judgment of 26 February 2013, ECLI:EU:C:2013:105, para. 19.

39 ECJ, Case C-201/15, *AGET Iraklis*, judgment of 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:972, paras. 63 et seq.

40 ECJ, Joined Cases C-798/18 and C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie)*, judgment of 15 April 2021, ECLI:EU:C:2021:280, para. 60.

41 ECJ, Case C-201/15, *AGET Iraklis*, judgment of 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:972, para. 70.

42 ECJ, Case C-322/16, *Global Starnet*, judgment of 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:985, para. 50.

IV. Justification of minimum wage regulations for solo self-employed persons

Assuming a restriction on internal market freedoms or requirements for service providers subject to review under Art. 15 of the Services Directive, the compatibility of minimum wages for self-employed persons with EU law ultimately depends on whether such regulations can be justified under the criteria outlined above (under I.3. and II.3.). The first condition, that the regulations must not be discriminatory, should generally not cause any problems when structuring the remuneration regulations.⁴³ It is therefore mainly a question of whether such regulations can be based on an overriding reason in the public interest and whether they stand up to a proportionality test.

1. Overriding reason in the public interest

a) Recognized reasons in HOAI case

In the context of justifying the provisions of the HOAI, the ECJ, in accordance with its established case law, has recognised the quality of the work and the protection of consumers as overriding reasons in the public interest.⁴⁴ In some sectors, a minimum wage to protect against precarious self-employment could possibly also be based on these objectives. The ECJ has explicitly recognised “that it cannot be a priori ruled out that the setting of a minimum tariff may make it possible to ensure that service providers are not encouraged, in a context such as that of a market characterised by the presence of an extremely high number of service providers, to engage in competition that results in offering services at a discount, with the risk of deterioration in the quality of services provided”.⁴⁵ It would therefore have to be shown that the market covered by the minimum charge is characterised by the risk of ruinous price competition leading to a deterioration in the quality of services provided.

In the case of precarious self-employed persons, however, low prices stem primarily from their limited bargaining power vis-à-vis clients, rather than being mainly the result of ruinous competition. While this can lead to low prices that might, in principle, pose a risk to service quality, clients, given their economic leverage, are able to monitor performance and exclude providers who fail to meet their expectations. Low prices therefore do not necessarily entail a deterioration in quality. Any justification for a minimum wage on the grounds of protecting service

43 See in the context of ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para.68.

44 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, paras. 70 et seqq.

45 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 78; in this sense, also the earlier case-law: ECJ, Joined Cases C-94/04 and C-202/04, *Cipolla*, judgment of 5 December 2006, ECLI:EU:C:2006:758, para. 67.

quality would thus need to demonstrate the existence of particular circumstances in which quality risks actually arise.

b) Other recognised reasons

Recital 40 of the Services Directive lists other overriding reasons recognised by ECJ that could justify a minimum wage regulation. These include social policy objectives, the protection of workers, including the social protection of workers and the maintenance of the financial balance of the social security system. The extent to which this also applies to self-employed persons is shown by the ECJ ruling in the *Commission v Belgium* case on the so-called “Limosa” notification obligation for providers of cross-border services. There, the ECJ states the following: “On that point, it is sufficient to state that the objective of combating fraud, particularly social security fraud, and preventing abuse, in particular detecting “bogus self-employed persons” and combating undeclared work, can form part not only of the objective of the financial balance of social security systems, but also of the objectives of preventing unfair competition and social dumping and protecting workers, including self-employed service providers.”⁴⁶ Accordingly, the ECJ considers the protection of self-employed persons to be an overriding reason in the public interest in the same way as the protection of employees.

c) International law obligations as an overriding reason

As already mentioned, international law requires the guarantee of adequate remuneration for vulnerable solo self-employed persons. The question therefore arises as to whether the fulfilment of this member state’s obligation under international human rights standards could constitute an overriding reason in the public interest.

The ECJ has taken into account international human rights obligations in the *Laval* and *Viking Line* cases, in which it considered the guarantees of the European Social Charter and ILO Convention No. 87 in order to recognise the right to take collective action as a fundamental right that may constitute an overriding reason of public interest.⁴⁷ This reference of international standards can be explained by the fact that the Charter of Fundamental Rights had not yet entered into force at that time. The ECJ therefore had to prove that the right to take collective action, as a fundamental right, is an integral part of the general principles of Community law. Thus, the ECJ did not directly recognise the implementation of international law requirements as an overriding reason in the public interest, but used the international human rights guarantees to demonstrate that a particular right is part of the general

⁴⁶ ECJ, Case C-577/10, *Limosa*, judgment of 19 December 2012, ECLI:EU:C:2012:814, para. 45 (emphasis by the author).

⁴⁷ ECJ, Case C-438/05, *Viking Line*, judgment of 11 December 2007, ECLI:EU:C:2007:772, para. 43; ECJ, Case C-341/05, *Laval*, judgment of 18 December 2007, ECLI:EU:C:2007:809, para. 90.

principles of Community law. The protection of this right is a legitimate interest that can justify a restriction of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty.⁴⁸ The question arises as to whether this approach could also be considered with regard to the right to fair remuneration analysed here. The entry into force of the Charter in 2009 will not prevent this, since it does not preclude the recognition of new general principles relating to international guarantees, as follows from Art. 6 para. 3 TEU. However, a general principle in the sense of a right to adequate remuneration for solo self-employed persons cannot be established, because not every right guaranteed under international law can automatically be regarded as a general principle of EU law. Rather, as follows from Art. 6 para. 3 TEU, a common legal basis in fundamental rights in the national law of the Member States is required in order to adopt a general principle of EU law. Such a consensus cannot be recognised with regard to the protection of economically dependent self-employed persons.⁴⁹

d) Interim Conclusions

The recognition of the right to fair remuneration for solo self-employed workers under international law does not automatically constitute an overriding reason in the public interest on the basis of ECJ case law. However, it would be conceivable to take into account the requirements of international law in the interpretation of the Charter of Fundamental Rights, which, according to its preamble, reaffirms the rights as they result from human rights standards. For example, the right of every worker to working conditions that respect his or her dignity under Art. 31 CFR could be interpreted as also applying to self-employed workers.⁵⁰ It would follow that the protection of this fundamental right would be an overriding reason in the public interest. Ultimately, however, this is not relevant to the outcome, because the protection of self-employed service-providers is recognised in ECJ case law as an overriding reason in the public interest, regardless whether it is recognised as a fundamental right or not. In addition, a further overriding reason could be ensuring the quality of the work if the minimum wage also serve this objective. However, the latter is only likely to apply in rare cases.

48 Cf. ECJ, Case C-112/00, *Schmidberger*, judgment of 12 June 2003, ECLI:EU:C:2003:333, para. 74; ECJ, Case C-36/02, *Omega*, judgment of 14 October 2004, ECLI:EU:C:2004:614, para. 35.

49 On the lack of establishment in the legal systems of the Member States, see *Eurofound*, Regulating minimum wages and other forms of pay for the self-employed, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, pp. 41 et seqq.; see also the national reports in *Schubert* (ed.), pp. 9-223.

50 In this sense, *Kröll* in: Holoubek/Lienbacher (eds.), Art. 31 CFR para. 18; *Klein* in: Düwell/Boecken/Diller/Hanau (eds.), Art. 31 CFR, para. 16; *Bogg/Ford* in Peers/Hervey/Kenner/Ward, Art. 31 CFR paras.31,39 et seqq.; contrary opinion *Schubert* in: Franzen/Gallner/Oetker (eds.), Art. 31 CFR, para.9. Whether the right to fair and just working conditions under Art. 31 para. 1 CFR also encompasses remuneration is a matter of controversy (see *Schlachter*, SR 2019/3, pp. 165,171 et seqq.; for the author's view, see *Klein* in: Düwell/Boecken/Diller/Hanau (eds.), Art. 31 CFR para. 22).

2. Proportionality test

a) Suitability

To pass the proportionality test, the minimum wage must first of all be suitable for securing the attainment of the objective pursued. Two conclusions can be drawn from the HOAI decision:

aa) The Burden of Proof

Firstly, the ECJ has commented on the burden of proof. The Commission had claimed that Germany has not demonstrated that removal of the minimum tariffs would entail a decrease in quality.⁵¹ The ECJ did not agree with this view, but ruled that “it is the task of that Member State not to produce such evidence but solely to demonstrate that the HOAI is capable of making a significant contribution to the objectives pursued by limiting the risk of deterioration in the quality of planning services”.⁵² The decision allows a two-stage examination to be derived. In a first step, the ECJ states that the Federal Republic of Germany has sufficiently demonstrated the risk of a decrease in quality (and thus the need for protective measures).⁵³ In the second step, it states that the setting of minimum prices is a suitable measure to prevent the risk of a decrease in quality.⁵⁴

Applied to the minimum wages analysed here, these findings suggest, that it must first be demonstrated that the risk of unfair remuneration actually exists. It must therefore be demonstrated that the persons covered by the minimum wage are in need of protection. An orientation for this issue is provided by international law. The European Committee of Social Rights considers that the minimum wage paid must not be less than 60% of the national net average wage.⁵⁵ If a significant number of the self-employed persons concerned earn an income below this threshold, it can be assumed that there is a need of protection. Demonstrating the need for protection is more likely to succeed the more clearly the scope of application of the regulation is defined.

In the second step, it must then be demonstrated that the statutory minimum wage is capable of making a significant contribution to preventing precarious self-employment. In this context, the specific design of the regulation becomes relevant. As already outlined in the introduction, the mere definition of an hourly wage is

51 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 85.

52 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 85.

53 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 81.

54 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 83.

55 *European Committee of Social Rights*, Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2022, p. 73.

not sufficient in many cases and therefore not suitable for actually improving the economic situation of the self-employed in these cases. This is another aspect that argues in favour of specific regulations with clearly defined scopes of application.

bb) The Coherence Principle

Secondly, the ECJ addresses the coherence principle in the HOAI decision. This principle, which is part of the suitability test, requires that the national regulation genuinely reflects a concern to attain its objective in a consistent and systematic manner.⁵⁶ The HOAI did not fulfil these requirements because planning services in Germany could also be provided by service providers who had not demonstrated their professional capacity to do so and did not fall within the scope of the HOAI.⁵⁷ The Court emphasises “it is clear that that such minimum tariffs cannot be suitable for attaining such an objective if, [...] the provision of the services subject to those tariffs is not itself circumscribed by minimal safeguards that ensure the quality of those services”.⁵⁸ These statements result in requirements for the design of minimum wages for vulnerable self-employed persons. Such regulations are only suitable if they actually pursue their objective in a coherent and systematic manner. This is particularly relevant when designing the scope of application. Exceptions generally harbour the risk of undermining the coherence of the regulation and must therefore be objectively founded and must not lead to gaps in protection. However, this does not mean that the minimum wage must apply to all self-employed persons. The legislator can aim to protect only certain groups of self-employed persons (e.g. depending on the activity, profession or sector) through statutory minimum conditions. This could make sense, as not all self-employed persons are equally in need of protection and there is no universal solution that fits all. The demand for coherent and systematic regulation is therefore not incompatible with a specific definition of the scope of application, as long as this definition is reasonable and consistent. Rather, coherent and systematic pursuit of the goal of protecting vulnerable self-employed persons requires that the regulations address the various specific needs.

cc) Interim Conclusions

To summarise, there are three requirements for the suitability of a minimum wage regulation: Firstly, it must be demonstrated that there is a need for protection. Secondly, the regulation must be designed in such a way that it can make a significant contribution to protect the self-employed. Thirdly, the regulation must pursue the objective of protecting the self-employed in a systematic and consistent manner.

⁵⁶ ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, paras. 89 et seqq.

⁵⁷ ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 92.

⁵⁸ ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 92.

b) Necessity

The second requirement is that the minimum wage must not go beyond what is necessary to attain that objective and it must not be possible to replace the minimum wage with other, less restrictive measures that achieve the same result. In this respect, the HOAI decision also sets standards with regard to the burden of proof. With reference to its earlier case law, the ECJ states, that the Member State must “demonstrate that its legislation is appropriate and necessary to attain the legitimate objective being pursued, that burden of proof cannot be so extensive as to require the Member State to prove, positively, that no other conceivable measure could enable that objective to be attained under the same conditions”.⁵⁹ Otherwise, the Member State concerned would in practice be deprived of its regulatory competence in the field in question.⁶⁰ With regard to the HOAI, the ECJ emphasised the existing uncertainties arising from the predictive nature of the assessment. The requirements set out in the HOAI must be justifiable at the time of their introduction. Justification must therefore also be possible even in the absence of empirical evidence directly comparing the effects of the chosen measure with those of alternative options.⁶¹ This is particularly important in the context of minimum wages for the self-employed, as their impact can only be predicted. It is sufficient if it may reasonably be concluded from the evidence submitted – whether through statistical data or other means⁶² – that the objectives pursued cannot be attained by less restrictive measures.⁶³

Once it has been demonstrated that the self-employed are structurally in need of protection, the minimum wage will generally be necessary to ensure the protection of the self-employed. If they are unable to negotiate appropriate remuneration due to their structural weakness and there are no functioning collective bargaining procedures, there will generally be no less restrictive measures available. The possibility of providing the self-employed with guidance on the pricing of services⁶⁴ cannot be regarded as a less restrictive measure to achieve the objective, as the inadequate remuneration does not result from a lack of information, but from the lack of bargaining power.

59 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 64.

60 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 64.

61 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 65.

62 ECJ, Case C-16/23, *FA.RO. di YK & C.*, judgment of 17 October 2024, ECLI:EU:C:2024:886, para. 92.

63 ECJ, Case C 333/14, *The Scotch Whisky Association*, judgment of 23 December 2015, ECLI:EU:C:2015:845, para. 56.

64 ECJ, Case C-377/17, *Commission v Germany*, judgment of 4 July 2019, ECLI:EU:C:2019:562, para. 95.

c) Appropriateness

Appropriateness is not specifically mentioned as a requirement in Art. 15 para. 3 of Directive (2006/23/EC). It also plays a subordinate role as a separate point of examination in the case law of the ECJ and is instead examined in the context of necessity. In cases where it is explicitly addressed, the ECJ requires that the disadvantages caused by the measure in question must not be disproportionate to the aims pursued.⁶⁵ This means that a judgemental comparison must be made between the objectives pursued and the disadvantages resulting from the minimum wage. The objective of protecting vulnerable self-employed persons and ensuring fair remuneration pursued by the minimum wage is of considerable importance, as it is based on human rights on the one hand and on Art. 3 para. 3 TEU and Art. 9 TFEU on the other. In contrast, the impact on the freedom of establishment and freedom to provide services – if one wants to assume a restriction at all – is marginal, as already explained above (under point I.2.). The disadvantages caused by the minimum wage are therefore not disproportionate to the objective pursued.

D. Summary

The protection of economically dependent self-employed persons is moving slowly into the focus of European social policy. Currently, only a few minimum wages apply to self-employed workers in Europe. However, Art. 4 of the ESC requires those Member States that have accepted it as legally binding to ensure fair remuneration for vulnerable self-employed workers. Generally, EU law does not prevent the implementation of this human rights obligation. The primary standard of review is the Services Directive. Insofar as this does not apply, statutory minimum wages for the self-employed must be measured against the freedom of establishment and the freedom to provide services. There are good reasons why such minimum wage regulations should not be regarded as a restriction of internal market freedoms or as a requirement needing justification within the meaning of the Services Directive. If one takes a different view, the minimum wage regulations can be justified based on the Services Directive and the case law of the ECJ. The ECJ has already recognised the social protection of the self-employed as an overriding reason in the public interest. If there is a risk of unfair remuneration, minimum wages are necessary to achieve this objective by providing a significant contribution to ensuring fair remuneration. Less restrictive measures than the establishment of a statutory minimum wage are generally not apparent in these cases, unless appropriate wages are agreed in collective bargaining. Considering the justification requirements and the burden of proof on the Member States, it is recommended that the Member States legislate based on

65 ECJ, Case C-15/15, *New Valmar*, judgment of 21 June 2016, ECLI:EU:C:2016:464, para. 53.; ECJ, Joined Cases C-379/08 and C-380/08, *ERG and Others*, judgment of 9 March 2010, ECLI:EU:C:2010:127, para. 86.; ECJ, Case C-170/08, *Nijemeisland*, judgment of 11 June 2009, ECLI:EU:C:2009:369, para. 41.

empirical findings. When designing the regulations, it must also be ensured that the regulations pursue the objective systematically and consistently and that the scope of application of the regulations corresponds to the empirically established need for protection.

Bibliography

- BAYREUTHER, FRANK, *Das Architektenhonorar-Urteil des EuGH und die Absicherung der Leistungsbedingungen wirtschaftlich schwacher Selbstständiger*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht, 2020, Issue 3, pp. 99-105
- BERTAZOLLI, CAROLINA/PUPETER, FRANZISKA, LUKAS, KARIN, *Fair Remuneration and Collective Representation of Solo-Entrepreneurs in the Council of Europe*. *Roma Tre Law Review*, 2025, Number 1, pp. 71–91
- BOGG, ALAN; FORD, MICHAEL, *Art. 31 CFR*, in: Peers, Steve; Hervey, Tamar; Kenner, Jeff; Ward, Angela (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2nd edition, Baden-Baden, 2022
- CORNILS, MATTHIAS, *Art. 15 Directive 2006/123/EC*, in: Schlachter, Monika; Ohler, Christoph (eds.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie*, 1st edition, Baden-Baden, 2008
- HOREMANS, JEROEN; MARX, IVE, *IZA Discussion Paper No. 11007: Poverty and Material Deprivation among the Self-Employed in Europe: An Exploration of a Relatively Uncharted Landscape*, in: Conen, Wieteke; Reuter, Enrico (eds.), *Research Handbook on Self-Employment and Public Policy*, 1st edition, Cheltenham, 2024, pp. 80–98
- KLEIN, THOMAS, *Art. 31 GRC*, in: Düwell, Franz Josef; Boecken, Winfried; Diller, Martin; Hanau, Hans (eds.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2nd edition, Baden-Baden, 2023
- KOTTMANN, MATTHIAS, *Unionsrechtskonformität von Honorarordnungen der freien Berufe*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, Issue 42, pp. 3025-3028
- KRÖLL, THOMAS, *Art. 31 GRC*, in: Holoubek, Michael; Lienbacher, Georg (eds.), *GRC Kommentar Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2nd edition, München, 2019
- LEIST, DOMINIK, *Ensuring Adequate Remuneration for Vulnerable Solo Self-Employed through Collective Bargaining – EU Antitrust Prohibition as a Limit?*, *Italian Labour Law E-Journal*, 2025, Volume 18(2), pp. 159–188, <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/22056>
- LUKAS, KARIN; PUPETER, FRANZISKA, *Prekäre Selbstständigkeit: Völker- und europarechtliche Garantien für faire Entlohnung und kollektive Vertretung*, *Nachhaltigkeitsrecht*, 2024, Volume 4(4), pp. 368–377, <https://doi.org/10.33196/nr202404036801>

- PUPETER, FRANZISKA/BERTAZOLLI, CAROLINA/LUKAS, KARIN, *Safe-guarding the right to collective bargaining in the face of precarious self-employment – Protection gaps in Austria and Germany and obligations under European law*, European Labour Law Journal, 2026, Issue 1, in appearance, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/20319525251390885>
- SCHLACHTER, MONIKA; LEIST, DOMINIK, *Adequate Remuneration for the Self-Employed – Legal framework in Germany*, Hungarian Labour Law E-Journal, 2025, Issue 1, in appearance
- SCHLACHTER, MONIKA, *Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen? – Die Europäische Sozialcharta als Mittel zur Auslegung von Grundrechten der Europäischen Union*, Soziales Recht, 2019, Volume 9, pp. 165–174
- SCHUBERT, CLAUDIA, *Art. 31 GRC*, in: Franzen, Martin; Gallner, Inken; Oetker, Hartmut (eds.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 5th edition, München, 2024
- SCHUBERT, CLAUDIA, *Economically-dependent Workers as Part of a Decent Economy*, 1st edition, Baden-Baden, 2022
- TERHECHTE, JÖRG PHILIPP, *Art. 3 EUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 84th edition, München, 2025



© Thomas Klein

Die Verkopplung neuer EU-Eigenmittel mit Sachpolitiken – Das Beispiel der Abgabe für nicht recycelte Verpackungsabfälle sowie rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Fortentwicklung

Jonathan Swart*

Inhalt	
A. Hintergrund und Zielsetzung	114
B. Das Eigenmittelsystem der Europäischen Union	115
I. Reformdebatten um das bestehende Eigenmittelsystem	115
II. Rechtsnatur der Verpackungsabgabe sowie perspektivische Vorschläge	116
III. Ausgestaltung und sachpolitische Zielsetzung der Verpackungsabgabe	117
C. Zulässigkeit und Grenzen der sachpolitischen Eigenmittel	118
I. Die Zulässigkeit sachpolitischer Lenkungsziele im Eigenmittelbeschluss	118
II. Umfang und unionsrechtliche Grenzen	120
1. Telos der Eigenmittel sowie verfahrensrechtliche Grenzen	120
2. Erfordernis einer sachpolitischen Kompetenz?	121
3. Allgemeine unionsrechtliche Schranken	123
a) Das Subsidiaritätsprinzip	123
b) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip	124
c) Der allgemeine Gleichheitssatz	125
4. Vorrang des Eigenmittelbeschlusses gegenüber Sekundärrecht?	125
5. Beurteilung und alternativer Lösungsansatz – die Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments auf der Einnahmenseite des Unionshaushalts	126
a) Die Rolle des Europäischen Parlaments de lege ferenda	127
b) Zwischenergebnis	127
D. Analyse der Verpackungsabgabe im Eigenmittelsystem	128
I. Anwendung der entwickelten Grundsätze auf die Verpackungsabgabe	128

* Herr Jonathan Swart ist Student im 7. Semester an der Freien Universität Berlin (Germany). Der Beitrag wurde als Studienabschlussarbeit im Rahmen eines europarechtlichen Kolloquiums an der Freien Universität Berlin verfasst. Email: jonathanswart0704@gmail.com.

II. Die Verpackungsabgabe – ein wirksames Mittel zur Verkopplung der Eigenmittel mit sachpolitischen Unionszielen?	131
1. Strukturelle Schwächen und Steuerungsdefizite der Verpackungsabgabe	131
2. Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeit?	132
3. Ansatzpunkte zur Stärkung der umweltpolitischen Zielverfolgung	133
4. Zwischenergebnis	133
E. Fortentwicklungsmöglichkeiten der sachpolitischen Eigenmittel	134
I. Finanzierungsbeiträge mit Lenkungszweck	134
II. Unmittelbare Lenkungsabgaben	135
1. Zuweisung der Ertragshoheit bestehender Abgaben an die Union	135
2. Eine originäre Rechtsetzungskompetenz gem. Art. 311 AEUV?	136
3. Stellungnahme	137
4. Integrationspolitische Folgen sachpolitischer unmittelbarer Lenkungsabgaben	138
III. Zwischenergebnis	139
F. Fazit und Ausblick: sachpolitische Eigenmittel zwischen Recht und Politik	139

Abstract

Der Beitrag untersucht die Zulässigkeit, Grenzen sowie potenzielle Risiken der Verkopplung neuer EU-Eigenmittel mit unionalen sachpolitischen Zielsetzungen, exemplarisch an der Abgabe auf nicht recycelte Kunststoffverpackungsabfälle. Er ordnet die Verpackungsabgabe dogmatisch ein und prüft ihre Vereinbarkeit mit Art. 311 AEUV sowie den grundlegenden Unionsprinzipien. Zudem beleuchtet der Beitrag die rechtliche Tragfähigkeit und die umweltpolitische Lenkungswirkung der Abgabe im Kontext des European Green Deal und des Aktionsplans für eine europäische Kreislaufwirtschaft. Die Analyse offenbart Effizienzdefizite und schlägt Verbesserungen wie harmonisierte Datenerhebungsstandards vor. Abschließend werden Perspektiven für die Fortentwicklung sachpolitischer Eigenmittel – einschließlich unmittelbarer Lenkungsabgaben – erörtert und dabei die integrationspolitischen Implikationen sowie die Notwendigkeit einer gestärkten Rolle des Europäischen Parlaments zur Sicherung demokratischer Legitimation hervorgehoben. Der Beitrag zeigt, dass eine Politisierung der Haushaltsfinanzierung unionsrechtlich möglich ist, jedoch politische Hürden einer umfassenden Umsetzung entgegenstehen.

The linking of new EU own resources to specific policies – The example of the levy on non-recycled packaging waste and the legal possibilities and limits of further development

This paper examines the admissibility, limits, and potential risks of linking new EU own resources to Union policy objectives, using the example of the levy on non-re-

cycled plastic packaging waste. It classifies the packaging levy dogmatically and examines its compatibility with Article 311 TFEU and the fundamental principles of the Union. The paper examines the legal viability and environmental policy steering effect of the levy in the context of the European Green Deal and the Action Plan for a European Circular Economy. The analysis reveals shortcomings in efficiency and proposes improvements such as harmonized data collection standards. Finally, perspectives for the further development of political own resources – including direct incentive taxes – are discussed, emphasizing the implications for integration policy and the need for a stronger role for the European Parliament to ensure democratic legitimacy. The paper shows that politicizing budget financing is possible under EU law, but that political hurdles stand in the way of comprehensive implementation.

Keywords: Own Resources, Plastic Levy, Steering Effects, Art. 311 TFEU, European Parliament, Union Autonomy

A. Hintergrund und Zielsetzung

Die Europäische Union sieht sich mit einer Vielzahl struktureller Herausforderungen konfrontiert. Neben dem lang verfolgten Ziel, die finanzielle Autonomie der Union zu stärken, ist insbesondere die Rückführung der im Rahmen des Aufbauminstruments *Next Generation EU* (NGEU) aufgenommenen Schuldenlast durch die Einführung neuer Eigenmittel zu bewältigen.¹ Parallel dazu gewinnt die Umsetzung unionsweiter sachpolitischer Leitprojekte wie etwa des „*European Green Deal*“, des Maßnahmenpakets „*Fit for 55*“ sowie der Strategie für eine nachhaltige Kreislaufwirtschaft zunehmend an Bedeutung. Vor diesem Hintergrund rückt die bislang nur punktuell diskutierte Verknüpfung von Eigenmitteln mit sachpolitischen Zielsetzungen der Union in den Fokus. Mit der Einführung der Verpackungsabgabe auf nicht recycelte Kunststoffverpackungsabfälle hat die Union erstmals ein Finanzierungsinstrument geschaffen, das neben der Finanzierung des Haushalts eine sachpolitische Lenkungswirkung im Bereich des Umweltschutzes entfalten soll.² Weitere Eigenmittel mit einer derartigen Doppelzielsetzung hat die Union bereits in Aussicht gestellt.³ Diese Entwicklung wirft unionsrechtliche Fragen auf. Ist die Verkopplung von Eigenmitteln und Sachpolitiken mit dem Primärrecht – insbesondere mit Art. 311 AEUV – vereinbar? Wie kann eine perspektivische Fortentwicklung der sachpolitischen Eigenmittel unionsrechtskonform erfolgen und welche unionsrechtlichen Grenzen gilt es dabei zu beachten? Lässt sich die Verpackungsabgabe als unionsrechtlich tragfähiges und im Hinblick auf ihre intendierte Lenkungswirkung

1 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Rates, COM(2021) 569 final, S. 1 f.; *Meyer*, *EuZW* 2022/17, S. 792.

2 Erwägungsgrund 6 und 7, Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/EU, *Abl. L* 424/1 v. 15.12.2020.

3 Dazu gehören insbesondere eine Digitalabgabe, eine Finanztransaktionssteuer sowie Einnahmen aus dem CO₂-Emissionshandelssystem. Siehe Erwägungsgrund 6 und 8 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

geeignetes Modell bewerten? Diesen Fragen widmet sich der Beitrag aus unionsrechtlicher Perspektive. Nach einer dogmatischen Einordnung der Verpackungsabgabe (B.) erfolgt eine Beurteilung der unionsrechtlichen Zulässigkeit sowie der normativen Grenzen sachpolitischer Eigenmittel (C.). Daran anschließend wird die Verpackungsabgabe einer kritischen Analyse sowohl im Hinblick auf ihre rechtliche Tragfähigkeit als auch unter Effizienzgesichtspunkten unterzogen (D.). Abschließend wird untersucht, wie eine wirksame Fortentwicklung der sachpolitischen Eigenmittel – speziell vor dem Hintergrund angekündigter unionaler unmittelbarer Lenkungsabgaben – unionsrechtskonform erfolgen kann und welche integrationspolitischen Implikationen daraus resultieren (E.).

B. Das Eigenmittelsystem der Europäischen Union

I. Reformdebatten um das bestehende Eigenmittelsystem

Die zentrale Vorschrift zur Finanzierung des Unionshaushalts enthält Art. 311 AEUV.⁴ Dieser legt fest, dass der Unionshaushalt „unbeschadet der sonstigen Einnahmen“⁵ vollständig durch Eigenmittel finanziert wird. Die primäre Funktion der Eigenmittel liegt folglich in der Finanzierung des Unionshaushalts.⁶ Durch sie soll die Union gem. Abs. 1 befähigt werden, ihre Ziele zu verwirklichen und ihre Politik umzusetzen. Nach Maßgabe des derzeit geltenden Eigenmittelbeschlusses erfolgt die Finanzierung des Haushalts der Europäischen Union primär aus drei zentralen Einnahmequellen: den sog. „traditionellen Eigenmitteln“ – insbesondere Zöllen auf Importe aus Drittstaaten sowie Agrarabgaben –, einem harmonisierten Anteil des nationalen Mehrwertsteueraufkommens der Mitgliedstaaten sowie einem Beitrag der einzelnen Mitgliedstaaten auf Basis ihres Bruttonationaleinkommens (BNE).⁷ Letzterer stellt gegenwärtig die bedeutendste Einnahmequelle der Union dar und fungiert als Restfinanzierungsmittel, um verbleibende Finanzierungslücken im Unionshaushalt – unter Berücksichtigung der anderen Einnahmen – zu schließen.⁸ Der geltende Eigenmittelbeschluss ergänzt die bestehenden Eigenmittelarten indes um eine weitere Kategorie: die Verpackungsabgabe für nicht recycelte Kunststoffabfälle.⁹ Das deklarierte Ziel des neuen Eigenmittels besteht darin, die Einnahmenseite des Unionshaushalts „sichtbarer mit den Unionspolitiken zu verknüpfen“.¹⁰ Diese sachpolitische Zielsetzung unterscheidet die Verpackungsabgabe strukturell von den

4 *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 1.

5 Dazu gehören insb. die Verwaltungseinnahmen, die Einkommensteuer der EU-Bediensteten sowie die umstrittenen NGEU-Kredite zur Bewältigung der COVID-19 Folgen. Siehe dazu *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 91 ff.; *Meyer*, EuZW 2021/1, S. 19; *Schorckopf*, NJW 2020/42, S. 3088 f.

6 EuGH, C-265/87, *Schräder*, Urteil v. 11. Juli 1989, ECLI:EU:C:1989:303, Rn. 10.

7 Art. 2 Abs. 2 lit. a), b), d) Eigenmittelbeschluss 2020/2053; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 17 ff.

8 *Schoo*, in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 21.

9 Art. 2 Abs. 2 lit. c) Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

10 Erwägungsgrund 4 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

bislang etablierten Eigenmittelkategorien.¹¹ Die konzeptionelle Verknüpfung von Eigenmitteln mit sachpolitischen Unionszielen geht auf eine andauernde Reformdiskussion um die künftige Ausgestaltung des Eigenmittelsystems zurück.¹² Vor diesem Hintergrund wurde im Jahr 2014 die Monti-Kommission geschaffen, um tragfähige Strukturvorschläge für eine mögliche Weiterentwicklung des Eigenmittelsystems zu erarbeiten. Ziel war es insbesondere, die hohe Abhängigkeit von BNE-basierten Beiträgen zu verringern.¹³ Auch wenn die Kommission in ihrem Abschlussbericht eine finanztechnische Substitution der BNE-Beiträge nicht mehr priorisierte, wurde eine perspektivisch vermehrte Verkopplung von neuen Eigenmitteln mit den Sachpolitiken der Union – wie etwa dem Umweltschutz – verstärkt hervorgehoben.¹⁴ Die Kommission griff diese Reformüberlegungen sodann auf und entwickelte diese in einem eigenen Reflexionspapier weiter.¹⁵ Fortan sollten neue Eigenmittel eine „offensichtlichere Verknüpfung der Eigenmittel mit wichtigen EU-Politikbereichen“ sicherstellen und als stärkere „Unterstützung“ zur Erreichung von Unionspolitiken fungieren.¹⁶ Die Einführung der Verpackungsabgabe stellt dabei die erste Umsetzungsmaßnahme dieser konzeptionellen Neuausrichtung dar.

II. Rechtsnatur der Verpackungsabgabe sowie perspektivische Vorschläge

Konkret soll die Verpackungsabgabe einen „Anreiz zur Verringerung“ nicht recycelter Kunststoffe zur Förderung der Umweltpolitik bieten,¹⁷ indem die Höhe der Zahlungspflicht an ein bestimmtes Verhalten der Mitgliedstaaten gekoppelt wird. Es handelt sich demnach nicht um eine Abgabe mit dem Charakter einer „echten“ Unionssteuer mit unmittelbarer Belastungswirkung für die Unionsbürger.¹⁸ Denn Abgabenschuldner bleiben letztlich die Mitgliedstaaten. Gleichzeitig obliegt es ihnen, konkrete Umsetzungsmaßnahmen zu treffen, um die Finanzierung der Abgaben auf nationaler Ebene sicherzustellen.¹⁹ Gleichwohl ist sie als Abgabe²⁰ zu qualifizieren, die darauf ausgerichtet ist, bestimmte Adressaten mittels der Androhung einer finanziellen Belastung zu einem bestimmten Verhalten anzuhalten

11 *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 319 f.; ders., EuR 2022/2, S. 199.

12 Siehe dazu High Level Group on Own Resources, Future Financing, S. 11; *Magiera*, DVBl 2020/24, S. 914; *Otmár*, EuZW 2018/7, S. 260.

13 High Level Group on Own Resources, Future Financing, S. 11.

14 High Level Group on Own Resources, Future Financing, S. 11; *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 194.

15 Siehe Europäische Kommission, Reflexionspapier über die Zukunft der EU-Finzen, 2017.

16 Europäische Kommission, Reflexionspapier über die Zukunft der EU-Finzen, S. 27 f.

17 Erwägungsgrund 7 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

18 *Hey*, EuZW 2021/7, S. 278.

19 Erwägungsgrund 7 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

20 Die „Abgabe“ wird i.S.d. Untersuchung als Oberbegriff für etwaige hoheitlich erhobene Geldleistungspflichten an die Union verstanden. Unabhängig davon, ob es sich um Finanzierungsbeiträge der Mitgliedstaaten oder um unmittelbare Abgaben privater Wirtschaftssubjekte handelt. Weiterführend dazu *Korn*, S. 34 ff.

(sog. *Lenkungsabgaben*).²¹ Durch sie sollen die sachpolitischen Ziele der Union gezielt unterstützt werden.²² Freilich könnte man einwenden, dass nahezu jeder Abgabe ein gewisser Verhaltenslenkungseffekt innewohnt.²³ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wann eine Abgabe tatsächlich als Lenkungsabgabe zu qualifizieren ist. Nicht ausreichend ist jedenfalls irgendein objektiv geringfügiger Lenkungseffekt.²⁴ Vielmehr muss die Abgabe neben ihrem Finanzierungszweck gezielt darauf ausgerichtet sein, eine objektiv erkennbare Beeinflussung des Verhaltens der Abgabeadressaten herbeizuführen.²⁵ Dies kann sowohl durch ausdrücklich auf Verhaltensänderungen abzielende Abgaben als auch durch die Schaffung gezielter Anreizstrukturen erfolgen.²⁶ Derartig vereinnahmte Abgaben stellen zugleich eine neue Form der Eigenmittel dar: die „*sachpolitischen Eigenmittel*“.²⁷ Neben der eingeführten Verpackungsabgabe hat die Union bereits angekündigt, weitere Lenkungsabgaben vis-à-vis privaten Wirtschaftssubjekten einführen zu wollen. Die Verknüpfung der Eigenmittel mit den Sachpolitiken der Union soll somit perspektivisch fortgeführt werden. Im Raum stehen insbesondere eine Digitalabgabe, eine Finanztransaktionssteuer sowie Einnahmen aus dem CO₂-Emissionshandelssystem.²⁸

III. Ausgestaltung und sachpolitische Zielsetzung der Verpackungsabgabe

Nach aktuellem Eigenmittelbeschluss beträgt die Höhe der zu leistenden Abgabe 0,80 € pro Kilogramm nicht recycelten Verpackungsabfalls und bemisst sich auf Grundlage der Differenz zwischen insgesamt angefallenem und recyceltem Verpackungsmüll.²⁹ Für das Berechnungsverfahren wird dabei auf das einschlägige Sekundärrecht zurückgegriffen.³⁰ Die Erhebung der zur Berechnung erforderlichen statistischen Daten ist dabei den Mitgliedstaaten selbst überlassen.³¹ Obgleich die Verpackungsabgabe grundsätzlich einheitlich strukturiert ist, sind pauschale Ermäßigungen für einzelne Mitgliedstaaten vorgesehen.³² Diese Vergünstigungen sollen

21 Patzig, DÖV 1981/19, S. 739.

22 Ähnlich Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 11, welcher derartigen Abgaben als „*Abgaben mit Lenkungszweck*“ bezeichnet.

23 Kirchhoff, DVBl. 2000/20, S. 1167.

24 Kirchhoff, DVBl. 2000/20, S. 1167.

25 So schon BVerfGE 47, 1 (21); BVerfGE 93, 121 (147).

26 Kirchhoff, DVBl. 2000/20, S. 1167 f.

27 Nach Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 11 stellen solche Abgaben „*Neue Eigenmittel mit politischer Zielsetzung*“ dar.

28 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan, COM(2020) 442 final, S. 17 f.; Heber, EuR 2021/4, S. 421.

29 Art. 2 Abs. 1 lit. c) und Abs. 2 UAbs. 2 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

30 Art. 2 Abs. 2 Eigenmittelbeschluss 2020/2053. Siehe dazu insb. VO (EU) 2025/40 über Verpackungen und Verpackungsabfälle, zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/1020 und der Richtlinie (EU) 2019/904 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 94/62/EG, Abl. L 2025/40 v. 22.01.2025.

31 Reichert/Schwind/De Petris/Jousseau, The ‘EU Plastic Tax’ – Greenwashing New Revenue for the EU Budget, S. 7 (https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Studien/cepInput_EU_Plastic_Tax/cepInput_EU_Plastic_Tax.pdf (08.09.2025)).

32 Art. 2 Abs. 2 UAbs. 3 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

Staaten mit einem niedrigeren BNE entlasten.³³ Die Höhe der Ermäßigung wird anhand einer formelbasierten Berechnung bestimmt, die einen festen Kilogrammwert mit der Bevölkerungszahl des jeweiligen Mitgliedstaats sowie einem einheitlichen Betrag pro Kilogramm multipliziert.³⁴ Nach bisherigen Angaben erbrachte die Verpackungsabgabe im Jahr 2025 ein Aufkommen von 7,2 Milliarden Euro, was rund 4,8 % der Gesamteinnahmen der Union entspricht.³⁵

Als sekundäre umweltpolitische Maßnahme verfolgt die Verpackungsabgabe die übergeordnete Zielsetzung, durch die Reduzierung von Kunststoffabfällen sowie durch eine effiziente und nachhaltige Ressourcennutzung den Umweltschutz zu fördern.³⁶ Unmittelbar verknüpft ist sie folglich mit der Umsetzung des Aktionsplans für eine europäische Kreislaufwirtschaft sowie mit den umweltpolitischen Zielsetzungen des *European Green Deal*.³⁷

C. Zulässigkeit und Grenzen der sachpolitischen Eigenmittel

Die bereits erfolgte und zugleich vermehrt angekündigte Verkopplung von Eigenmitteln mit sachpolitischen Unionszielen wirft die grundlegende Frage auf, ob und in welchem Umfang eine solche Politisierung der Eigenmittel mit den primärrechtlichen Vorgaben des AEUV – speziell mit Art. 311 AEUV – vereinbar ist. Insbesondere gilt es zu erörtern, ob die Verfolgung sekundärer Lenkungszwecke durch Eigenmittel überhaupt zulässig ist (I.) und welche unionsrechtlichen Grenzen und Problemstellungen bei derartigen Eigenmitteln mit Lenkungszweck überdies zu beachten sind (II.).

I. Die Zulässigkeit sachpolitischer Lenkungszwecke im Eigenmittelbeschluss

Der Eigenmittelbegriff als solcher bietet keine konkreten Anhaltspunkte über die Zulässigkeit sekundärer Lenkungszwecke im Eigenmittelbeschluss. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Eigenmittelbegriff in den Verträgen selbst nicht definiert ist.³⁸ Dennoch wird in der Literatur überwiegend die Ansicht vertreten, dass ihm

33 Erwägungsgrund 7 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

34 Die Ermäßigung entspricht 3,8 kg, multipliziert mit der Bevölkerungszahl des betreffenden Mitgliedstaats im Jahr 2017 und anschließend multipliziert mit 0,80 Euro pro Kilogramm; Erwägungsgrund 7 Eigenmittelbeschluss 2020/2053; m.w.N. *Reichert/Schwind/De Petris/Jousseume*, The ‘EU Plastic Tax’ – Greenwashing New Revenue for the EU Budget, S. 5, 11.

35 mwN <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/financing-the-eu-budget/> (25.1.2026).

36 *Reichert/Schwind/De Petris/Jousseume*, The ‘EU Plastic Tax’ – Greenwashing New Revenue for the EU Budget, S. 9.

37 Erwägungsgrund 7 Eigenmittelbeschluss 2020/2053; *Szwarcz*, New EU own resources: possibilities and limitations of steering effects and sectoral policy co-benefits, 2022, S. 37, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2022\)731895](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2022)731895) (08.09.2025).

38 *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 7.

kein materieller, sondern ein formeller Charakter zukommt.³⁹ Dies spricht für eine weite Auslegung der Eigenmittelarten.⁴⁰ Auch der breite Gestaltungsspielraum des Rates bei der Ausgestaltung des Eigenmittelsystems verdeutlicht die Zulässigkeit von Lenkungszwecken im Eigenmittelbeschluss.⁴¹ Er kann gem. Art. 311 Abs. 3 Satz 2 AEUV – wonach „neue Kategorien von Eigenmitteln eingeführt oder bestehende Kategorien abgeschafft werden“ können – weitgehend autonom bestimmen, welche Eigenmittel in das bestehende Eigenmittelsystem aufgenommen werden sollen.⁴² Zwar könnte die Formulierung in Abs. 1, wonach die Union mit den „erforderlichen Mitteln ausgestattet“ wird, „um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politik durchführen zu können“ dahingehend verstanden werden, dass Eigenmittel ausschließlich der gesamthaften Finanzierung der Unionspolitik dienen sollen. Eine solch restriktive Betrachtung liefe jedoch dem in Abs. 3 angelegten Gestaltungsspielraum des Rates sowie der Unbestimmtheit des Eigenmittelbegriffs zuwider.⁴³ Soweit Eigenmittel umweltpolitische Lenkungszwecke entfalten sollen, kann zudem die obligatorische Geltung zur Beachtung der umweltpolitischen Unionsziele aus Art. 11 AEUV sowie Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV als weiteres Argument für die Zulässigkeit sachpolitischer Lenkungszwecke herangezogen werden.⁴⁴ Dem Umweltschutz ist insofern ebenso bei der Ausgestaltung des Eigenmittelsystems hinreichend Rechnung zu tragen.

Auch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vermag keine gegenteilige Beurteilung zu begründen. Zwar regelt Art. 311 AEUV die finanzielle Ausstattung der Union, woraus man ableiten könnte, dass Lenkungszwecke im Rahmen des Eigenmittelbeschlusses über die Finanzierungskompetenz hinausgehen. Jedoch verlangt das Prinzip im Kern lediglich, dass Maßnahmen der Union auf einer einschlägigen Kompetenzgrundlage beruhen müssen.⁴⁵ Somit genügt es zur Wahrung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, etwaige Eigenmittel auf Art. 311 Abs. 3 AEUV zu stützen. Darüber hinaus ist der dem Unionsgesetzgeber in der Praxis eingeräumte Ermessensspielraum sowie der Grundsatz des *effet utile* zu berücksichtigen. Demnach ist das Unionsrecht so auszulegen, dass es seine praktische Wirksamkeit bestmöglich entfaltet.⁴⁶ Dadurch erfährt das Prinzip eine gewisse Abschwächung, sodass eine Beschränkung der Eigenmittel auf rein fiskalische Zwecke

39 So z.B. *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 22; ders. in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 1, § 20, Rn. 56.

40 *Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 9; *Häde*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), § 20, Rn. 56; weitestgehend auch *Ohler*, S. 365 ff.

41 *Messal*, S. 38 f.

42 *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 66; *Messal*, S. 38.

43 Einer solchen ausschließlichen Finanzierungsfunktion steht bereits die Vereinnahmung der Zucker- und Agrarabgaben als Eigenmittel entgegen. Siehe dazu *Häde*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), § 20, Rn. 56.

44 *Freytag*, S. 144; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 11 AEUV, Rn. 15.

45 Zum Umfang der zulässigen Lenkungszwecke siehe noch C. II. 2; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 13; *Nettesheim*, Europarecht, § 8, Rn. 3.

46 EuGH, Rs. C-41/74, *Van Duyn*, Urteil v. 4. Dezember 1973, ECLI:EU:C:1974:133, Rn. 12; *Potacs*, EuR 2009/4, S. 467 ff.

nicht sachgerecht erscheint.⁴⁷ Insbesondere dann, wenn durch die sachpolitischen Lenkungszwecke unionspolitische Ziele wirksamer gefördert oder mitgliedstaatliche Handlungsdefizite kompensiert werden können.⁴⁸

Die Verfolgung sachpolitischer Zwecke im Rahmen des Eigenmittelbeschlusses ist folglich aus unionsrechtlicher Sicht zulässig.

II. Umfang und unionsrechtliche Grenzen

Vor dem Hintergrund der im weiteren Verlauf zu prüfenden rechtlichen Tragfähigkeit der Verpackungsabgabe sowie einer perspektivischen Fortentwicklung der sachpolitischen Eigenmittel sind zunächst die unionsrechtlichen Grenzen derartiger Lenkungsabgaben zu bestimmen. Hierzu ist eingangs eine Typisierung der Abgabenarten erforderlich, da sich infolgedessen teils modifizierte Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ergeben.⁴⁹ Zu unterscheiden ist zwischen Lenkungsabgaben, bei denen die Abgabenschuld unmittelbar bei privaten Wirtschaftssubjekten entsteht, den „*unmittelbaren Lenkungsabgaben*“⁵⁰ und solchen – wie im Fall der Verpackungsabgabe –, bei denen ausschließlich die Mitgliedstaaten als Schuldner gegenüber der Union auftreten, den sog. „*Finanzierungsbeiträgen mit Lenkungszweck*“.⁵¹

Aus haushaltsrechtlicher Sicht müssen jedenfalls die aktuelle Haushaltsobergrenze⁵² sowie der Grundsatz der Nichtzweckbindung (*Non-Affektation*), wonach sämtliche Einnahmen grundsätzlich der allgemeinen Haushaltsfinanzierung dienen müssen,⁵³ beachtet werden. Offen bleibt indes die Frage, welche Grenzen darüber hinaus gewahrt bleiben müssen.

1. Telos der Eigenmittel sowie verfahrensrechtliche Grenzen

Zunächst muss bei Lenkungsabgaben – die zugleich als Eigenmittel gem. Art. 311 Abs. 3 AEUV vereinnahmt werden sollen – der primäre Sinn und Zweck der Eigenmittel berücksichtigt werden. Dieser liegt grundsätzlich in der Finanzierung des Unionshaushalts.⁵⁴ Daraus kann allerdings nicht abgeleitet werden, dass durch Eigenmittel allein haushaltspolitische Zwecke verfolgt werden dürfen.⁵⁵ Gleichwohl besteht so weit Einigkeit, dass etwaige Abgaben nur als Eigenmittel im Rahmen des Art. 311 Abs. 3 AEUV eingeführt werden können, wenn sie primär der Finanzie-

47 *Bergfeld*, S. 45 ff.

48 *Bergfeld*, S. 47.

49 Siehe dazu insbesondere noch C. II. 3. b); ähnlich *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 202.

50 Siehe dazu *Bergfeld*, S. 28 ff.

51 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 190.

52 *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 32; siehe zur aktuellen Obergrenze Art. 3 und 6 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

53 *Niedobitek*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 310 AEUV, Rn. 31.

54 EuGH, Rs. C-265/87, *Schröder*, Urteil v. 11. Juli 1989, ECLI:EU:C:1989:303, Rn. 10; *Messal*, S. 39, 59.

55 *Häde*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), § 20, Rn. 56.

zung des Unionshaushalts dienen.⁵⁶ Verfolgt eine Abgabe hingegen überwiegend sachpolitische Ziele, so muss diese auf die dafür vorgesehene Sachkompetenz gestützt werden.⁵⁷ Etwas anderes mag auch nicht für Abgaben gelten, die obligatorische Unionsziele wie den Umweltschutz fördern sollen. Die Verpflichtung zur Integration umweltpolitischer Ziele kann nicht so weit reichen, als dass eine Einführung primär sachpolitischer Abgaben zur Finanzierung des Unionshaushalts damit begründet werden könnte.⁵⁸ Zur Ermittlung des primären Zwecks kann auf die durch den EuGH entwickelten Grundsätze zur Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen zwischen Sach- und Harmonisierungspolitiken zurückgegriffen werden.⁵⁹ Mit hin ist bei der Beurteilung darauf abzustellen, ob das Eigenmittel schwerpunktmäßig der allgemeinen Haushaltsfinanzierung oder einem sachpolitischen Zweck dienen soll.⁶⁰

Liegt der Schwerpunkt der Abgabe trotz ihres sachpolitischen Lenkungszwecks in der Haushaltsfinanzierung, so bildet Art. 311 Abs. 3 AEUV die einzig einschlägige Rechtsgrundlage für deren Einführung als Eigenmittel im Rahmen eines neuen Eigenmittelbeschlusses.⁶¹ Dies gilt unabhängig davon, ob der Union die Ertragshoheit an einer Abgabe übertragen werden soll oder sie originär rechtsetzend tätig wird.⁶² Die in Abs. 3 normierten verfahrensrechtlichen Anforderungen sind somit strikt zu beachten.⁶³ Folglich ist der Eigenmittelbeschluss im Wege eines besonderen Gesetzgebungsverfahrens vom Rat, nach einer bloßen Anhörung des Europäischen Parlaments, einstimmig zu erlassen. Für das Inkrafttreten des Beschlusses ist ferner gemäß Abs. 3 Satz 3 die Ratifikation durch sämtliche Mitgliedstaaten nach Maßgabe ihrer jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften erforderlich. Die letztverbindliche Entscheidungskompetenz über die Einführung neuer Eigenmittel liegt demnach bei den Mitgliedstaaten selbst.⁶⁴ Sie bleiben die „Herren des Verfahrens“.⁶⁵

2. Erfordernis einer sachpolitischen Kompetenz?

Obleich Eigenmittel auch sachpolitische Lenkungszwecke verfolgen können, stellt sich die Frage nach dem zulässigen Umfang einer solchen Politisierung. Zu erörtern ist insbesondere, ob sachpolitische Lenkungszwecke lediglich innerhalb der bereits

56 Häde, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 66; Messal, S. 39.

57 Häde, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 66; Messal, S. 39.

58 Freytag, S. 144; Messal, S. 59.

59 Heselhaus, S. 473.

60 EuGH, Rs. C-482/17, *Tschechische Republik/Parlament und Rat*, Urteil v. 3. Dezember 2019, ECLI:EU:C:2019:1035, Rn. 31.

61 Häde, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 66; *Niedobitek*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 28.

62 Dazu noch E. II.; Häde, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 52.

63 Häde, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 52.

64 Lienemeyer, S. 206; Magiera, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 10; Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 5.

65 Härtel, § 21 Rn. 22.

übertragenen Sachkompetenzen der Union verfolgt werden dürfen oder ob sie auch auf Politiken außerhalb der Kompetenzordnung der Verträge erstreckt werden können.⁶⁶ Gegen eine derartige unbegrenzte Lenkungscompetenz spricht bereits die durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gesicherte Kompetenzarchitektur der Verträge.⁶⁷ Denn das Prinzip verlangt neben einer einschlägigen Kompetenzgrundlage für das Tätigwerden der Union stets eine bereits erfolgte Übertragung der Zuständigkeit durch die Mitgliedstaaten.⁶⁸ Zwar stellt Art. 311 AEUV eine einschlägige Kompetenzgrundlage für die Einführung neuer Eigenmittel mit Lenkungszweck dar, hieraus lässt sich jedoch keine unbeschränkte Kompetenz zur Verfolgung beliebiger politischer Ziele ableiten. Eine solche Auslegung wäre mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung unvereinbar. Vielmehr müssten neue Sachkompetenzen erst durch ein Vertragsänderungsverfahren gem. Art. 48 Abs. 2-5 EUV auf die Union übertragen werden.⁶⁹ Auch das besondere Ratifikationsverfahren nach Abs. 3 Satz 3 vermag eine abweichende Bewertung nicht zu rechtfertigen.⁷⁰ Wenngleich die Einstimmigkeitspflicht die Mitgliedstaaten vor ungewollten Maßnahmen schützt, so sichert diese nicht die institutionellen Rechte des Europäischen Parlaments.⁷¹ Die Rolle des Europäischen Parlaments würde bei einer derart ausufernden Kompetenzerweiterung über Art. 311 AEUV erheblich geschwächt, da es aufgrund seiner auf ein bloßes Anhörungsrecht beschränkten Verfahrensbeteiligung keine effektive Einflussmöglichkeit auf die inhaltliche Ausgestaltung dieser neuen Politikfelder hätte.⁷² Des Weiteren birgt die Verfolgung sachpolitischer Ziele im Rahmen des Eigenmittelbeschlusses ohne Anknüpfung an eine konkrete Sachkompetenz erhebliche Unsicherheiten für die Anwendung gerichtlicher Kontrollmaßstäbe. Sowohl der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch das Subsidiaritätsprinzip setzen eine eindeutige Zuordnung der Maßnahme zu einem sachlich bestimmten Kompetenzbereich voraus.⁷³ Ohne diese Rückbindung könnte die Abgabe lediglich im Hinblick auf ihre Finanzierungsfunktion, nicht aber auf ihre sachpolitische Lenkungswirkung geprüft werden.

Potenzielle Lenkungszwecke von Eigenmitteln müssen folglich stets durch eine bestehende Sachkompetenz der Union gedeckt sein.⁷⁴ Dies bedeutet indes nicht, dass die Lenkungsabgabe im Rahmen des Eigenmittelverfahrens prozessual tatsächlich sowohl auf Art. 311 Abs. 3 AEUV als auch auf der jeweiligen Sachkompetenz gestützt werden muss.⁷⁵

66 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 204.

67 Im Ergebnis so auch *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 204 f.

68 *Callies*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 7.

69 *Epiney*, JURA 2006/10, S. 755.

70 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 205.

71 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 205.

72 Denn die Kompetenzen wären nicht ausdrücklich im AUEV geregelt. Dazu auch noch C. II. 5.

73 *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 50, 69.

74 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 205; *Waldhoff*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 11.

75 Dazu noch C. II. 5.

3. Allgemeine unionsrechtliche Schranken

Als Rechtsakt des Rates bzw. eines Unionsorgans unterliegt der Eigenmittelbeschluss der primärrechtlichen Bindung.⁷⁶ Bei der Einführung von Eigenmitteln mit sachpolitischem Lenkungszweck sind somit insbesondere die unionsrechtlichen Grundprinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit sowie der allgemeine Gleichheitssatz als rechtliche Schranken zu beachten.

a) Das Subsidiaritätsprinzip

Zunächst müssen Eigenmittel mit sachpolitischem Lenkungszweck mit dem in Art. 5 Abs. 3 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip vereinbar sein. Auch wenn die Finanzierung der Union als organisationsinterner Bereich zu deren ausschließlichen Kompetenzen zählt – wonach das Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich nicht anwendbar wäre⁷⁷ –, ist vorliegend eine modifizierte Betrachtung geboten.⁷⁸ Denn im Falle der sachpolitischen Eigenmittel handelt es sich nicht mehr ausschließlich um eine fiskalische, sondern um eine Maßnahme mit Lenkungszweck. Diese bedarf einer spezifischen Sachkompetenz der Union.⁷⁹ Folglich muss zumindest die sachpolitische Komponente des Eigenmittels dem Subsidiaritätsprinzip entsprechen, sofern diese nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt.⁸⁰ Konkret setzt dies voraus, dass das sachpolitische Ziel des Eigenmittels auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht hinreichend verwirklicht werden kann und eine effizientere Umsetzung auf Unionsebene gewährleistet ist.⁸¹ Wann genau ein durch Abgaben verfolgter Lenkungszweck auf Unionsebene besser verwirklicht werden kann als auf mitgliedstaatlicher Ebene, lässt sich nicht pauschal bestimmen. Zwar sind Maßnahmen zur Verfolgung abgabenbezogener Lenkungsziele grundsätzlich auch auf nationaler Ebene denkbar. Der Union kann jedoch dann nicht verwehrt werden, zur effektiveren Verwirklichung beizutragen, wenn unionsweit erhobene Lenkungsabgaben insbesondere der Durchsetzung einheitlicher, vertraglich verankerter Unionsziele dienen.⁸² Eine Zersplitterung nationaler Maßnahmen liefe insoweit der gemeinschaftlichen Verfolgung der durch die Verträge vorgegebenen Zielsetzungen zuwider. Dennoch bedarf es einer einzelfallbezogenen Prüfung der jeweiligen Lenkungsabgabe, die sich am konkret verfolgten sachpolitischen Ziel orientiert.⁸³ Dabei

76 EuGH, Rs. C-370/12, *Pringle*, Urteil v. 27. November 2012, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 30 ff.; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 10; *Niedobitek*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 19.

77 EuGH, Rs. C-288/11, *Mitteldeutsche Flughafen AG*, Urteil v. 19. Dezember 2012, ECLI:EU:C:2012:821, Rn. 79; *Dittert*, S. 161; *Geiger*, in: Festschrift Gitter, S. 273.

78 So auch *Freytag*, S. 174; *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 341.

79 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 205; *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 11.

80 *Freytag*, S. 174.

81 *Callies*, S. 104; *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 341.

82 *Freytag*, S. 179.

83 *Bergfeld*, S. 52.

ist freilich zu berücksichtigen, dass der Union im Rahmen komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte ein weiter Ermessensspielraum zukommt.⁸⁴

b) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Ergänzend müssen Eigenmittel mit sachpolitischem Lenkungszweck – wie alle Rechtsakte der Union – mit dem in Art. 5 Abs. 4 EUV verankerten Verhältnismäßigkeitsprinzip in Einklang stehen.⁸⁵ Dieses findet sowohl auf Maßnahmen Anwendung, die unmittelbar Unionsbürger betreffen, als auch auf solche, die sich an die Mitgliedstaaten richten.⁸⁶ Folglich unterliegen sowohl unmittelbare Lenkungsabgaben als auch Finanzierungsbeiträge mit Lenkungszweck einer Verhältnismäßigkeitskontrolle.⁸⁷ Dabei gilt es gleichermaßen, den anerkannten Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers bei Maßnahmen wie der Eigenmittelfinanzierung, die politische und wirtschaftliche Erwägungen miteinander verbinden, zu berücksichtigen.⁸⁸ Nach ständiger Rechtsprechung beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle in solchen Fällen grundsätzlich darauf, ob die Maßnahme zur Zielverwirklichung nicht „offensichtlich ungeeignet“ ist.⁸⁹ Gleichwohl kann eine weitergehende Prüfung von Erforderlichkeit und Angemessenheit erfolgen, soweit sie im Rahmen der konkreten Prüfung geboten scheint.⁹⁰ Dies dürfte jedenfalls bei unmittelbaren Lenkungsabgaben, welche in die subjektiven Rechte – insbesondere in die Unionsgrundrechte – der Unionsbürger eingreifen, der Fall sein.⁹¹ Dessen ungeachtet beschränkt sich die Kontrolle aufgrund des Ermessensspielraums des Gesetzgebers auch hier auf die Feststellung, ob die Maßnahme nicht offensichtlich nicht erforderlich oder offensichtlich unangemessen ist.⁹² Im Falle der Eigenmittel mit sachpolitischem Lenkungszweck erstreckt sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung umfassend sowohl auf den haushaltspolitischen Zweck als auch auf die angestrebte Lenkungswirkung. Die Abgabe darf daher einerseits nach dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab nicht „offensichtlich ungeeignet“ sein, zur Finanzierung des Unionshaushalts beizutragen.⁹³

84 EuGH, Rs. C-120/97, *Upjohn*, Urteil v. 21. Januar 1999, ECLI:EU:C:1999:14, Rn. 34; EuGH, Rs. 55/75, *Balkan-Import-Export*, Urteil v. 22. Januar 1976, ECLI:EU:C:1976:8, Rn. 8.

85 *Lienbacher*, in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 37; *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 5 EUV, Rn. 46.

86 *Calliess*, S. 119.

87 *Bergfeld*, S. 52 ff.; *Freytag*, S. 182 ff.; *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 211 f.

88 EuGH, Rs. C-493/17, *Weiss*, Urteil v. 11. Dezember 2018, ECLI:EU:C:2018:1000, Rn. 73; *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012/3, S. 273.

89 EuGH, Rs. C-15/10, *Etimine SA*, Urteil v. 21. Juli 2011, ECLI:EU:C:2011:504, Rn. 125.

90 EuGH, Rs. C-176/09, *Luxemburg/Parlament und Rat*, Urteil v. 12. Mai 2011, ECLI:EU:C:2011:290, Rn. 63 ff.; *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012/3, S. 274.

91 *Freytag*, S. 187 ff., 190 ff.

92 Siehe Schlussantrag GA Trstenjak, Rs. C-34/08, *Azienda Agricola*, ECLI:EU:C:2009:120, Rn. 64.

93 Dies folgt aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit; *Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 310 AEUV, Rn. 17.

Andererseits darf der konkrete Erhebungstatbestand hinsichtlich des verfolgten Lenkungsziels ebenfalls nicht „offensichtlich ungeeignet“ sein.⁹⁴

c) Der allgemeine Gleichheitssatz

Schließlich gilt es auch im Rahmen der Eigenmittelfinanzierung den allgemeinen Gleichheitssatz zu beachten.⁹⁵ Lenkungsabgaben, die auf die Einnahmeerzielung der Union gerichtet sind, dürfen weder unmittelbar noch mittelbar diskriminierend ausgestaltet sein.⁹⁶ Dieser Anspruch der Lastengleichheit folgt für die Mitgliedstaaten unmittelbar aus Art. 4 Abs. 2 EUV sowie für Unionsbürger aus Art. 18 AEUV sowie Art. 20 GRC.⁹⁷ Maßgeblich ist jedenfalls, dass vergleichbare Sachverhalte nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden.⁹⁸

4. Vorrang des Eigenmittelbeschlusses gegenüber Sekundärrecht?

Neben den bereits erörterten Grenzen wirft die Verkopplung von sachpolitischen Zielen und Eigenmitteln ein weiteres grundlegendes Problem auf. Im Fall einer normativen Diskrepanz der Regelungen des Eigenmittelbeschlusses mit bestehendem Sekundärrecht bestünde die Gefahr, dass dieser die sekundärrechtlichen Regelungen kraft seines höheren Ranges über Sekundärrecht⁹⁹ verdrängt.¹⁰⁰ Eine Doppelabstützung zwischen der entsprechenden Sachkompetenz und Art. 311 Abs. 3 AEUV im Eigenmittelbeschluss kommt aufgrund der divergierenden Gesetzgebungsverfahren zwischen Eigenmittelbeschluss und Sachkompetenzen nicht in Betracht.¹⁰¹ Vielmehr wird angesichts der mit einer Doppelabstützung verbundenen – in der Praxis kaum umsetzbaren – verfahrenstechnischen Schwierigkeiten eine eindeutige Zuordnung zu der entsprechenden Kompetenzgrundlage verlangt.¹⁰² Bei Abgaben – welche vorrangig finanzielle Zwecke verfolgen – liegt diese im Haushaltsrecht.¹⁰³ Der

94 Siehe dazu noch genauer D. I.; *Freytag*, S. 185; *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 211.

95 EuGH, Rs. C-265/78, *Ferwerda*, Urteil v. 5. März 1980, ECLI:EU:C:1980:66, Rn. 8; *Freytag*, S. 197.

96 *Freytag*, S. 197 f.

97 *Classen*, EuR 2020/3, S. 260; *Weiß*, ZEuS 2017/3, S. 322.

98 Wie sich dies bzgl. der pauschalen Ermäßigungen der Verpackungsabgabe verhält, siehe D. I.; EuGH, Rs. C-265/78, *Ferwerda*, Urteil v. 5. März 1980, ECLI:EU:C:1980:66, Rn. 8.

99 Zur genauen Rechtsnatur des Eigenmittelbeschlusses siehe etwa *von Arnould*, EuR 2003/2, S. 198 ff.; *Niedobitek*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 19; *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 5.

100 *Heselhaus*, S. 473; *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 207 f.

101 EuGH, Rs. C-300/89, *Kommission/Rat*, Urteil v. 13. März 1991, ECLI:EU:C:1991:115, Rn. 18; Dabei wird es sich i.R.d. Sachkompetenzen regelmäßig um das ordentliche Gesetzgebungsverfahren handeln, während der Eigenmittelbeschluss dem besonderen Gesetzgebungsverfahren unterliegt.

102 EuGH, Rs. C-300/89, *Kommission/Rat*, Urteil v. 13. März 1991, ECLI:EU:C:1991:115, Rn. 21 ff.; *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 209.

103 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 209.

Rat hätte folglich die Möglichkeit, bereits verabschiedetes Sekundärrecht ohne nennenswerten Einfluss des Parlaments durch den Eigenmittelbeschluss zu überschreiben oder anzupassen.¹⁰⁴

Zur Lösung dieser denkbaren Kompetenzverschiebung kann nach einer vertretenen Ansicht die dogmatische Figur des „*institutionellen Gleichgewichts*“ herangezogen werden.¹⁰⁵ Nach dem institutionellen Gleichgewicht sind die Unionsorgane verpflichtet, ihre jeweiligen Befugnisse unter Beachtung der Zuständigkeiten der anderen Organe auszuüben.¹⁰⁶ Übertragen auf den Fall der Eigenmittel mit Lenkungszweck lassen sich dieser Auffassung zwei Kernaussagen entnehmen.

Zunächst beschränkt sich die Möglichkeit der Einführung neuer Eigenmittel mit sachpolitischem Lenkungszweck auf die Bereiche, in denen die Union im Rahmen ihrer übertragenen Kompetenzen selbst sachpolitische Ziele verfolgen dürfte. Darüber hinaus bleiben die sachpolitischen Regelungen des Eigenmittelbeschlusses – um die Kompetenzen des Parlaments nicht zu unterlaufen – an die bisherige sekundärrechtliche Gesetzgebung gebunden.¹⁰⁷

5. Beurteilung und alternativer Lösungsansatz – die Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments auf der Einnahmenseite des Unionshaushalts

Nach den bisherigen Ausführungen ist festzuhalten, dass die Einführung neuer Eigenmittel mit sachpolitischem Lenkungszweck im Rahmen des Art. 311 Abs. 3 AEUV zulässig ist, soweit die aufgezeigten unionsrechtlichen Grenzen gewahrt werden. Die mögliche Verschiebung der Organkompetenzen sowie potenzielle Normkonflikte zwischen Eigenmittelbeschluss und Sekundärrecht über das Dogma des institutionellen Gleichgewichts zu lösen, ist aus aktueller unionsrechtlicher Sicht schlüssig. Dennoch wird bei diesem Ansatz nicht hinreichend berücksichtigt, dass Eigenmittelbeschlüsse mit sachpolitischen Elementen – trotz der Bindung an bestehendes Sekundärrecht – potenziell in Sachbereiche eingreifen können, die nach der Systematik des AEUV eine stärkere Beteiligung des Europäischen Parlaments erfordern.¹⁰⁸ Insbesondere vor dem Hintergrund der fortdauernden Kritik an der schwachen institutionellen Stellung des Europäischen Parlaments erscheint eine bloße Bindung an bestehendes Sekundärrecht unzureichend. Daher soll eine zusätzliche Lösung vorgeschlagen werden, um sowohl die Kompetenzsystematik des AEUV zu wahren als auch potenzielle Regelungskonflikte zu vermeiden: die Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments im Eigenmittelverfahren.

104 *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 333.

105 Siehe dazu *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 339 f.; ders. *EuR* 2022, S. 209 f.

106 EuGH, Rs. C-77/88, *Parlament/Rat*, ECLI:EU:C:1990:217, Rn. 22.

107 *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 340; ders., *EuR* 2022/2, S. 210 f.

108 *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 332 schreibt selbst: “Politicizing the Own Resources Decision could diminish the political role of the European Parliament”.

a) Die Rolle des Europäischen Parlaments *de lege ferenda*

Die institutionelle haushaltsrechtliche Stellung des Europäischen Parlaments war stets Gegenstand politischer Auseinandersetzungen und hat sich im Laufe der Zeit kontinuierlich erweitert.¹⁰⁹ Nichtsdestoweniger bleibt die Rolle des Parlaments im Eigenmittelverfahren – trotz seiner erweiterten Befugnisse auf der Ausgabenseite – derzeit auf ein bloßes Anhörungsrecht beschränkt.¹¹⁰ Diese strukturelle Asymmetrie führt dazu, dass das Parlament über die Mittelverwendung mitentscheidet, aber bezüglich der Mittelbeschaffung kaum Einfluss hat.¹¹¹ Eine Stärkung der Rolle des Parlaments im Eigenmittelverfahren *de lege ferenda* – etwa durch die Einführung eines Zustimmungserfordernisses – könnte zum einen sicherstellen, dass die sachpolitische Steuerung im Rahmen der Eigenmittel nicht einseitig aus intergouvernementalen Interessen erfolgt, sondern einer gewissen parlamentarischen Kontrolle unterliegt.¹¹² Zum anderen könnten potenzielle Normkonflikte bereits im Gesetzgebungsverfahren behoben werden. Folglich wären keine Ausnahmen der Normhierarchie zwischen primärem und sekundärem Unionsrecht erforderlich. Darüber hinaus würde eine stärkere Beteiligung des Parlaments im Eigenmittelverfahren als einzigem direkt legitimierten Organ dem häufig hervorgebrachten „Demokratiedefizit“ innerhalb der Institutionsstruktur der Union entgegenwirken.¹¹³ Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass eine derartige Erweiterung der Haushaltsbefugnisse des Europäischen Parlaments zu weiteren politischen Spannungen innerhalb der Union führen könnte. Betrachtet man etwa die Praxis des Parlaments im Rahmen des mehrjährigen Finanzrahmens – in dem es bereits über ein Zustimmungsrecht verfügt –, so wird deutlich, dass das Parlament insbesondere in Bezug auf die Festsetzung neuer Eigenmittel die Zustimmung verweigert, sofern seine Interessen nicht hinreichend berücksichtigt werden.¹¹⁴

b) Zwischenergebnis

Trotz dieser potenziellen praktischen Hindernisse ist eine Erweiterung der Befugnisse des Europäischen Parlaments im Eigenmittelverfahren zur Wahrung der Kompetenzsystematik der Union im Falle einer zunehmenden Politisierung der Eigenmittel dringend angezeigt. Insbesondere würde dies sicherstellen, dass Eigenmittelbeschlüsse mit sachpolitischen Elementen – die in parlamentarische Sachkompetenzen eingreifen – einer angemessenen Beteiligung des Europäischen Parlaments

109 *Magiera*, in: Festschrift Schlochauer, S. 848 ff.; *Suski*, S. 145 ff.; *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 310 AEUV, Rn. 12 ff.

110 *Härtel*, § 21 Rn. 29.

111 *D'Alfonso*, Reforming the financing of the EU budget: Outlook, 2016, S. E-53; <https://www.on-federalism.eu/downloads?task=download.send&cid=17:volume-8-issue-2-2016&catid=4> (27.01.2026).

112 Ähnlich *Rossi*, S. 261 f.

113 *Magiera*, in: Geburtstagsschrift Grabitz, S. 410; *Müller*, S. 245.

114 Siehe dazu etwa Entschließung des Parlaments, Schlussfolgerungen der außerordentlichen Tagung des Europäischen Rates vom 17.-21. Juli 2020, C 371/110.

unterliegen. Eine solche Beteiligung scheint aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht nur sachgerecht, sondern bereits aus demokratietheoretischer Sicht geboten.¹¹⁵

D. Analyse der Verpackungsabgabe im Eigenmittelsystem

I. Anwendung der entwickelten Grundsätze auf die Verpackungsabgabe

In Anknüpfung an die bereits eingeführte Verpackungsabgabe soll fortan analysiert werden, ob diese mit den entwickelten unionsrechtlichen Grenzen für Finanzierungsbeiträge mit Lenkungszweck vereinbar ist.

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wird bereits durch die Verankerung der Verpackungsabgabe in Art. 311 Abs. 3 AEUV gewahrt.¹¹⁶ Ungeachtet dessen wird vereinzelt in Zweifel gezogen, ob die Verpackungsabgabe überhaupt auf Art. 311 AEUV gestützt werden könne. Zur Begründung wird angeführt, die Abgabe verfolge vorrangig das Ziel, das Verhalten von Wirtschaft und Verbrauchern zu beeinflussen. Die Einführung der Abgabe auf Grundlage des Art. 311 AEUV erscheint demnach problematisch.¹¹⁷ Diese Auffassung überzeugt indes nicht. Zwar soll die Verpackungsabgabe auch sachpolitische Ziele unterstützen, jedoch bleibt sie im Kern primär fiskalisch ausgerichtet und dient der allgemeinen Haushaltsfinanzierung der Union.¹¹⁸ Dabei lässt sich die primär fiskalpolitische Zweckbestimmung der Verpackungsabgabe bereits aus ihrem Schwerpunkt herleiten. Sie enthält keine obligatorischen materiell-rechtlichen Regelungen zur Umsetzung umweltpolitischer Ziele. Den Mitgliedstaaten steht es frei, ob und welche Umsetzungsmaßnahmen sie auf nationaler Ebene ergreifen wollen.¹¹⁹ Etwaige umweltpolitische Wirkungen stellen folglich lediglich sekundäre Lenkungswirkungen dar. Insofern bleibt die Maßnahme ersichtlich primär fiskalisch ausgerichtet, sodass ein Rückgriff auf Art. 311 Abs. 3 AEUV unionsrechtlich zulässig ist.

Ergänzend bedarf es einer Rückbindung an eine unionsrechtliche Sachkompetenz.¹²⁰ Im Fall der Verpackungsabgabe als sekundär umweltpolitischer Maßnahme ist Art. 192 i.V.m. Art. 191 AEUV als tragfähige Sachkompetenzgrundlage anzusehen. Die Verpackungsabgabe steht somit mit der Kompetenzsystematik des AEUV in Einklang. Soweit zudem eine Bindung an bereits geltendes Sekundärrecht zur Wahrung des institutionellen Gleichgewichts angenommen wird, muss die Verpackungsabgabe mit bereits geltendem Sekundärrecht vereinbar sein.¹²¹ Hierbei ist

115 Denn auch die Union unterliegt dem Demokratieprinzip. Siehe dazu *Rossi*, S. 259 ff.

116 Der Eigenmittelbeschluss 2020/2053 nennt Art. 311 Abs. 3 AEUV ausdrücklich als Ermächtigungsgrundlage.

117 Siehe dazu z.B. *Waigel*, S. 184.

118 Art. 7 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

119 Erwägungsgrund 7 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

120 Dazu C. II. 2.; *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 337; *Waldbhoff*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 11.

121 *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 340; ders., *EuR* 2022/2, S. 210 f.

festzustellen, dass die Verpackungsabgabe keine materiell-rechtlichen Regelungen im Bereich der Abfallbewirtschaftung enthält. Vielmehr beschränkt sie sich auf die Erhebung eines pauschalen Beitrags ohne normativen Eingriff in harmonisierte Umweltvorgaben. Inhaltliche Widersprüche zu potenziell einschlägigem Sekundärrecht lassen sich demnach nicht feststellen. Dennoch hat die Verpackungsabgabe eine ergänzende Wirkung. Denn durch den finanziellen Anreiz zur Verringerung des Kunststoffmülls setzt die Verpackungsabgabe zusätzlich „sanfte Zwänge“,¹²² Umweltmaßnahmen zur Verringerung der eigenen Beitragslast zu ergreifen. Mittels dieses Anreizes wird zumindest mittelbar von bereits harmonisierten Umweltvorgaben abgewichen.¹²³ Zwar begründen solche Ergänzungen keine unzulässige Kompetenzverschiebung im Lichte des institutionellen Gleichgewichts,¹²⁴ doch sollte bei Eingriffen in parlamentarische Sachkompetenzen stets eine stärkere Beteiligung des Europäischen Parlaments angestrebt werden.

Weiterhin ist das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV zu wahren.¹²⁵ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Prüfung von politikübergreifenden Maßnahmen keine strikt isolierte Betrachtung der einzelnen Komponenten erfordert, vielmehr ist die Maßnahme im Gesamtzusammenhang ihres haushaltspolitischen sowie sachpolitischen Zweckes zu würdigen.¹²⁶ Dessen ungeachtet ist selbst im Rahmen einer hypothetisch isolierten Betrachtung der sachpolitischen Komponente kein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 EUV festzustellen. Denn das Subsidiaritätsprinzip setzt auf mitgliedstaatlicher Ebene eine hinreichende Zielverwirklichung voraus. Diese ist regelmäßig dann zu verneinen, wenn ein umweltpolitisches Problem vorliegt, dem die Mitgliedstaaten nicht wirksam entgegenreten.¹²⁷ In Anbetracht der ambitionierten umweltpolitischen Zielsetzung – wie etwa der angestrebten Klimaneutralität bis 2050 sowie einer vollständigen Kreislaufwirtschaft – lassen sich die bisherigen mitgliedstaatlichen Maßnahmen als unzureichend einstufen, um die weiten Umweltziele der Union zu verwirklichen.¹²⁸ Hinzu kommt, dass eine Zuständigkeit der Union zumeist dann vorzugswürdig ist, wenn die betreffende Problematik grenzüberschreitenden Charakter aufweist und Maßnahmen an mehrere Mitgliedstaaten gerichtet sind.¹²⁹ Dies ist vorliegend der Fall. Sowohl die Umweltbelastung durch Kunststoffabfälle als auch deren wirtschaftliche Ursachen und Auswirkungen machen nicht an nationalstaatlichen Grenzen halt. Um diese trans-

122 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 204.

123 Ähnlich auch *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 208.

124 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 210 f.

125 Dazu C. II. 3. a).

126 EuGH, Rs. C-508/13, *Estland/Parlament und Rat*, Urteil v. 18. Juni 2015, ECLI:EU:C:2015:403, Rn. 58 ff.

127 *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, Kap. 4, Rn. 42.

128 Siehe zur Entwicklung des Verpackungsmülls: Recycling rate of plastic packaging waste in the European Union (EU-27) in 2010 and 2022 by country, abrufbar unter: <https://www.statista.com/statistics/812510/plastic-packaging-waste-recycling-eu-by-country/> (27.01.2026).

129 *Krämer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Vor 191-193 AEUV, Rn. 115; *Reese*, in: Festschrift Koch, S. 198.

nationalen Probleme effektiv anzugehen, ist eine Regelungskompetenz auf Unionsebene vorzugswürdig.

Ferner ergeben sich auch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Verpackungsabgabe keine Bedenken.¹³⁰ Denn bereits aus praktischer Sicht beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle im Ausgangspunkt auf die Frage, ob die Maßnahme zur Zielerreichung nicht „offensichtlich ungeeignet“ ist.¹³¹ Aus fiskalpolitischer Sicht ist die Verpackungsabgabe ersichtlich geeignet, zur Finanzierung des Unionshaushalts beizutragen.¹³² Dass die Bemessungsgrundlage an ein umweltpolitisches Kriterium anknüpft, berührt die fiskalpolitische Eignung nicht. Vielmehr ermöglicht dies eine Verkopplung finanzieller Belastung mit dem ökologischen Verhalten der Mitgliedstaaten, um deren Abgabenschuld zu bestimmen. Hinsichtlich des sachpolitischen Elements gilt es weiterhin zu erörtern, ob der Finanzierungsbeitrag in seiner fiskalischen Ausgestaltung nicht „offensichtlich ungeeignet“ ist, die intendierten Lenkungsziele tatsächlich zu fördern.¹³³ Wenngleich es sich bei der Verpackungsabgabe nicht um ein klassisches umweltrechtliches Steuerungsinstrument – wie es etwa in Form harmonisierter Umweltsteuern denkbar wäre¹³⁴ – handelt, so zeigen die bereits ergriffenen mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Reduzierung des Kunststoffmülls, dass die Verpackungsabgabe grundsätzlich einen realen Anreiz zur Verhaltensänderung setzen kann.¹³⁵ Dabei steht der Erhebungstatbestand – die Menge nicht recycelter Kunststoffverpackungen – in einem sachlich plausiblen Zusammenhang mit dem umweltpolitischen Ziel der Verpackungsmüllvermeidung. Durch die Anknüpfung an das tatsächliche Recyclingverhalten der Mitgliedstaaten wird ein finanzieller Anreiz geschaffen, der geeignet ist, das angestrebte Lenkungsverhalten zu fördern. Eine „offensichtliche Ungeeignetheit“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung ist demnach in keiner Hinsicht gegeben.

Abschließend sind auch die vorgesehenen pauschalen Ermäßigungen für einzelne Mitgliedstaaten – die faktisch zu einer Mehrbelastung für andere Mitgliedstaaten führen – mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar.¹³⁶ Zwar müssen die Finanzierungslasten grundsätzlich „gerecht“ verteilt werden, dies begründet jedoch kein strikt formales Gleichbehandlungsgebot der Mitgliedstaaten.¹³⁷ Vielmehr können Abgaben so ausgestaltet werden, dass leistungsfähigere Mitgliedstaaten stärker be-

130 Siehe dazu C. II. 3. b).

131 EuGH, Rs. C-15/10, *Etimine SA*, Urteil v. 21. Juli 2011, ECLI:EU:C:2011:504, Rn. 125.

132 *Hufeld*, in: Hufeld/Ohler (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Band 9, § 2, Rn. 171; siehe zu dem generierten Aufkommen auch B. II.

133 *Freytag*, S. 185 f.; *Neumeier*, *EuR* 2022/2, S. 211; *Trstenjak/Beysen*, *EuR* 2012/3, S. 273.

134 *Hey*, *EuZW* 2021/7, S. 278 ff.

135 Neben Staaten wie Spanien und Portugal, die bereits eine nationale Verpackungssteuer eingeführt haben, plant auch Deutschland die – bislang verschobene – Umsetzung einer nationalen Verpackungssteuer. Siehe dazu Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, *Refinanzierung der Kunststoff-Eigenmittel zum EU-Haushalt*, WD 8 – 3000 – 035/22, Ziff. 2.; *Lang*, *Zu kompliziert: Lindner verschiebt Plastiksteuer erneut*, abrufbar unter <https://www.euwid-recycling.de/news/politik/zu-kompliziert-lindner-verschiebt-plastiksteuer-erneut-150424/> (27.02.2026).

136 Siehe dazu C. II. 3. c); *Neumeier*, *EuR* 2022/2, S. 199 f.

137 *Niedobitek*, in: *Steinz* (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 37.

lastet werden.¹³⁸ Dies ergibt sich aus dem Solidaritätsprinzip als tragendem Grundsatz des Unionsrechts.¹³⁹ Im Lichte dieses Prinzips ist eine differenzierende Lastenverteilung nicht nur zulässig, sondern im Sinne einer gerechten Lastengleichheit sogar geboten.¹⁴⁰ Eine formale Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten würde der unterschiedlichen wirtschaftlichen Kapazität nicht gerecht und liefe dem Ziel der Union zuwider, den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt zu stärken.¹⁴¹

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Verpackungsabgabe – sowohl im Hinblick auf ihre kompetenzrechtliche Fundierung als auch im Lichte der entwickelten unionsrechtlichen Schranken – als mit dem primären Unionsrecht vereinbar anzusehen ist. Weder das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung noch der Subsidiaritäts- oder Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stehen ihrer Rechtmäßigkeit entgegen. Ebenso wenig ergeben sich Unvereinbarkeiten mit bestehendem Sekundärrecht oder dem Dogma des institutionellen Gleichgewichts. Die Maßnahme stellt sich vielmehr als rechtlich tragfähiges Finanzierungsinstrument dar, das dem unionsrechtlichen Normgefüge gerecht wird.

II. Die Verpackungsabgabe – ein wirksames Mittel zur Verkopplung der Eigenmittel mit sachpolitischen Unionszielen?

1. Strukturelle Schwächen und Steuerungsdefizite der Verpackungsabgabe

Das intendierte Ziel der Verpackungsabgabe ist es, die Eigenmittel der Union „sichtbarer mit den Unionspolitiken zu verknüpfen“.¹⁴² Dennoch bestehen verteilt Zweifel an der tatsächlichen Lenkungswirkung der Maßnahme.¹⁴³ Als pauschale Abgabe ohne verbindliche Umsetzungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten entfaltet sie nur begrenzt Anreize zur Verhaltensänderung.¹⁴⁴ Häufig wird die Abgabenschuld aus dem nationalen Haushalt geleistet, ohne konkrete Maßnahmen zur Abfallvermeidung zu ergreifen oder eine Kostenüberwälzung auf die Verursacher vorzunehmen.¹⁴⁵ Der Anreiz zur Verringerung nicht recycelter Abfälle wird zudem durch die pauschalen Ermäßigungen für einzelne Mitgliedstaaten konterkariert, da diese unabhängig vom tatsächlichen Abfallaufkommen gewährt werden.¹⁴⁶ Ferner

138 *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 38.

139 *Callies*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 222 AEUV, Rn. 3 ff.; *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 37.

140 *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 38.

141 *Magiera*, in: Geburtstagsschrift Grabitz, S. 419 f.; *Weiß*, ZEuS 2017/3, S. 323.

142 Erwägungsgrund 4 Eigenmittelbeschluss 2020/2053.

143 So z.B. *Europäischer Rechnungshof*, EU-Einnahmen auf der Grundlage nicht recycelter Verpackungsabfälle aus Kunststoff, Sonderbericht 16/2024, S. 37 ff.; *Falke*, ZUR 2025/1, S. 60; *Reichert/Schwind/De Petris/Jousseau*, The ‘EU Plastic Tax’ – Greenwashing New Revenue for the EU Budget, S. 3 ff.

144 *Reichert/Schwind/De Petris/Jousseau*, The ‘EU Plastic Tax’ – Greenwashing New Revenue for the EU Budget, S. 9.

145 *Waigel*, S. 183.

146 *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 11.

bestehen erhebliche methodische Defizite bei der Datenerhebung. Die zur Berechnung herangezogenen Abfalldaten werden von den Mitgliedstaaten selbst zur Verfügung gestellt.¹⁴⁷ Dadurch besteht das Risiko, dass die Mitgliedstaaten Plastikmüll fälschlich als „recycelt“ deklarieren, um ihre Beiträge zu mindern.¹⁴⁸ Kontrollmechanismen, welche ein solches Vergehen aufklären könnten, fehlen bislang.¹⁴⁹ Überdies erzeugt die Verpackungsabgabe zwei Dilemmata. Zum einen führen steigende Recyclingerfolge der Mitgliedstaaten sowie die pauschale Ermäßigung der Verpackungsabgabe für leistungsschwächere Mitgliedstaaten zu sinkenden Abgaben, die zugleich im Eigenmittelsystem durch einen Ausgleich der wirtschaftlich stärkeren Mitgliedstaaten – wie etwa Deutschland – in Form der BNE-basierten Abgaben kompensiert werden müssen.¹⁵⁰ Dies führt zu einem umweltpolitisch paradoxen Effekt, dass es für einige Mitgliedstaaten vorteilhafter ist, wenn die Recyclingquoten anderer Mitgliedstaaten niedrig bleiben.¹⁵¹ Zum anderen würde eine hypothetisch signifikante Reduktion nicht recycelter Kunststoffabfälle dazu führen, dass die zugrundeliegende Einnahmequelle der Abgabe sukzessive entfällt.¹⁵²

2. Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeit?

Obleich man annehmen könnte, dass die genannten Defizite und Paradoxa Auswirkungen auf die Geeignetheit der Verpackungsabgabe haben könnten, so ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von komplexen wirtschaftlichen Maßnahmen auf die Geeignetheit im Zeitpunkt deren Erlasses abzustellen.¹⁵³ Maßgeblich ist demnach, ob sie zu diesem Zeitpunkt objektiv zur Zielverwirklichung beitragen konnte (*ex-ante*).¹⁵⁴ Dies ist bei der Verpackungsabgabe zu bejahen. Sie stellt eine unionsweit fiskalisch tragfähige Einnahmequelle dar und bietet ergänzend einen realen Anreiz zur Verpackungsmüllreduzierung. Auch vor dem Hintergrund zukünftiger Entwicklungen ist nicht ersichtlich, dass sie ihre fiskalische und sachpolitische Funktion perspektivisch verliert. Folglich ist die Verpackungsabgabe trotz Widersprüchlichkeiten nicht „offensichtlich ungeeignet“.

147 *Reichert/Schwind/De Petris/Jousseau*, The ‘EU Plastic Tax’ – Greenwashing New Revenue for the EU Budget, S. 7.

148 *Falke*, ZUR 2025/1, S. 60.

149 *Europäischer Rechnungshof*, EU-Einnahmen auf der Grundlage nicht recycelter Verpackungsabfälle aus Kunststoff, Sonderbericht 16/2024 S. 37, 41.

150 *Neumeier*, CMLR 2023/2, S. 330; ders., EuR 2022/2, S. 199 f.

151 *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 200.

152 *Ezcurra/Bisogno*, The New ‘EU Plastic Contribution’, 2022, S. 3, abrufbar unter: <https://legalblogs.wolterskluwer.com/international-tax-law-blog/the-new-eu-plastic-contribution-lights-and-shadows-under-scrutiny/> (27.01.2026).

153 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, *Slowakei/Rat*, Urteil v. 6. September 2017, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 221.

154 EuGH, Rs. C-643/15 u. C-647/15, *Slowakei/Rat*, Urteil v. 6. September 2017, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 221.

3. Ansatzpunkte zur Stärkung der umweltpolitischen Zielverfolgung

Angesichts der ambitionierten umweltpolitischen Zielsetzungen der Union – wie etwa einer vollständigen Kreislaufwirtschaft – stellt sich die Frage nach einer effektiveren Ausgestaltung der Verpackungsabgabe. Ein möglicher Ansatzpunkt liegt dabei im Erlass eines Durchführungsrechtsakts gem. Art. 311 Abs. 4 AEUV.¹⁵⁵ Zwar ist der normative Umfang dieser Öffnungsklausel bislang nicht abschließend geklärt,¹⁵⁶ allerdings dürfte ein Zwang zur Harmonisierung der Umsetzungsmaßnahmen nicht mehr vom Rahmen des Abs. 4 umfasst und bereits aus Subsidiaritätsgründen unzulässig sein.¹⁵⁷ Dennoch ist der Union im Rahmen des Abs. 4 ein gewisser Gestaltungsspielraum zuzubilligen.¹⁵⁸ Durch diesen könnten beispielsweise unionsweit harmonisierte Prüf- und Erhebungsmaßstäbe sowie erforderliche Begrifflichkeiten wie etwa „Kunststoffabfall“ festgelegt werden.¹⁵⁹ Ebenfalls könnte perspektivisch eine Berichtspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission – etwa zur Offenlegung der Kostenweitergabe – über Abs. 4 eingeführt werden und damit mehr Transparenz schaffen. Auch wenn derartige Maßnahmen die grundlegenden Defizite der Verpackungsabgabe nicht unmittelbar beheben, sind sie dennoch geeignet, die tatsächliche Lenkungswirkung der Abgabe zu stärken.

4. Zwischenergebnis

Auch wenn der Verpackungsabgabe als intendierter Lenkungsabgabe eine durch finanzielle Anreize zur Abfallvermeidung bewirkte verhaltenssteuernde Wirkung nicht vollständig negiert werden kann und mithin nicht als offensichtlich ungeeignetes Instrument zur Erreichung unionsrechtlicher Umweltziele einzuordnen ist, so beschränkt sich die Lenkungswirkung der Abgabe in der konkreten Ausgestaltung allenfalls auf eine mittelbare.¹⁶⁰ Eine unmittelbare Lenkungswirkung hängt hingegen maßgeblich von mitgliedstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen ab. Um dem Vorwurf des „Greenwashing“¹⁶¹ von unpopulären Fiskalmaßnahmen zu begegnen sowie der angekündigten stärkeren Verknüpfung der Eigenmittel mit Sachpolitiken Rechnung zu tragen, ist künftig eine wirksamere Anbindung der Eigenmittel an die Sachpolitiken der Union erforderlich.

155 So auch *Waigel*, S. 183; die Option dazu hat sich die Union gem. Art. 10 Eigenmittelbeschluss 2020/2053 ausdrücklich offengehalten.

156 *Khan*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 13.

157 Nach *Rossi*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), § 3 A. A.III., Rn. 133 darf die Art und Höhe der Eigenmittel nicht verändert werden. So auch *Waigel*, S. 183.

158 *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, S. 88.

159 Ähnlich *Waigel*, S. 183 f.

160 So auch *Neumeier*, EuR 2022/2, S. 199.

161 *Reichert/Schwind/De Petris/Jousseau*, The ‘EU Plastic Tax’ – Greenwashing New Revenue for the EU Budget, S. 9.

E. Fortentwicklungsmöglichkeiten der sachpolitischen Eigenmittel

Nach Auffassung der Kommission soll die Verpackungsabgabe lediglich den ersten Anwendungsfall einer „offensichtlicheren“ Verkopplung der Eigenmittel mit den Unionspolitiken darstellen.¹⁶² Eine potenzielle Erweiterung des Eigenmittelsystems durch neue Eigenmittel ist unionsrechtlich grundsätzlich unbedenklich. Es besteht insoweit kein „*Numerus clausus*“ der Eigenmittelarten.¹⁶³ Dass weitere Eigenmittel neben dem haushaltspolitischen Zweck zudem sachpolitische Zwecke verfolgen können, wurde bereits erörtert. Offen bleibt gleichwohl die Frage, wie eine effiziente Inklusion der Sachpolitiken im Rahmen des Eigenmittelsystems unionsrechtlich konkret ausgestaltet werden kann – insbesondere, welche Abgabenarten zur Fortentwicklung der sachpolitischen Eigenmittel herangezogen werden können und welche integrationspolitischen Folgen damit einhergehen.

I. Finanzierungsbeiträge mit Lenkungszweck

Zunächst kommen weitere Finanzierungsbeiträge mit Lenkungszweck in Betracht. Auch wenn es sich bei derartigen Abgaben um Finanzierungsbeiträge der Mitgliedstaaten handelt, führt dies nicht zu einer Rückkehr der irregulären Beitragsfinanzierung durch die Mitgliedstaaten.¹⁶⁴ Vielmehr trifft die Mitgliedstaaten nach Art. 311 Abs. 2 AEUV und dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit die Verpflichtung, die Union mit den erforderlichen Mitteln auszustatten.¹⁶⁵ Wird dieser Verpflichtung über mitgliedstaatlich geleistete Beiträge Rechnung getragen, bestehen zumindest dann keine unionsrechtlichen Bedenken, wenn die Mitgliedstaaten diese Beiträge unverzüglich bereitstellen.¹⁶⁶ Folglich kann zur Verkopplung von Eigenmitteln und Sachpolitiken perspektivisch auf weitere Finanzierungsbeiträge mit Lenkungszweck zurückgegriffen werden. Kritisch anzumerken ist dennoch, dass Finanzierungsbeiträge immer von einem gewissen „guten Willen“ zur Zahlungsbereitschaft der Mitgliedstaaten abhängen – die vermehrt geforderte Stärkung der Autonomie der Union auf der Einnahmenseite des Haushalts wird somit weiterhin konterkariert.¹⁶⁷

162 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission, Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan, COM(2020) 442 final, S. 17 f.

163 *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 51; *Kube*, HFSt 2022/18, S. 53.

164 Die Rückkehr zu einer ausschließlichen Beitragsfinanzierung durch die Mitgliedstaaten ist unzulässig. Siehe dazu *Magiera*, in: Geburtstagsschrift Grabitz, S. 411 f.; *Ohler*, S. 372.

165 *Heselhaus*, S. 447; *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 2.

166 Solche Beiträge werden zutreffend auch als sog. „unechte Finanzierungsbeiträge“ bezeichnet. Siehe dazu EuGH, Rs. C-93/85, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Urteil v. 18. Dezember 1986, ECLI:EU:C:1986:499, Rn. 25; *Heselhaus*, S. 447.

167 *Bieber*, in: *Magiera*, S. 59; *Euler*, S. 142, 231; *Magiera*, in: Geburtstagsschrift Grabitz, S. 417 f.

II. Unmittelbare Lenkungsabgaben

Ferner sind auch unmittelbare Lenkungsabgaben – wie etwa „echte“ Unionssteuern –¹⁶⁸ zur Verfolgung sachpolitischer Ziele denkbar. Vor dem Hintergrund der bekundeten Neuausrichtung des Eigenmittelsystems gewinnt die Frage, ob solche Abgaben unionsrechtlich auf Art. 311 AEUV gestützt werden können, zunehmend an Bedeutung. Die Kommission hat „echte“ Unionssteuern als perspektivische Eigenmittel mit der CO₂-Grenzausgleichsabgabe, der Finanztransaktionssteuer und der Digitalabgabe klar benannt.¹⁶⁹ Hervorzuheben ist jedenfalls, dass derartige Lenkungsabgaben gegenüber mitgliedstaatlich getragenen Finanzierungsbeiträgen ein gesteigertes Potenzial zur effektiven Verknüpfung von Eigenmitteln und sachpolitischen Unionszielen aufweisen. Dies resultiert vor allem daraus, dass die Abgabenschuld unmittelbar auf das verantwortliche Rechtssubjekt übergeht und darüber hinaus keine Umsetzungsmaßnahmen auf mitgliedstaatlicher Ebene erforderlich sind. Zudem könnten unmittelbare Lenkungsabgaben das ursprüngliche Ziel der Reformdiskussion – die Stärkung der finanziellen Autonomie der Union – durch ihre Unabhängigkeit von nationalen Haushalten wirksam unterstützen.¹⁷⁰

1. Zuweisung der Ertragshoheit bestehender Abgaben an die Union

Als erste denkbare Variante zur Integration unmittelbarer Lenkungsabgaben in das Eigenmittelsystem kommt die Übertragung der Ertragshoheit solcher Abgaben in Betracht, die bereits auf einer bestehenden Sachkompetenz der Union beruhen.¹⁷¹ Im Unterschied zur dogmatisch umstrittenen Doppelabstützung innerhalb eines einheitlichen Eigenmittelbeschlusses setzt dieses Modell voraus, dass die betreffende Abgabe zunächst auf Grundlage der einschlägigen Sachkompetenz der Union eingeführt wird.¹⁷² Erst in einem zweiten Schritt erfolgt die Zuweisung des Aufkommens an die Union gem. Art. 311 Abs. 3 AEUV.¹⁷³ Die Einführung derartiger Abgaben ist zulässig, da auch auf Grundlage von Sachkompetenzen erhobene Steuern primär als Finanzierungsinstrumente der Union einzuordnen sind.¹⁷⁴ Anerkannt ist jedenfalls, dass Abs. 3 der Union eine umfassende Kompetenz zur Übertragung der Ertragshoheit einräumt, welche auch steuerliche Abgaben einschließt.¹⁷⁵ Problematisch an diesem zweistufigen Verfahren ist jedoch, dass es eine primärrechtlich verankerte Steuererhebungskompetenz der Union voraussetzt. Eine solche Ermächtigung fin-

168 Die Steuern stellen eine Form der Abgabekategorien dar. Dazu *Korn*, S. 34.

169 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission, Der EU-Haushalt als Motor für den Europäischen Aufbauplan, COM(2020) 442 final, S. 17 f.; *Hey*, *EuZW* 2021/7, S. 279.

170 *Euler*, S. 142, 231.

171 *Heselhaus*, S. 508 ff.

172 *Caziero*, CMLR 2024/6, S. 1544. Zur Problematik der Doppelabstützung siehe bereits C. II. 4.

173 *Hey*, *EuZW* 2021/7, S. 282.

174 Im Ergebnis so auch *Hey*, *EuZW* 2021/7, S. 282.

175 *Ehlermann*, CMLR 1982/4, S. 588; *Niedobitek*, in: *Streinz*: Art. 311 AEUV, Rn. 28; *Ohler*, S. 369.

det sich explizit lediglich in Art. 192 Abs. 2 UA 1 lit. a) AEUV für steuerliche Maßnahmen im Bereich der Umweltpolitik.¹⁷⁶ Zwar enthalten auch Art. 113 und 115 AEUV Befugnisse zur Harmonisierung bestehender nationaler Steuern im Binnenmarkt, diese begründen indes kein eigenes Steuererhebungsrecht der Union.¹⁷⁷ Eine Ertragszuweisung käme nach diesem Modell folglich nur für umweltbezogene Abgaben in Betracht. Politisch diskutierte Instrumente wie eine Digitalabgabe oder eine Finanztransaktionssteuer entziehen sich diesem Ansatz mangels primärrechtlicher Steuerkompetenz. Zur Ermöglichung einer weitergehenden funktionalen Verknüpfung von Lenkungsabgaben mit der Haushaltsfinanzierung müsste der Union im Rahmen des Art. 311 AEUV mithin eine eigene Rechtsetzungskompetenz für die Einführung unmittelbarer Lenkungsabgaben zukommen. Ein Ansatz, dessen Unionsrechtskonformität bislang umstritten ist.¹⁷⁸

2. Eine originäre Rechtsetzungskompetenz gem. Art. 311 AEUV?

Ein Teil der Literatur spricht sich gegen die Annahme eines eigenständigen Steuerfindungsrechts der Union im Rahmen des Art. 311 AEUV aus.¹⁷⁹ Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als Abs. 1 keine Kompetenz-Kompetenz der Union zur beliebigen Mittelausstattung begründet.¹⁸⁰ Eine eigenständige Rechtsetzungskompetenz für derartige Lenkungsabgaben kann sich demnach ausschließlich aus dem speziellen Verfahren nach Abs. 3 ergeben.¹⁸¹ Gleichwohl wird auch hier die Annahme eines originären Steuerfindungsrechts teilweise abgelehnt.¹⁸² Kritisch angeführt wird, dass ein solches Recht mit dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung unvereinbar sei, da sich aus Art. 311 AEUV eine solche Steuerkompetenz nicht ableiten lasse.¹⁸³ Angesichts der hohen Sensibilität des Steuerrechts bedürfe es viel-

176 *Kube/Schorkopf*, NJW 2021/23, S. 1653.

177 *Frenz/Distelrath*, DStZ 2010/7, S. 248; ob der EuGH dies auch so sieht, ist fraglich. Der EuGH billigt dem Unionsgesetzgeber bei der Bestimmung, welche Maßnahmen für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind, einen weiten Einschätzungsspielraum zu und lässt Harmonisierung auch bei lediglich drohenden Wettbewerbsverzerrungen zu. Hierauf stützen sich etwa die Richtlinienentwürfe zur Digitalsteuer und Finanztransaktionsteuer, die unkoordinierte nationale Regelungen als Gefahr für den Binnenmarkt hervorheben. Es bleibt zweifelhaft, ob Art. 113 bzw. 115 AEUV eine unionsweite Einführung neuer Steuern rechtfertigen können, da ein weites Verständnis dieser Normen faktisch zu einer Vollharmonisierung nationaler Steuersysteme führen und die Grenzen der begrenzten Einzelmächtigung damit überschreiten würde. Das Einstimmigkeitserfordernis im Rat vermag diese Bedenken nicht auszuräumen, da es eine unmittelbare parlamentarische Rückbindung – anders als beim Eigenmittelbeschluss nach Art. 311 AEUV – nicht gewährleistet. So etwa *Hey*, EuZW 2021, S. 281 f.

178 Ausführlich dazu *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 55 ff.

179 *Hey*, EuZW 2021/7, S. 280 f.; *Klocke*, S. 94.

180 BVerfGE 123, 267 (393); *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 2.

181 So auch schon BVerfGE 89, 155 (194 f.).

182 So z.B. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 6, Rn. 3320 f.; *Hey*, EuZW 2021/7, S. 280; *Klocke*, S. 93; *Kube*, HFSt 2022/18, S. 52 ff.

183 *Mayer/Heidfeld*, EuZW 2011/10, S. 374.

mehr einer ausdrücklichen Normierung.¹⁸⁴ Dazu kommen Bedenken hinsichtlich der demokratischen Legitimation. Da die Abgabenschuld unmittelbar bei den privaten Rechtssubjekten liegt, wird teilweise eine stärkere Mitwirkung des Europäischen Parlaments verlangt.¹⁸⁵ Eine solche könne in der konkreten Ausgestaltung des Eigenmittelverfahrens nicht gewährleistet werden.¹⁸⁶ Ein originäres Steuerfindungsrecht der Union wäre demnach nur im Wege einer Vertragsänderung gemäß Art. 48 Abs. 2–5 EUV rechtlich tragfähig zu begründen.¹⁸⁷ Die Gegenansicht hält Art. 311 Abs. 3 AEUV hingegen für eine ausreichende Kompetenzgrundlage zur Einführung echter Unionssteuern.¹⁸⁸

3. Stellungnahme

Gegen eine Beschränkung auf das Modell eines kombinierten Verfahrens spricht bereits die besondere Ausgestaltung des Art. 311 AEUV. Es erscheint verfehlt, den nationalen Parlamenten lediglich eine Zustimmungsfunktion in Bezug auf die haushaltsrechtliche Zuordnung des Abgabenaufkommens zuzuschreiben.¹⁸⁹ Vielmehr muss sich ihre Mitwirkung nach dem Sinn und Zweck des Verfahrens ebenfalls auf die konkrete Ausgestaltung des jeweiligen Eigenmittels erstrecken.¹⁹⁰ Zudem überzeugt auch die teils geforderte positive Normierung einer Steuergesetzgebungskompetenz in Art. 311 AEUV nicht. Einer solchen Auffassung stehen bereits die weite Auslegung des Eigenmittelbegriffs sowie der dem Unionsgesetzgeber eingeräumte Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung des Eigenmittelsystems entgegen.¹⁹¹ Ebenso spricht die vermehrt geforderte Stärkung der finanziellen Autonomie gegen eine restriktive Handhabung der Kompetenzen im Bereich der Eigenmittel.¹⁹² Denn auch auf nationaler Ebene stellen Steuern die zentrale Einnahmequelle des Staates dar. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies für die Union anders sein sollte.¹⁹³ Besondere Bedeutung kommt ferner dem Ratifizierungserfordernis nach Art. 311 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu. Dieses trägt nicht nur der grundsätzlichen Sensibilität des Steuerrechts Rechnung, sondern sichert durch die erforderliche Zustimmung aller mit-

184 *Klocke*, S. 93 f.

185 *Klocke*, S. 101; *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 18.

186 *Eckhoff*, in: Festschrift Bleckmann, 1993, S. 23 f.

187 *Mayer/Heidfeld*, EuZW 2011/10, S. 375 f.

188 *Bieber*, in: Magiera, S. 59; *Caziero*, CMLR 2024/6, S. 1541 ff.; *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 65; *Niedobitek*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 19, 28.

189 So auch *Bergfeld*, S. 158. Denn die mitgliedstaatlichen Parlamente hätten vor und nach der Ratifikation der jeweiligen Steuerabgaben keinen Einfluss mehr auf dessen Ausgestaltung. Dies bliebe allein der Union überlassen und würde somit das besondere Ratifikationsverfahren umgehen.

190 *Bergfeld*, S. 157 f.; *Heselhaus*, S. 472.

191 *Caziero*, CMLR 2024/6, S. 1542; *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 65; *Messal*, S. 38.

192 *Heselhaus*, S. 472.

193 So auch *Ohler*, S. 369.

gliedstaatlichen Parlamente eine ausreichende demokratische Legitimation.¹⁹⁴ Die Forderung nach einer stärkeren Beteiligung des Europäischen Parlaments ist zwar sachlich nachvollziehbar, gewinnt jedoch vor allem dann an Relevanz, wenn neue Eigenmittel zugleich in die Sachkompetenzen des Europäischen Parlaments eingreifen. Auch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wird durch das besondere Ratifikationsverfahren in Kombination mit der Verankerung auf Art. 311 Abs. 3 AEUV hinreichend gewahrt.¹⁹⁵ Denn Abs. 3 Satz 3 gewährleistet, dass die Letztentscheidungsbefugnis bei den Mitgliedstaaten verbleibt. Ungewollte Hoheitsübertragungen der Mitgliedstaaten können so effektiv unterbunden werden. Überdies unterscheidet sich das Ratifikationsverfahren aus systematischer Sicht nur marginal von einer formellen Vertragsänderung. Die Einführung einer „echten“ Unionssteuer im Eigenmittelbeschluss käme daher im Wesentlichen einer „quasi-Vertragsänderung“ gleich.¹⁹⁶

Nicht sachgerecht wäre es darüber hinaus – unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen – Lenkungssteuern von dieser Kompetenz auszuschließen. Steht nach dem Schwerpunkt der Maßnahme die fiskalpolitische Funktion im Vordergrund – was auf Lenkungssteuern regelmäßig zutrifft –, so können diese ebenfalls auf Art. 311 Abs. 3 AEUV gestützt werden.¹⁹⁷

4. Integrationspolitische Folgen sachpolitischer unmittelbarer Lenkungsabgaben

Neben der rechtlichen Dimension tritt im Kontext einer möglichen Erweiterung des Eigenmittelsystems durch die Einführung echter Unionssteuern unweigerlich auch eine integrationspolitische. Die Frage nach der Ausgestaltung des Eigenmittelsystems stellt zweifellos vor dem Hintergrund wachsender finanzieller Herausforderungen eine Grundsatzentscheidung für die weitere Entwicklung der Union dar. Betrachtet man dabei die ursprüngliche Zielsetzung der Eigenmittel – die Stärkung der finanziellen Autonomie –, so liegt es bei konsequentem Weiterdenken nahe, dass nur die Einführung einer echten Unionssteuer dieser Zielsetzung gerecht werden kann. Erst ein solches Instrument vermag der Union eine eigenständige fiskalische Handlungsfähigkeit und Souveränität zu verschaffen, die über die bisherigen Finanzierungsbeiträge der Mitgliedstaaten hinausgeht.¹⁹⁸ Indes stünden einer solchen Eigenmittelreform zurzeit institutionelle sowie praktische Hindernisse entgegen, welche vorher behoben werden müssten. Neben der für ein unionsweit einheitliches Steuerinstrument erforderlichen Harmonisierung der Bemessungsgrundlagen innerhalb der mitgliedstaatlichen Steuersysteme¹⁹⁹ fehlt es derzeit vor allem an der

194 *Freytag*, S. 142 f.; *Häde*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Art. 311 AEUV, Rn. 64; *Heselhaus*, S. 472.

195 *Bergfeld*, S. 144 f.; *Freytag*, S. 142; *Heselhaus*, S. 471.

196 *Häde*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 1, § 20, Rn. 60; *Hatje*, EuR 1987/4, S. 357.

197 So auch *Bergfeld*, S. 147; *Freytag*, S. 143 f.

198 So auch *Euler*, S. 141 f., 231 f.; *Bieber*, in: Magiera, S. 50.

199 *Bieber*, in: Magiera, S. 51.

notwendigen demokratischen Legitimationsgrundlage. Sollten echte Unionssteuern – etwa in Form von Lenkungssteuern – angestrebt werden, könnte dies freilich nicht ohne eine hinreichende Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments erfolgen. Denn die unmittelbare Belastung der Unionsbürger durch originäre Unionssteuern sowie die Gefahr einer Aushöhlung parlamentarischer Beteiligungsrechte durch denkbare mit den Steuern verknüpfte Lenkungszwecke machen eine institutionelle Stärkung des Parlaments als einzig direkt legitimes Unionsorgan unabdingbar. Sollte die geplante Reform des Eigenmittelsystems eine solche Erweiterung der Rechte des Parlaments nicht beinhalten, so wäre diese mit dem in den Gründungsverträgen verankerten Demokratieprinzip nur schwerlich vereinbar.²⁰⁰

III. Zwischenergebnis

Der Union stehen hinsichtlich einer Fortentwicklung der sachpolitischen Eigenmittel sowohl zukünftige Finanzierungsbeiträge mit Lenkungswirkung als auch unmittelbare Lenkungsabgaben – wie etwa „echte“ Lenkungssteuern – zur Verfügung. Dabei beschränkt sich ihre Kompetenz im Rahmen des Art. 311 Abs. 3 AEUV nicht auf die Übertragung der Ertragshoheit. Vielmehr kann sie aufgrund des besonderen Ratifikationsverfahrens des Abs. 3 Satz 3 originär rechtsetzend tätig werden. Gleichwohl bleiben die zuvor entwickelten unionsrechtlichen Schranken hiervon unberührt und sind weiterhin zu beachten.²⁰¹ Die derzeit diskutierten Eigenmittelkategorien einer Finanztransaktionssteuer, Digitalabgabe sowie CO₂-Grenzausgleichsabgabe lassen sich offenkundig auf bestehende Sachkompetenzen der Union stützen. Für eine Finanztransaktionssteuer sowie Digitalabgabe erscheint insbesondere die Binnenmarktcompetenz nach Art. 113 bzw. Art. 115 AEUV einschlägig.²⁰² Für eine CO₂-Grenzausgleichsabgabe ist hingegen die umweltrechtliche Kompetenz nach Art. 192 AEUV heranzuziehen.²⁰³ Ob darüber hinaus die weiteren unionsrechtlichen Anforderungen – insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie das Subsidiaritätsprinzip – gewahrt sind, lässt sich indes erst im Lichte der konkreten Ausgestaltung potenzieller Lenkungsabgaben beurteilen.

F. Fazit und Ausblick: sachpolitische Eigenmittel zwischen Recht und Politik

Die zunehmende Politisierung der Einnahmenseite des Unionshaushalts eröffnet neue Möglichkeiten, sachpolitische Ziele haushaltsrechtlich zu flankieren. Der Beitrag hat sich mit den Fragen befasst, ob und in welchem Umfang die Verknüpfung

200 *Eckhoff*, in: Festschrift Bleckmann, S. 24.

201 Hinsichtlich der unionsrechtlichen Grenzen siehe C. II.

202 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von Vorschriften für die Unternehmensbesteuerung einer signifikanten digitalen Präsenz, COM(2018) 147 final, S. 5 sowie über ein gemeinsames Finanztransaktionssteuersystem und zur Änderung der RL 2008/7/EG, COM(2011) 594 final, S. 5.

203 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Rates, COM(2021) 569 final, S. 5.

von Eigenmitteln mit sachpolitischen Lenkungszielen unionsrechtlich zulässig ist und inwieweit eine Fortentwicklung solcher Instrumente rechtlich tragfähig erscheint. Ausgangspunkt war dabei die Analyse der Abgabe auf nicht recycelte Kunststoffverpackungen, die als erste unionsweite Abgabe nicht nur haushaltsfinanzierende, sondern zugleich umweltpolitische Lenkungswirkungen entfalten soll. Die Untersuchung hat gezeigt, dass eine sachpolitische Zweckverknüpfung von Eigenmitteln mit dem Primärrecht – speziell mit Art. 311 AEUV – grundsätzlich vereinbar ist, sofern die dargelegten unionsrechtlichen Grenzen beachtet werden. Dazu zählen insbesondere die Wahrung des Primärzwecks der Eigenmittel, die Einhaltung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips, des allgemeinen Gleichheitssatzes sowie der verfahrensrechtlichen Vorschriften des Abs. 3. Überdies muss sichergestellt werden, dass etwaige sachpolitische Elemente im Rahmen der Eigenmittel durch eine Sachkompetenz der Union gedeckt sind. Um ferner einer institutionellen Verschiebung der Kompetenzen entgegenzuwirken, wird der Ansatz einer Erweiterung der Rolle des Europäischen Parlaments im Eigenmittelsystem vorgeschlagen. Besonders dann, wenn Eigenmittel sekundäre Lenkungsziele verfolgen, die nach der Kompetenzsystematik eine stärkere Beteiligung des Parlaments erfordern.

Vor dem Hintergrund dieser Maßgaben erweist sich die Verpackungsabgabe dogmatisch als unionsrechtlich zulässiges Eigenmittel mit Lenkungsziel. Ihre praktische Wirksamkeit hingegen ist im Hinblick auf die intendierte umweltpolitische Steuerung begrenzt und hängt maßgeblich von der Umsetzung auf mitgliedstaatlicher Ebene ab. Zu einer Fortentwicklung der sachpolitischen Eigenmittel erscheinen angesichts des offenen Charakters des Eigenmittelsystems auch perspektivische, direkt bei den Unionsbürgern erhobene Lenkungsabgaben – etwa in Form einer Digitalsteuer, Finanztransaktionssteuer oder CO₂-Grenzausgleichsabgabe – rechtlich möglich. Damit verbunden wäre ein substanzieller Schritt in Richtung einer effizienteren Verfolgung von Unionszielen durch neue Eigenmittel sowie weg von einem intergouvernementalen Beitragssystem hin zu einer stärkeren Finanzierungsautonomie der Union. Ob dies realisierbar ist, bleibt ungeachtet der zu wahrenen unionsrechtlichen Grenzen aufgrund politischer Unstimmigkeiten weiterhin fraglich. Frühere Anläufe einer solchen Erweiterung sind bereits fehlgeschlagen.²⁰⁴ Selbst in Anbetracht der umfangreichen Rückzahlung der NEGU-Kredite stehen einzelne Mitgliedstaaten einer solchen Fortentwicklung weiterhin kritisch gegenüber.²⁰⁵ Letztlich obliegt es den Mitgliedstaaten, ob und in welchem Umfang sie eine Fortentwicklung der Verkopplung von Eigenmitteln mit den Sachpolitiken der Union mittragen und politisch umsetzen. Eine solche könnte sich jedenfalls in Kombination mit einer Erweiterung der Rolle des Europäischen Parlaments im Eigenmittelverfahren langfristig zu einem integrativen Bestandteil eines zielorientierten und demokratischen Unionshaushalts entwickeln, welcher nicht nur zu einer

204 Euler, S. 163 f.

205 Aktuell dazu etwa Bundesministerium der Finanzen, Monatsbericht August 2023, S. 79 f.

unabhängigeren Finanzierung, sondern auch zu einer Förderung sachpolitischer Ziele der Union wirksam beiträgt.

Bibliografie

- BAST, JÜRGEN, *Art. 5 EUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Manfred; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union – Band 1 – EUV/AEUV* 83. Ergänzungslieferung, München, 2024
- BERGFELD, KATARINA, *Lenkungsabgaben im Europäischen Finanzrecht*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2008
- BIEBER, ROLAND, *Art. 310, 311 AEUV*, in: von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht – EUV/AEUV/GRC*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- BIEBER, ROLAND, *Die Erschließung neuer Finanzmittel*, in: Magiera, Sigfried (Hrsg.), *Entwicklungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaft, Vorträge und Diskussionsbeiträge der 53. Staatswissenschaftlichen Fortbildung 1985 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer, Berlin, 1985, S. 37–61*
- CALLIES, CHRISTIAN, *Art. 222 AEUV, Art. 5 EUV*, in: Callies, Christian; Rufert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV Kommentar – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München 2022
- CALLIES, CHRISTIAN, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union: Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex. Art. 3b) EGV nach dem Vertrag von Amsterdam*, 2. Auflage, Baden-Baden, 1999
- CAZIERO, MARTHA, *What Legal Basis for an EU Tax?*, *Common Market Law Review*, 2024, Jg. 61(6), S. 1527–1548
- CLASSEN, CLAUS DIETER, *Die Gleichheit der Mitgliedstaaten und ihre Auswirkungen im Unionsrecht*, *Europarecht*, 2020, Jg. 55(3), S. 255–270
- ECKHOFF, ROLF, „*Delors II*“ und die europäische Finanzverfassung, in: Coen, Martin; Höhlscheidt, Sven; Pieper, Stefan Ulrich (Hrsg.), *Europa '93 – Auf dem Weg zur Europäischen Union: Festschrift für Prof. Dr. Dr. Albert Bleckmann zum 60. Geburtstag*, Brüssel/Schwerin/Münster, 1993, S. 13–28
- EHLERMANN, CLAUS-DIETER, *The financing of the Community: The Distinction between Financial Contributions and Own Resources*, *Common Market Law Review*, Jg. 19(4), 1982, S. 571–589
- EPINEY, ASTRID, *Umweltrecht der Europäischen Union*, 4. Auflage, Baden-Baden, 2019
- EPINEY, ASTRID, *Zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen EU und Mitgliedstaaten in der „Europäischen Verfassung“*, *Juristische Ausbildung*, 2006, Jg. 8(10), S. 755–761

- EULER, MARKUS, *Ansatzpunkte für eine Reform des Finanzierungssystems der Europäischen Union*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, 2005
- FALKE, JOSEF, *Neue Entwicklungen im Europäischen Umweltrecht*, Zeitschrift für Umweltrecht 2025, Jg. 36(1), S. 55–62
- FRENZ, WALTER, in: *Handbuch Europarecht*, Band 6: Institutionen und Politiken, 1. Auflage, Heidelberg, 2011
- FRENZ, WALTER; DISTELRATH, ANNA-MARIA, *Eigene Unionssteuer nach dem Lissabon-Vertrag?* Deutsche Steuerzeitung, 2010, Jg. 98(7), S. 246–251
- GEIGER, RUDOLF, *Allgemeine Überlegungen zum Begriff der ausschließlichen Gemeinschaftszuständigkeit als Anwendungsgrenze des Subsidiaritätsprinzips*, in: Heinze, Meinhard; Schmitt, Jochem (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag*, Wiesbaden, 1995, S. 267–276
- HÄRTEL, INES, § 21 *Das europäische Haushaltsverfahren*, in: *Handbuch Europäische Rechtssetzung*, Berlin Heidelberg, 2006
- HÄDE, ULRICH, *Art. 311 AEUV*, in: Pechstein, Matthias; Nowak, Carsten; Häde, Ulrich (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, 2. Auflage, Tübingen, 2023
- HÄDE, ULRICH, § 20 *Finanzordnung der Europäischen Union*, in: Hatje, Armin; Müller-Graf, Peter-Christian (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Band 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden, 2021
- HATJE, ARMIN, *Anmerkung zu Urteil des FG Hamburg vom 12.5.1987, Agrarmarkt, Mitverantwortungsabgabe Getreide; Art. 39 ff., 201 EWGV, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Diskriminierungsverbot, Grundrechte*, Europarecht, 1987, Jg. 22(4), S. 351–358
- HEBER, CAROLINE, *Europarechtliche Grenzen für den Wiederaufbaufonds*, Europarecht, 2021, Jg. 56(4), S. 416–454
- MAYER, FRANZ C.; HEIDFELD, CHRISTIAN, *Europarechtliche Aspekte einer Finanztransaktionssteuer*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2011, Jg. 22(10), S. 373–378
- HESELHAUS, F. SEBASTIAN M., *Abgabehoheit der Europäischen Gemeinschaft in der Umweltpolitik – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten und Grenzen einer Ertragshoheit der Europäischen Gemeinschaft*, Berlin, 2001
- HEY, JOHANNA, *Das Einnahmesystem der Europäischen Union: neue Steuern als neue Eigenmittel? Zugleich zum Zustimmungsgesetz zum Eigenmittelbeschluss 2020/2053*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2021, Jg. 32(7), S. 277–287
- HUFELD, ULRICH, § 2 *Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion: Das System*, in: Hufeld, Ulrich; Ohler, Christoph, *Enzyklopädie Europarecht*, Band 9: Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, 1. Auflage, Baden-Baden, 2022

- KHAN, DANIEL-ERASMUS, *Art. 311 AEUV*, in: Geiger, Rudolf; Khan, Daniel-Erasmus; Kotzur, Markus; Kirchmair, Lando (Hrsg.), *EUV/AEUV – Kommentar*, 7. Auflage, München, 2023
- KIRCHHOF, FERDINAND, *Die Tauglichkeit von Abgaben zur Lenkung des Verhaltens*, Deutsches Verwaltungsblatt, 2000, Jg. 115(20), S. 1166–1175
- KLOCKE, ULRIKE, *Klimaschutz durch ökonomische Instrumente – finanzverfassungsrechtliche, europarechtliche und ökonomische Aspekte einer CO₂-Abgabe*, 1. Auflage, Baden-Baden, 1995
- KORN, JUHANI M.V., *Unionsrechtlich induzierte Rechtssetzung im Abgabenrecht – am Beispiel einer europäischen Emissionsreduzierungsabgabe für die Hochseeschifffahrt*, Berlin, 2015
- KRÄMER, LUDWIG, *Art. Vor 191-193 AEUV*, in: von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht – EUV/AEUV/GRC*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- KUBE, HANNO, *EU-Steuern – Kompetenzrechtliche Lage und Entwicklungsperspektiven*, in: *Geprägte Freiheit 2021/22*, Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht, 2022, Bd. 18, S. 51–58
- KUBE, HANNO; SCHORKOPF, FRANK, *Strukturveränderung der Wirtschafts- und Währungsunion – Normativer Grund der Legitimation und Akzeptanz*, Neue Juristische Wochenschrift, 2021, Jg. 74(23), S. 1650–1656
- LIENBACHER, GEORG, *Art. 5 EUV*, in: Becker, Ulrich; Hatje, Armin; Schoo, Johann; Schwarze, Jürgen (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden, 2019
- LIENEMEYER, MAX, *Die Finanzverfassung der Europäischen Union – Ein Rechtsvergleich mit bundesstaatlichen Finanzverfassungen*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2002
- MAGIERA, SIGFRIED, *Art. 311 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Manfred; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union – Band 1 – EUV/AEUV*, 83. Ergänzungslieferung, München, 2024
- MAGIERA, SIGFRIED, *Modernisierung der Finanzverfassung der Europäischen Union*, Deutsches Verwaltungsblatt, 2020, Jg. 135(24) S. 914–918
- MAGIERA, SIGFRIED, *Zur Finanzverfassung der Europäischen Union*, in: Randelzhofer, Albrecht; Scholz, Rupert; Wilke, Dieter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, München, 1994, S. 409–430
- MAGIERA, SIGFRIED, *Die Haushaltsbefugnisse des Europäischen Parlaments – Ansatz zur parlamentarischen Mitregierung auf Gemeinschaftsebene?*, in: Münch, Ingo (Hrsg.), *Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht*, Festschrift für Hans Jürgen Schlochauer, Berlin, 1981, S. 829–853
- MESSAL, RÜDIGER, *Das Eigenmittelsystem der Europäischen Gemeinschaft*, 1. Auflage, Baden-Baden, 1991

- MEYER, DIRK, *Aufbau- und Resilienzpläne im Rahmen von NextGenerationEU sowie Vorschläge für neue EU-Eigenmittel – Weiche Pläne auf (teil-)vergemeinschafteten Kosten*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2022, Jg. 33(17), S. 789–797
- MEYER, DIRK, *Next Generation EU – neues Eigenmittelsystem weist in eine Fiskalunion*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2021, Jg. 32(1), S. 16–22
- MÜLLER, MICHAEL W., *Europäische Finanzsouveränität*, in: Holterhaus, Till Patrick; Weber, Ferdinand (Hrsg.), *Handbuch Europäische Souveränität – Zur inneren und äußeren Selbstbehauptung der Europäischen Union*, Tübingen, 2024
- NEUMEIER, CHRISTIAN, *Political Own Resources: Towards a Legal Framework*, Common Market Law Review, Jg. 60(2), 2023, S. 319–344
- NEUMEIER, CHRISTIAN, *Der Finanzierungsbeitrag mit Lenkungszweck*, Europarecht, 2022, Jg. 57(2), S. 190–213
- OPPERMANN, THOMAS; CLASSEN, CLAUS DIETER; NETTESHEIM, MARTIN, *Europarecht*, 10. Auflage, München, 2025
- NIEDOBITEK, MATTHIAS, *Art. 310, 311 AEUV*, in: Streinz (Hrsg.), *Beck'sche Kurzkommentare – EUV/AEUV*, 3. Auflage, München, 2018
- OHLE, CHRISTOPH, *Fiskalische Integration in der Europäischen Gemeinschaft*, 1. Auflage, Baden-Baden, 1997
- PATZIG, WERNER, *Steuern – Gebühren – Beiträge und „Sonderabgaben“*, Die Öffentliche Verwaltung, 1981, Jg. 34(19), S. 729–747
- PHILIPP, OTMAR, *EU-Finzen: Reform des EU-Eigenmittelsystems*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2018, Jg. 29(7), S. 260–260
- POTACS, MICHAEL, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, Europarecht, 2009, Jg. 44(4), S. 465–487
- REESE, MORITZ, *Zu Deutung und Dogmatik des europäischen Subsidiaritätsprinzips*, in: Ewer, Wolfgang; Ramsauer, Ulrich; Reese, Moritz; Rubel, Rüdiger (Hrsg.), *Methodik – Ordnung – Umwelt*, Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines siebzigsten Geburtstags, Berlin, 2014, S. 181–210
- ROSSI, MATTHIAS, *§ 3 Finanz- und Haushaltsordnung der EU*, in: Dausen, Manfred A.; Ludwigs, Markus (Hrsg.); *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 61. Ergänzungslieferung, München 2024
- ROSSI, MATTHIAS, *Europäisches Parlament und Haushaltsverfassungsrecht: eine kritische Betrachtung der parlamentarischen Haushaltsbefugnisse*, Berlin, 1997
- SCHOO, JOHANN, *Art. 311 AEUV*, in: Becker, Ulrich; Hatje, Armin; Schoo, Johann; Schwarze, Jürgen (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden, 2019
- SCHORKOPF, FRANK, *Die Europäische Union auf dem Weg zur Fiskalunion*, Neue Juristische Wochenschrift, 2020, Jg. 73(42), S. 3085–3091
- STREINZ, RUDOLF; OHLE, CHRISTOPH; HERRMANN, CHRISTOPH, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3. Auflage, München, 2010

- SUSKI, BIRGIT, *Das Europäische Parlament: Volksvertretung ohne Volk und Macht?*, Berlin, 1996
- TRSTENJAK, VERICA; BEYSEN, ERWIN, *Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung*, *Europarecht*, 2012, Jg. 47(3), S. 265–285
- VON ARNAULD, ANDREAS, *Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts – Gedanken im Prozess der Konstitutionalisierung Europas*, *Europarecht*, 2003, Jg. 38(2), S. 191–216
- WAIGEL, ELENA, „Next Generation EU“ – *Aufbau, Rechtsgrundlage und Refinanzierung der eigenen Verschuldung der Europäischen Union im Eigenmittelsystem*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2023
- WALDHOFF, CHRISTIAN, *Art. 311 AEUV*, in: Callies, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV Kommentar – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München, 2022
- WEISS, WOLFGANG, *Verfassungsgrundsätze, Kompetenzverteilung und die Finanzen der EU*, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2017, Jg. 20(3), S. 309–330



© Jonathan Swart

Limitation periods in EU Antitrust private enforcement

Miguel Sousa Ferro*

Contents

A. Introduction	147
B. Law applicable to limitation periods	148
C. New regime of the Damages Directive	150
D. Ratione temporis scope of Art. 10 Damages Directive	151
E. Introduction to the restrictions imposed by the principle of effectiveness (guiding principles)	156
F. What is imposed by the principle of effectiveness	159
I. What is not imposed	159
II. Dies a quo not before infringement ceases (objective element)	160
III. Dies a quo not before claimant knows/should know necessary information (subjective element)	161
1. Basic rules	161
2. Knowledge of existence of infringement	162
3. Knowledge of harm (and causality)	167
4. Presumption of knowledge in follow-on actions	171
5. Refutability of presumption of knowledge in follow-on	177
6. Same standard for companies and consumers	178
IV. Limitation period must be suspended/interrupted during public enforcement procedure	179
V. Same end result for EC and NCA decisions	180
VI. Filing before a binding decision	180
VII. Absolute limitation period	181
VIII. Interruption of limitation period by claimant	185
IX. Material scope	187
X. Subjective scope	188
XI. Do longer limitation periods make settlements harder?	190
XII. Assessing infringements of effectiveness: the national rule or the case?	190

* Professor at the University of Lisbon Law School (Portugal). Email: miguelferro@fd.ulisboa.pt. Thanks to Barry Rodger, Francisco Marcos and Julia Suderow to comments on a draft of this paper. In compliance with ASCOLA's Transparency and Disclosure Declaration, the author discloses that he represented and represents claimants in past and pending antitrust private enforcement actions in Portugal, including a case mentioned in this paper.

G. Time-barring of right of contribution	191
H. Tension between CJEU and national courts and possible broader lessons	191
I. Consumer collective redress	193
J. Conclusion	194

Abstract

This paper discusses the impact of EU law on limitation periods for the exercise of the right to damages arising from infringements of Art. 101 and 102 TFEU, as it stands after *Heureka*. It distinguishes that which is imposed by EU secondary law, specifically the Antitrust Damages Directive, and that which is imposed by EU primary law, especially the principle of effectiveness, as clarified by the CJEU. It also delves into the interplay with national law, and the dynamics which have emerged between European and national case-law on limitation periods, and provides some examples from national case-law.

Keywords: Directive 2014/104/EU; Private enforcement; Competition Law; Actions for damages; Limitation Period; Time-barring

A. Introduction

Typically, a long time goes by between the beginning of an antitrust infringement and the filing of an action for damages in court.

The reasons for this are numerous. Infringements often last many years. They are often secret. They can take a long time to be discovered. Even after indicia of them are discovered, they take a long time to investigate and to determine that they are indeed infringements. After one knows an infringement exists, it can take a long time to obtain the evidence and adequately prepare a claim. One may need a damage assessment and economic report before knowing there was harm.

Concluding that the requirements of Art. 101 or 102 TFEU are met is extremely complex. It bears little or no resemblance to identifying a right to damages from a car accident or from a neighbour's tree falling on one's house. It typically requires access to confidential information in possession only of the infringing undertakings and/or third parties. And it may ultimately be dependent on complex legal and economic assessments. Indeed, such investigation and analysis may be so difficult (without NCA's investigative powers), costly, complex and uncertain, that it may not be reasonable to require injured persons to carry them out themselves, even in the presence of indicia.

This is why it was assumed, by many, that private enforcement would be almost exclusively follow-on actions. Reality has shown this not to be the case, but only to the extent that large undertakings with deep pockets or opt-out regimes and third-party funding have allowed the filing of stand-alone or mixed claims, seeking

evidence to prove alleged infringements, often starting without access to definitive evidence of their existence.

Unsurprisingly, therefore, determining whether an injured person still has the right to claim damages for an infringement is, typically, a crucial issue which courts must decide, before knowing whether claims can proceed, in full or in part. So far, homogeneously throughout the EU, it seems to be almost unheard of for antitrust private enforcement actions not to include (at least partial) challenges to the time-barring of the rights being exercised.

From the outset, this issue was identified by the European Commission as one of the most important challenges faced by claimants, requiring harmonizing intervention by the EU legislator. This led to the introduction of special rules for time-barring of rights to damages for infringements of Art. 101 and 102 TFEU in Directive 2024/104/EU (Damages Directive).

Time-barring arguments have been put forward, and legal debates on limitation periods raised, by Defendants in thousands of actions throughout Europe. Most of these claims still relate to infringements that occurred prior to the Damages Directive. Not only has the CJEU had several opportunities to clarify the impact of EU Law (primary law and Directive) on limitation periods in these types of claims, but it has had a strong motivation to do so in a way that creates conditions amenable to putting an end to legal (not factual) disputes around these issues in national proceedings, for the benefit of legal certainty, uniform application of EU Law, and peace and efficiency of judicial systems throughout the EU.

B. Law applicable to limitation periods

Art. 101 and 102 TFEU have direct horizontal effect and grant injured parties a right to damages. The conditions (requirements) of this right are governed by EU Law.¹

The exercise of the right to damages, including rules on limitation periods, is subject to national rules, within the limits imposed by primary EU Law (principles

1 See, e.g.: ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019, ECLI:ECLI:EU:C:2019:263, paras. 38–40; Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgment of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 58; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 38; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 53; Case C-253/23, *ASG 2*, judgement of 28 January 2025, ECLI:EU:C:2025:40, paras. 60–62 and 64.

of equivalence and effectiveness) and, since 26 December 2014, subject to the harmonization carried out by the Damages Directive.²

The determination of the national law applicable to claims for damages based on Art. 101 and 102 TFEU depends on conflict of law rules. Under Art. 6 para. 3 of the Rome II Regulation (Regulation (EC) 864/2007), the limitation period shall be governed by:

- a) the law of the Member State whose market was affected; or
- b) if more than one MS' market was (or is likely to be) affected, the law of the jurisdiction of the seat of the Defendant(s) where the action is brought, if the claimant so chooses and if that MS' market was directly and substantially affected.

Seemingly (subject to clarification by the CJEU), this feature (b) of the Rome II Regulation significantly diminishes the injured persons' and infringing undertakings' legal certainty about when the limitation period has expired.

The results can be rather counterintuitive. A Spanish person injured by an EU-wide infringement whose right to damages is time-barred if the follow-on claim is filed in Spain (e.g., because it had become time-barred still under the old 1 year limitation period rule),³ will have a non-time-barred right to damages if the claim is filed in a Member State (where one of the Defendants is based) that had a longer limitation period.

In other words, one's right to damages will be time-barred or not depending on where you (legitimately) file your claim.

This is hardly conducive to clarity and predictability.

This also means, namely in what concerns the limitation period, that EU (Private International) Law is – seemingly – more protective of the effectiveness of the right to claim damages when it comes to some infringements than others (e.g., higher degree of protection for an EU-wide infringement with an anchor defendant available in a jurisdiction with longer limitation period).

Art. 6 para. 3 Rome II creates the potential for the setting by national legislators of more permissive limitation period rules for antitrust (e.g., longer than 5 years, or interruption instead of suspension), or for more permissive interpretations by national courts, to render the jurisdiction more attractive to forum shoppers.⁴

2 Opinion AG Geelhoed, Case C-295/04 etc., *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:67, para. 61; Case C-295/04 etc., *Manfredi*, judgment of 13 July 2006, ECLI:EU:C:2006:461, para. 77; Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019, ECLI:EU:C:2019:263, paras. 42–45; Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 50; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 51; Case C-253/23, *ASG 2*, judgement of 28 January 2025, ECLI:EU:C:2025:40, para. 71; Case C-21/24 *Nissan Iberia* ECLI:EU:C:2025:659, para. 48.

3 Setting aside for now discussions on whether such a limitation period would have been compatible with the principle of effectiveness.

4 Arguing for the avoidance of forum shopping as a factor to consider when interpreting EU law applicable to antitrust private enforcement, see Opinion AG Rantos, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2021:884, para. 61.

Given the broad scope of liability of legal persons within the undertaking (resulting from *Skanska* and *Sumal*),⁵ time-barring rules and their interpretation by national courts may become a significant concern for multinationals when designing their corporate structure and deciding in which countries to establish subsidiaries with certain economic activities.

In the Netherlands, Art. 6 para. 3 Rome II has already been applied in various large cartel cases where injured persons from various Member States were bundled in the same action against several Defendants (one of which headquartered in the Netherlands). Rather than assessing whether each person's right was time-barred according to their own law, the Dutch courts simply applied Dutch law to every claimant.⁶

The CJEU may soon have a chance to clarify this issue in a referral.⁷

The potential practical impact of this issue has been significantly reduced by the MS options in the transposition of the Directive's rules on time-barring, as well as by the CJEU case-law on what was already required by the principle of effectiveness. Nonetheless, the problem remains and merits a legislative response, ideally taking the shape of an amendment to Rome II that promotes legal certainty and removes incentive for forum shopping. It would, however, be difficult to justify the need for a different rule specifically for antitrust private enforcement, when the same problem arises in any other tort involving various EU jurisdictions.

C. New regime of the Damages Directive

Under Art. 10 and 18 para. 1 of the Damages Directive, national limitation periods for infringements of Art. 101 and 102 TFEU:

- 1) shall not begin to run before the infringement has ceased;
- 2) shall not begin to run before the claimant knows, or can reasonably be expected to know, the information necessary to exercise the right to damages, specifically:
 - a) the behaviour in question;
 - b) that it is an infringement of Art. 101 / 102 TFEU;
 - c) that it caused harm to it;
 - d) the identity of the infringer;
- 3) must allow minimum 5 years after *dies a quo*;

⁵ ECJ, Case C-724/17, *Skanska*, judgment of 14 March 2019, ECLI:EU:C:2019:204; Case C-882/19, *Sumal*, judgment of 12 November 2021, ECLI:EU:C:2021:800.

⁶ See, e.g.: Amsterdam District Court, judgment of 27 July 2022, Retail Cartel Damage Claims, S.A. et al v DAF Trucks et al (C/13/639718 / HA ZA 17-1255 etc.).

⁷ Dutch Supreme Court, order of 21 March 2025, *Truck Cartel Recovery Foundation et al v CNH Industrial NV et al* (23/04362), ECLI:NL:HR:2025:414. For a view from a different legal order, see: *Merricks v Mastercard* [2024] EWCA Civ 759.

- 4) must be suspended or interrupted (MS can choose which) during public enforcement investigations of the infringement in question, until at least 1 year after final decision or investigation is otherwise terminated; and
- 5) must be suspended during consensual dispute resolution procedures (for parties involved in them).

The first requirement was not present in most Member States. It significantly pushes back the *dies a quo* for lengthy antitrust infringements⁸ (especially because claimants can add stand-alone claims alongside follow-on claims, e.g., alleging that the infringement or its effects continued beyond the moment identified in the public enforcement decision).⁹ It renders the existence of a single continuous infringement very impactful. It also means actions concerning ongoing infringements are always filed before the *dies a quo*.

The second requirement also implied changing classic tort perspectives in some Member States. A particularly impactful novel aspect was the requirement of “legal”, not merely “factual” knowledge.

The third requirement led to a broad harmonization of the time-barring deadline.

The fourth requirement means the suspension/interruption is only lifted 1 year after, e.g., the: (i) deadline to appeal a (non-appealed) EC/NCA decision; (ii) final judgment confirming the infringement decision; (iii) deadline to appeal a (non-appealed) 1st instance judgment annulling an infringement decision; etc.¹⁰

D. Ratione temporis scope of Art. 10 Damages Directive

Under Art. 22 of the Damages Directive, its substantive provisions do not apply retroactively, and procedural provisions cannot apply to actions of which a court was seized prior to the adoption of the Directive (26 December 2014). A rather ambiguous and incomplete provision, it led to contradictory choices of legislators transposing the Directive, and to diverging interpretations before the national courts. This expressed itself particularly loudly when it came to the limitation period.

It is up to the CJEU to determine whether a given rule of the Directive is substantive or procedural in nature, for the purposes of Art. 22 (otherwise, the consistent and uniform application of EU Law would be jeopardized).¹¹

It is settled case-law that Art. 10 is a substantive provision for the purposes of Art. 22 para. 1 of the Damages Directive. According to the Court, this is so because

8 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, paras. 86–88.

9 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 85 (this was alleged by the claimant in the *Heureka* claim).

10 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 91, 94.

11 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 39–41. Opinion AG Rantos, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2021:884, paras. 55–63.

the limitation period results in the extinction of the legal action, it affects the enforceability of a subjective right before the courts.¹²

The CJEU has not yet clarified whether Art. 18 para. 1 (suspension during, e.g., mediation) is substantive or procedural.

The Directive's new rules on limitation periods – at least Art. 10 – must not apply retroactively.¹³ The CJEU's interpretation of retroactivity was neither maximalist nor minimalist,¹⁴ corresponding to the French transposition's option.

The Court noted that “*in principle, a new rule of law applies from the entry into force of the act introducing it. While it does not apply to legal situations that have arisen and become definitive under the old law, it applies to the future effects of a situation which arose under the old rule, as well as to new legal situations*”.¹⁵ And substantive rules of the Directive apply to legal situations “*acquires*” (consolidated) after the transposition deadline, even if the situation arose under the old rule, as long as it continued to produce effects after that deadline.¹⁶

Thus, the temporal applicability of Art. 10 depends on when the situation at issue in the action for damages arose and when it produced (or continued to produce) effects (before or after the transposition deadline).¹⁷

In the case of rules on limitation periods (given their features, nature and arrangements regarding their operation, in this specific context), the “situation at issue” is

12 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 36, 43–47 and 79; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 63; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 47; Opinion AG Rantos, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2021:884, paras. 64–67. Opinion AG Kokott, Case C-637/17, *Cogeco*, ECLI:EU:C:2019:32, para. 61. The same qualification had already been affirmed by the CAT in *Deutsche Bahn AG et al v MasterCard et al* (1240/5/7/15) and in *Peugeot Citroën Automobiles UK LTD et al v Pilkington Group Limited et al* (1244/5/7/15).

13 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 36; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 47; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 44.

14 AG Rantos argued for a minimalist approach, siding with the reasoning of infringing undertakings that time-barring rules, as substantive provisions, should not apply to infringements that happened prior before the Directive entered into force – Opinion AG Rantos, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2021:884, para. 69.

15 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 32; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 55.

16 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 33–34; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 56–57.

17 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 48 and 73–75; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 64. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 49 and 87–88; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 46 and 79–80. Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 17.

the right to (still) claim damages. Therefore, to assess the applicability of Art. 10, we must determine when the limitation period began to run and if it elapsed prior to the transposition deadline.¹⁸

There is no real (or ordinary) retroactivity in applying new time-barring rules for the future, if the situation arose prior to the transposition deadline but continued to produce effects thereafter.¹⁹

The new rules do not apply if the right to damages became time-barred prior to the transposition deadline, under the old rules.²⁰ This is true as long as these were compatible with EU primary law, particularly the principle of effectiveness, or if the right would have been time-barred even in an interpretation compatible with EU Law. There are no *zombie* actions: rights do not come back to life after they (lawfully) died.

Art. 10 of the Damages Directive applies if the right to damages arose from an infringement (including a single and continuous infringement) which:

- a) started and ended before the transposition deadline;
- b) started before and ended after the transposition deadline;

if, in the cases of (a) and (b):

- (i) the action for damages was filed before the right to damages expired (or the limitation period was suspended / interrupted in some other way);
- (ii) the limitation period under the applicable old rules (compatible with EU Law) did not expire prior to the transposition deadline;

18 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 49; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 65. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 50 and 87–88. Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 47 and 79–80.

19 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 48, 73–75 and 79; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 64. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 49. See also: Case C-334/07 P, *Freistaat Sachsen*, judgment of 11 December 2008, ECLI:EU:C:2008:709, paras. 43–44; Case 212/80 etc., *Salumi*, judgment of 12 November 1981, ECLI:EU:C:1981:270, para. 9; Case C-72/12, *Gemeinde Altrip*, judgment of 7 November 2013, ECLI:EU:C:2013:712, para. 22; Case C-428/08, *Monsanto Technology*, judgment of 6 July 2010, ECLI:EU:C:2010:402, para. 66; Case C-266/09, *Stichting Natuur*, judgment of 16 December 2010, ECLI:EU:C:2010:779, para. 32; Case T-584/08, *Cantiere navale De Poli*, judgment of 3 February 2011, ECLI:EU:T:2011:26, para. 35; Case T-92/11, *RENV Jorgen Andersen*, judgment of 20 March 2013, ECLI:EU:T:2013:143, para. 36.

20 But see section B., on the choice of law applicable to the determination of the limitation period. The “old rules” will not always be the ones of the Member State of the injured person. In some cases, they will depend on which the jurisdiction the action is filed in.

or

c) started after the transposition deadline.²¹

Thus, when it comes to follow-on actions to the trucks cartel, the Euro interest rate derivatives cartel, the Google Shopping abuse of dominance and the Spanish car cartel, the CJEU found that the 5 years limitation period applied (from its entry into force), to the extent that, when the transposition of the Directive came into force in the respective Member State, the right to damages (under old rules) had not yet expired.²²

As I see it, these case-law clarifications apply to Art. 10 as a whole. This was confirmed by the CJEU in *Nissan Iberia*, when it affirmed the temporal applicability of Art. 10 as a whole.²³

There is nothing in the Court's reasoning (*ratione decidendi*) that allows differentiating the *ratione temporis* scope of clause 3 and of the other clauses of Art. 10.²⁴ All of the requirements paras. 1 to 4, mentioned in the previous section, apply when Art. 10 is applicable. If the right is not yet time-barred when the transposition dead-

21 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 79; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 87–88; Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 78; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 79–80. The Court arrived at the same outcome which it had already affirmed in other areas of EU Law – see, e.g., Case C-278/07 etc., *Schlacht*, judgment of 21 March 2009, ECLI:EU:C:2009:38, paras. 30–31; Case C-255/00, *Grundig Italiana*, judgment of 24 September 2002, ECLI:EU:C:2002:525, paras. 37–40; Case T-375/05, *Le Canne*, judgment of 11 December 2008, ECLI:EU:T:2008:441, paras. 63 and 68; and Case T-50/06, *RENV II etc. Ireland v Commission*, judgment of 20 May 2016, ECLI:EU:T:2016:227, paras. 172–173. In the field of consumer protection (collective redress), in an example of EU legislation tilting more to the side of protecting infringing undertakings than injured parties, in stark contrast with CJEU case law, Directive (EU) 2020/1828 (Representative Actions Directive, “RAD”) adopted a different drafting from the Damages Directive, setting out a special *ratione temporis* scope for its limitation period rules. Under Art. 22 para. 3 (see recital 66), the new time-barring rules only apply to infringements that occurred on or after the Directive's deadline for transposition (25 June 2023). National choices may be more protective than this. This choice of the EU legislator is especially enlightening and revealing (policy and motivation-wise), when one considers that what is at stake is not the duration of the limitation period, but a right to suspend or interrupt it, for the future.

22 Several trucks cartel follow-on actions had, by then, been deemed time-barred in Spain, on the basis of a finding that the 5 years limitation period did not apply – see, e.g., *Sousa Ferrero/Marcos*, in: Rodger/Sousa Ferrero/Marcos (eds.).

23 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 80.

24 In the cases that came before the ECJ so far, it has been unnecessary to discuss the *ratione temporis* scope of the other clauses of Art. 10 of the Damages Directive (other than clause 3), because the actions in question were filed before 5 years elapsed since the publication of the EC Decision.

line expires, then the 5-years deadline kicks in (deadline is extended),²⁵ as do the other rules as well.

Requirements (1) and (2) concern the *dies a quo* and, thus, are no longer relevant if the limitation period had already started to run.

Even then, requirement (4) remains relevant: whatever is left of the limitation period, extended to 5 years, must be suspended / interrupted during public enforcement investigations, and until at least one year after a final decision. That being said, *Heureka* (see below) made it clear that this specific *ratione temporis* discussion is sterile, because the principle of effectiveness already imposed a rule identical to requirement (4).

So far, this section has discussed the applicability of Art. 10 of the Damages Directive. However, Directives' provisions do not have direct horizontal effect.²⁶ So the time-barring of an injured person's right to claim damages from the infringer, to the extent that the claim is not against the State (*lato sensu*), is dependent on the transposition of the Directive in the respective Member State.

The Damages Directive was transposed past its deadline in several Member States. And the *ratione temporis* scope rule of some national transposition laws, specifically in what concerns limitation periods, may not allow an interpretation in accordance with Art. 22 of the Damages Directive, as clarified by the CJEU. Therefore, in theory, courts may be confronted with cases in which the right to damages would not have been time-barred if the Directive had been duly transposed in a timely manner.

When discussing private enforcement limitation periods, the CJEU has repeatedly reminded national courts that, after the transposition deadline, they must interpret the old national rules in conformity with the Directive, but also with EU primary law. It is for the national court “to interpret the national provisions, so far as possible, in the light of EU law and, in particular, the wording and purpose of Article 101 TFEU, without, however, interpreting those national provisions *contra legem*”.²⁷

25 In other contexts, the Court concluded that the limitation period could also be reduced and the new rule would apply immediately for the future, but in this case transitional provisions were necessary to ensure that persons have sufficient time, after the change of the deadline, to exercise their right – see, e.g., Case C-62/00, *Marks & Spencer*, judgment of 28 September 2002, ECLI:EU:C:2002:435, paras. 37–40; Case C-255/00, *Grundig Italiana*, judgment of 24 September 2002, ECLI:EU:C:2002:525, paras. 37–40. See also Case C-228/96, *Aprile*, judgment of 17 November 1998, ECLI:EU:C:1998:544; and Case C-343/96, *Dilexport*, judgment of 9 February 1999, ECLI:EU:C:1999:59.

26 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 76; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 70; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 92.

27 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2022:494, para. 52 (and para. 77); Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 71; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 48 and 93. Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 45.

In such cases, the national court must first assess whether the national time-barring rules prior to the transposition of the Damages Directive allow for an interpretation that achieves the result envisaged by Art. 10 of the Directive. If it does, it is required by EU Law to interpret the provision in that way, even if this runs counter to settled national case-law on the interpretation of that provision.²⁸

Only if this is not possible is the national court required to check whether the national rules in question comply with the principle of effectiveness (see section E.).

E. Introduction to the restrictions imposed by the principle of effectiveness (guiding principles)

As noted above, both prior to and after the transposition deadline of the Damages Directive, national rules on limitation periods for the right to damages from infringements of Art. 101 and 102 TFEU are subject to the limits deriving from the principles of equivalence and effectiveness of EU Law.²⁹

In other words, whether the Directive is applicable, national rules are always subject to the limits described in the present section. If the Directive is applicable, they will be subject, simultaneously, to those described in section III.

This section discusses the case law on the consequences arising from the principle of effectiveness. However, this is not always distinguishable from case law on the interpretation of Art. 10 of the Directive. The Court has discussed cases in which the Directive already applied. Given – as will be seen – the identity of most of the obligations for limitation periods arising from the Directive and from the principle of effectiveness, clarifications provided for one likely apply to both, or were provided by the Court already thinking of both legal sources. This was best evidenced in *Nissan Iberia*.³⁰

Thus, this section brings together case law clarifications and open-ended questions, most of which apply both to the principle of effectiveness and to Art. 10 of the Damages Directive.

When the principle of effectiveness of EU Law is infringed, the national rule must be set aside, due to the primacy of EU Law. For example, if the national rule sets a *dies a quo* which breaches that principle, the national court must use as *dies a quo* the first moment in which, according to the principle of effectiveness, the limitation period could have started to run.³¹ In an example provided by the Court: “it is by disregarding the elements of those rules on limitation which are

28 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 81.

29 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 88, 90 and 94. Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 95. Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 37. See also EFTA Court, Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018.

30 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 81.

31 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 72.

incompatible with Article 102 TFEU and the principle of effectiveness that it is necessary [for the national court] to examine whether, on the date the time limit for transposing Directive 2014/104 expired, namely 27 December 2016, the limitation period laid down by national law, applicable to the situation at issue in the main proceedings until that date, had expired".³²

The principle of effectiveness requires that the rules on limitation periods applicable to actions for safeguarding rights which individuals derive from the direct effect of EU law not make it practically impossible or excessively difficult to exercise rights to damages conferred by Art. 101 and 102 TFEU.³³

The case-law provides us with general guidelines for interpretation of antitrust limitation period rules.

The aim of the limitation period is, "*inter alia, first, of ensuring protection of the rights of the injured party, who must have sufficient time in which to gather the appropriate information with a view to a possible action, and, second, of preventing the injured party from being able to delay indefinitely the exercise of his or her right to damages to the detriment of the person responsible for the harm*".³⁴ Limitations periods thus "*thus definitively protect both the injured party and the party responsible for the harm*".³⁵

The also means that, from a legal certainty perspective, limitation periods are meant to protect infringers from abusive delayed enforcement by injured persons, not from situations of delayed enforcement created by the infringer itself (principle of *estoppel* or *venire contra factum proprium*). Accordingly, for example, if an infringer decides to appeal the public enforcement decision, it cannot rely on legal certainty to exclude the suspension of the limitation period.

In addition, when interpreting time-barring rules and assessing national rules' compatibility with the principle of effectiveness, one must take into account:³⁶

- (i) "*all elements*" of the applicable national limitation period regime³⁷ (no rule should be viewed in isolation);
- (ii) "*the specificities of competition law cases and in particular of the fact that the bringing of actions for damages on account of infringements of EU competition law requires, in principle, a complex factual and economic analysis*" (general

32 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 82.

33 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 50.

34 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 45. Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 55.

35 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 55.

36 For a similar approach by the EFTA Court, see Case E-10-/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, e.g. paras. 111–113 and 117–118.

37 ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019 ECLI:EU:C:2019:263, paras. 45 and 48. Opinion AG Rantos, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2021:884, para. 101.

- rules for time-barring of torts will tend not to be well suited to antitrust claims),³⁸ and that such cases are “characterised, in principle, by information asymmetry to the detriment of the injured party”,³⁹
- (iii) that private enforcement of EU Competition Law is, like public enforcement, “an integral part of the system for enforcement of those rules, which are intended to punish anticompetitive behaviour on the part of undertakings and to deter them from engaging in such behaviour”.⁴⁰

This requires adapting the limitation period rules (the “legislation laying down the date from which the limitation period starts to run, the duration and the rules for suspension or interruption of that period”) “to the specificities of competition law and the objectives of the implementation of the rules of that law by the persons concerned, so as not to undermine completely the full effectiveness” of Art. 101 and 102 TFEU.⁴¹

As private enforcement is viewed by both the EU legislator and the CJEU as a complement to public enforcement and an important tool in the pursuit of the EU’s competition policy objectives,⁴² the struggle to make sure that the exercise of the right to damages for infringements of Art. 101 and 102 TFEU is effective (including in what concerns time-barring) must also be understood as part of the broader fight to empower private subjects to be proactive agents of EU Law and policy, and to

38 ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019 ECLI:EU:C:2019:263, para. 46; Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 54; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 34; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 56; Case C-253/23, *ASG 2*, judgement of 28 January 2025, ECLI:EU:C:2025:40, para. 74; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 49; Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 39–40.

39 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 55; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 35. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 57 (see also para. 60). Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 40 and 60.

40 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 61. Case C-882/19, *Sumal*, judgment of 21 November 2021, ECLI:EU:C:2021:800, para. 37.

41 ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019 ECLI:EU:C:2019:263, para. 47; Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 53; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 33; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 52. Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 49.

42 ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019 ECLI:EU:C:2019:263, para. 41. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 54 and 61. Case C-253/23, *ASG 2*, judgement of 28 January 2025, ECLI:EU:C:2025:40, para. 63.

create deterrence. The Court has used this as part of the justification for an interpretation which expanded the limitation period.⁴³

Because private enforcement claims are hampered by asymmetry of information and by the absence of powers of authority, the CJEU distinguished Regulation 1/2003's limitation period rule for public enforcement from the solutions required by the principle of effectiveness for limitation periods in private enforcement.⁴⁴

F. What is imposed by the principle of effectiveness

The case-law tells us that Art. 10 is neither a full codification, nor a provision limited to codifying the rules which already derived from the principle of effectiveness of EU Law.

The assessment of the principle of effectiveness is indissociable from the implications of the fundamental right to effective judicial protection, under Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights.⁴⁵

I. What is not imposed

In short, of the requirements of Art. 10 of the Damages Directive described in section III, only the following did not already derive from primary EU Law:

- a) the third requirement: EU primary Law does not require Member States to set a specific 5-years limitation period, but it does require them to set a period which is not so short as to render the exercise of the right too difficult (seen in combination with the rest of the time-barring regime);⁴⁶ and
- b) part of the fourth requirement: EU primary law requires suspension/interruption of limitation period during public enforcement investigations, but not until one year after the decision is final.

The Court has not yet addressed if EU primary law imposes the fifth requirement (suspension during mediation).

43 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 63.

44 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 55–57; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 36.

45 ECJ, Case C-253/23, *ASG 2*, judgement of 28 January 2025, ECLI:EU:C:2025:40, paras. 65 and 75. Opinion AG *Medina*, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 36.

46 As case-law from other areas of EU Law shows, a 3-year limitation period, by itself, does not infringe the principle of effectiveness – Case C-228/96, *Aprile*, judgment of 17 November 1998, ECLI:EU:C:1998:544, para. 28; Case C-343/96, *Dilexport*, judgment of 9 February 1999, ECLI:EU:C:1999:59, paras. 41–42. And limitation periods which are too long may also be incompatible with EU Law – see: Case C-201/10, *Ze Fu Fleischhandel*, judgment of 5 May 2011, ECLI:EU:C:2011:282, paras. 43–47; Case C-465/10, *CCII*, judgment of 21 December 2011, ECLI:EU:C:2011:867, paras. 65–66; Case C-341/13, *Cruz & Companhia*, judgment of 17 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2230.

II. Dies a quo not before infringement ceases (objective element)

Under EU primary law – Art. 101 and 102, together with the principle of effectiveness –, the limitation period of the right to claim damages for antitrust infringements cannot begin to run before the infringement has ceased, even if the injured party knew all essential information before then.⁴⁷

Regardless of whether one characterizes it as a “single and continuous” infringement (this expression is typically reserved for Art. 101),⁴⁸ an abuse of dominance declared to have existed continuously over a given period only ends, and the *dies a quo* only occurs, when the abuse is terminated.⁴⁹ In the case of continuous infringements – e.g. made up of multiple sales –, allowing the “*limitation period to be divided up into several successive dies a quo*” can cause “*the limitation periods to expire for a certain part of the harm caused by the infringement concerned*”.⁵⁰

A similar rule applies to the limitation period for antitrust fines by the European Commission. It would be counter-sensical for a private injured party to be in a less favourable position than the Commission in this regard, especially given its absence of powers of authority.⁵¹

Only after the infringement is over can the right to full compensation be effectively exercised, as only then can the injured party “*identify and prove its existence, its scope and its duration, the extent of the harm caused by the infringement and the causal link between that harm and that infringement*”. Quantifying harm for

47 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 56–57 and 61; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 66; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 55, 78–79, 86 and 89. Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 56. Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, paras. 87 et ss., and para. 117 (“*it would be cynical to enforce a limitation period as against an injured party whilst the infringement is still ongoing*”). Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 41. The Court had already shown concern with the likeliness of the principle of effectiveness being infringed in the case of “*continuous or repeated infringements*”, and with the possibility of the limitation period expiring “*even before the infringement is brought to an end*” (Case C-295/04 etc., *Manfredi*, judgment of 13 July 2006, ECLI:EU:C:2006:461, para. 79). For a similar approach by the EFTA Court, see Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, para. 114.

48 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 94; Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, paras. 90–91.

49 For an example of the case-law approach to a continuous infringement, outside the realm of antitrust, see Case C-279/05, *Vonk Dairy Products*, judgment of 11 January 2007, ECLI:EU:C:2007:18, para. 41.

50 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 63 (also para. 94).

51 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 122.

ongoing infringements would require gradually increasing the damages sought and make it practically impossible or excessively difficult to achieve full compensation.⁵²

This setting of the *dies a quo* contributes to the “deterrent effect”, as it can “lead the perpetrator of that infringement to bring that infringement to an end sooner”.⁵³

As noted by AG Kokott, if it were possible for infringers to show knowledge by the claimant of the essential information prior to the infringement ending, this could “cause injured parties to hesitate to report an infringement to the Commission or to a competition authority and thus impair the effective enforcement of competition law”.⁵⁴

An infringement may end (and the *dies a quo* may start) only sometime after the Decision declaring it is adopted.⁵⁵

III. Dies a quo not before claimant knows/should know necessary information (subjective element)

1. Basic rules

Due to the principle of effectiveness, the limitation period cannot begin to run before the injured person knows, or can reasonably be expected to know, the information necessary to exercise the right to damages.⁵⁶ This refers, specifically, to the following information:

52 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 58–60. Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, paras. 113–114.

53 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 63. See also: Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 118.

54 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 117. This was exactly what happened in the Portuguese case that led to the Cogeco referral, where the claim was ultimately deemed time-barred because the injured undertaking had submitted a complaint to the NCA (Lisbon Appeal Court, *Cogeco v Sport TV*, judgment of 5 November 2020 (5754/15.7T8LSB)).

55 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 84–85 (the infringement had to end, per the Decision, 90 days after its adoption).

56 ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019 ECLI:EU:C:2019:263, para. 50; Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 56–57; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 36–37 and 66; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 55, 64–65, 89 and 94. Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 56 and 59. Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 41, 50 and 61.

- a) the existence of the behaviour in question;⁵⁷
- b) that it is an infringement of Art. 101 / 102 TFEU;⁵⁸
- c) that it caused harm to him/her/it;⁵⁹ and
- d) the identity of the infringer.⁶⁰

Perhaps not wanting to presume to foresee all possible scenarios, the Court seemed to leave space for the possibility that, at least in some cases, knowledge of other aspects might be required by the injured party before it could be able to bring an action for damages (and the limitation period could start to run).⁶¹

2. Knowledge of existence of infringement

Requiring knowledge of the existence of an infringement was revolutionary in various Member States, where the general rules applicable to torts only require knowledge of the facts (the behaviour in question), but do not require “legal” knowledge (knowing that a legal provision was infringed). Some antitrust private enforcement precedents had emphasized that, under national law, the *dies a quo* began to run

57 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 60–61; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 40–41; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 64–65, 89 and 94; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 58–59; Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 51 and 61.

58 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 60–61; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 40–41; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 64–65, 89 and 94; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 58–59; Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 51 and 61.

59 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 60–61; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 40–41; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 64–65, 89 and 94; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 58–59; Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 51 and 61.

60 ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019, ECLI:EU:C:2019:263, para. 50; Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 59 and 61; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 39 and 41; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 64–65, 89 and 94; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 58–59; Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 51 and 61.

61 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 60 (saying that those elements are “among the necessary elements”). Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 58 (those elements “form part of that information”).

without the need to show awareness (or reasonable requirement of awareness) that the behaviour violated Art. 101 or 102 TFEU.⁶²

Such a national rule may make sense for the right to damages arising from a car accident. But to impose on a person injured by an anticompetitive behaviour the duty to act, without checking whether that person was (or it was reasonable for it to be) aware that the behaviour infringed Art. 101 or 102 TFEU, is to ignore the particularly complex factual and economic analysis required to identify an infringement of competition law, as well as the information asymmetry underlying such determinations.

This discussion becomes relevant only when the behaviour itself is not secret.⁶³ If the injured person does not know about the existence of the behaviour, it can also not know that there was an illegal behaviour. Thus, e.g. for secret cartels, these shall be publicly known, usually, only when a competition authority adopts a decision identifying it.

But even if the behaviour itself is known, in the absence of a public enforcement decision (i.e., in stand-alone situations), the injured person is not necessarily aware that it is illegal.

For example, in order to determine whether an undertaking is practicing discriminatory prices prohibited by Art. 102 TFEU, an injured person needs to know, at least:

- (i) that the practice in question had an effect on trade between Member States;
- (ii) that the undertaking in question has a dominant position, which implies being relatively sure of a market definition, and being aware of the undertakings' market share in the market thus defined, as well as of all factors with a potential impact on the restriction of market power throughout the relevant period (even with high market shares, there may be sensible reasons for why the undertaking does not have a dominant position);
- (iii) the prices (and other conditions) that are being practiced to it and to other clients;

62 See, e.g., Lisbon Appeal Court, *Onitelecom v PT*, judgment of 31 October 2013 (2271/11.8TVLSB.L1-8).

63 The secrecy of the behaviour depends on the identity of the injured person and the availability of public information about the behaviour to that person. In the case of vertical restrictive agreements, a certain contractual clause may be known between a manufacturer and its distributors, who entered into the contracts in question (which need not necessarily mean that the distributor is aware that the same clause is present in contracts with other distributors), but not be known to the final consumers. An example of this was identified in the *Portuguese Observatório da Concorrência v Sport TV* case. In this consumer representative action, the 1st instance court deemed time-barred one of the class representative's claims, concerning the imposition of pure bundling of sports channels on distributors (and rejected the relevance of a continuous infringement and of suspension during the investigation – Lisbon District Court, order of 17 September 2021, case no. 7074/15.8T8LSB). In its judgment of 23 June 2022 (case no. 7074/15.8T8LSB-C.L1), the Lisbon Appeal Court reversed that ruling, as the consumers were not privy to the content of the upstream distribution agreements.

- (iv) whether there is an economic justification for the discrimination, which may require, *inter alia*, knowing the details of the sales under comparison (e.g. different volumes of purchases) and features of the various clients (e.g., history of timely payments or historic favourable terms); and
- (v) whether concerns are being effectively pursued based on overriding principles which could lead to setting aside competition law, subject to proportionality.

A competition authority can use its powers of authority to obtain such information and collect evidence thereof. An injured private individual or undertaking cannot. This injured person may suspect that discriminatory prices are being practiced, but it will typically need access to a broad range of confidential information to be able to make that assessment beyond mere suspicions or beliefs.

In another example, looking at damage caused to downstream clients by resale price maintenance clauses in distribution agreements, to know that Art. 101 TFEU was infringed, the indirectly injured person needs to know, at least:

- (i) that the practice in question had an effect on trade between Member States;
- (ii) the content of the upstream distribution agreements, and that they include a resale price maintenance clause (or clauses whose combined effect is the same);⁶⁴
- (iii) how many of these agreements were entered into, when and for how long, and with whom (maybe also similar agreements of other manufacturers), and being relatively sure of a market definition, namely in order to determine whether the practice had a significant impact on the market, i.e. is not *de minimis*;
- (iv) that the conditions of a category exemption are not met;
- (v) that the conditions of an individual exemption are not met;⁶⁵ and
- (vi) whether concerns are being effectively pursued based on overriding principles which could lead to setting aside competition law, subject to proportionality.

In short, as the CJEU has noted, there is an inherent special nature, complexity and asymmetry of information, associated to antitrust private enforcement, which must be considered when assessing whether the requirements of the *dies a quo*,

64 In this case, the practice in question would, in principle, be an object restriction. In the case of effects restrictions, even more information and more complex assessment is required.

65 In Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, para. 120, the EFTA Court ruled that it was reasonable to require a party to be aware of their right to damages (and for the *dies a quo* to occur) without the claimant having procured information about the possible grounds of justification of the practice under Art. 53 para. 3 EEA (i.e., individual exemption). It would be a surprising stance to take for Art. 101 para. 3 TFEU, which has direct horizontal effect, because it would imply saying an injured person should be expected to know that a violation of Art. 101 occurred, when no infringement may have occurred at all. If the requirements of 101 para. 3 are met, there is no infringement, regardless of prior declaration. Yes, the burden of proof of 101 para. 3 is on the Defendant, but that doesn't change the fact that, in order to know whether they have a right to damages, an injured person must assess whether the requisites of that provision are met.

including knowledge of the existence of an infringement, comply with the principle of effectiveness.

Identifying an infringement of Art. 101 or 102 TFEU typically requires access to confidential information in possession only of the infringing undertakings and/or third parties, and is ultimately dependent on complex legal and economic assessments. Such investigation and analysis may be so costly, complex and uncertain (without powers given to competition authorities), that it may not be reasonable to require injured persons to carry it out themselves, even in the presence of indicia.

No matter how much access to information an injured person obtains, and how much analysis it carries out, the extreme complexity of competition law infringements means that, in the end, it may still not be entirely clear whether there was an infringement. Most likely, it will still face many arguments from defendants arguing there was no infringement. That being said, this problem is not specific to antitrust. It cannot be necessary to be sure of the existence of the infringement (free from all doubt) for the limitation period to start running.

This point was stressed by AG Kokott, who added: “*knowledge merely of isolated facts or information, which could raise suspicions of an infringement of competition law, cannot be enough to establish the injured party’s knowledge of the existence of the infringement. There must be a body of precise and consistent evidence on the basis of which it can be assumed that a diligent party could not reasonably have been unaware that the facts known to it, or which could have been known to it, equated to an infringement of competition law*”.⁶⁶

This ties into the duty of due diligence (or due care). After someone is aware of certain facts, it may become reasonable to require it to seek additional information and to carry out its own assessment to determine whether it has a right to damages (i.e., to investigate).⁶⁷

What constitutes knowledge, and how much diligence is required of any given person, must be assessed on a case-by-case basis. In the words of the EFTA Court: “*the principle of effectiveness must be interpreted as requiring that a national limitation rule entailing a duty of investigation must enable national courts to take into account the individual facts and circumstances of each case*”.⁶⁸

Effectiveness requires one considers, in this assessment, the information and evidence available to the injured party and the special features of competition law, especially in complex cases, as well as the need and possibility for the claimant to “*conduct economic analysis to the extent necessary and sufficient to bring an action with the prospect of a positive outcome*”.⁶⁹ Costs, their judicial recoverability, and the impact on the economic rationality of pursuing a claim, are an important consideration in this assessment.

66 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 129.

67 EFTA Court, Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, para. 116.

68 EFTA Court, Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, para. 116.

69 EFTA Court, Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, paras. 117–118.

The England & Wales Court of Appeal has noted: “*the question of whether or not the claimants in this case had reason to investigate and whether they could with reasonable diligence have discovered the relevant concealment requires disclosure and factual evidence to be fairly determined*”.⁷⁰

The EFTA Court stated that the principle of effectiveness prevents national courts from requiring injured persons to obtain more information than that which “*the claimant can reasonably be expected to obtain from readily accessible sources*”.⁷¹ This could exclude information which can only be obtained via requesting economic studies by experts.

The same Court and AG Kokott have argued that the personal characteristics of the claimant (e.g., being a large undertaking or an individual consumer) may be relevant to this assessment.⁷²

A similar argument was made about requiring injured persons to carry out own assessments in new markets, less familiar to them and less analysed by competition authorities.⁷³

But it is extremely difficult to know where to draw the border, how to delineate an injured person’s duty of investigation. In Norwegian law, for example, investigation can only be required if it can uncover the necessary information “without unreasonable difficulty”.⁷⁴

The reasonability of an injured person knowing about the existence of the infringement can, arguably, be tested by the arguments used by the defendants against the existence of the infringement (the same reasoning applying to the existence of damage).

Defendants may argue that it is absurd to believe there was an infringement, or that it is manifestly clear that there was no infringement. They may even argue that the claimant was misinformed, or did not have access to sufficient information, and thus arrived at the wrong conclusions. In these scenarios, it is contradictory to argue, simultaneously, that (a) it is clear there was no infringement, but that (b) the claimant should have known that there was an infringement. Or to argue that the claimant knew everything it needed to know to determine the existence of the infringement, but that it doesn’t know enough to make this assessment. Parties to litigation cannot have it both ways, alleging something and its opposite depending on what is convenient for a specific point of law.

Differently, if defendants’ arguments rely on fine points of debatable issues, subject to complex assessment, this could arguably be seen to fall within a reasonable scope of uncertainty, and should not prevent the limitation period from starting

70 [2020] EWCA Civ 671, *DSG v Mastercard*, paras. 63–71.

71 EFTA Court, Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, para. 118.

72 *Idem*, para. 70; Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 130.

73 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 130.

74 EFTA Court, Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, paras. 119, 115.

to run. Otherwise, limitation period for antitrust infringements would often never start to run in the absence of a public enforcement decision.

It has sometimes been argued that, if an injured person submits a complaint to a competition authority, this is sufficient evidence that it knew about the existence of the infringement.⁷⁵

The CJEU has not yet addressed this issue. However, it seems correct to worry that this could “*cause injured parties to hesitate to report an infringement to the Commission or to a competition authority and thus impair the effective enforcement of competition law*”.⁷⁶ Given that the case-law has taken into account the deterrent effect of private enforcement and the need for it to contribute to the competition policy objectives of the Treaty (as a complement to public enforcement),⁷⁷ this aspect may be of concern to the Court.

A case-by-case assessment may also lead to the conclusion that the information the complainant was in possession of was insufficient to establish, to the required degree, the knowledge of the existence of an infringement. For example, upon receiving all the information and evidence in the complainant’s possession, a competition authority may feel it is necessary to investigate further and spend years collecting additional information and confidential documents and analysing it. In this scenario, it seems odd to argue that the injured person was already able to establish the existence of an infringement, when the specialized competition agency was not.

That being said, the practical importance of the impact of complaints has now, in part, (probably) died out, given the clarification that the limitation period had to be suspended at least until the conclusion of the public enforcement proceeding.

3. Knowledge of harm (and causality)

It is standard for Member States to require knowledge that harm was caused, before the limitation period can start to run.

The question arises whether the injured party is merely required to know that damage was caused (causality and damage), or if it is also required to know the extent of the damage caused (*quantum*).

The CJEU’s case-law is unclear in this regard.

75 This approach led to the right to damages being deemed time-barred, e.g., in the following cases: Lisbon Appeal Court, *Onitelecom v PT*, judgment of 31 October 2013 (2271/11.8TVLSB.L1-8); Lisbon District Court, *Cogeco v Sport TV*, judgment of 2 September 2019 and Lisbon Appeal Court, judgment of 5 November 2020 (5754/15.7T8LSB).

76 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 117.

77 See, e.g.: ECJ, Case C-253/23, *ASG 2*, judgement of 28 January 2025, ECLI:EU:C:2025:40, para. 61. Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 34–35.

In *Volvo & DAF Trucks* and *Nissan Iberia*, it used several expressions that implied a requirement only that (some) harm was caused.⁷⁸

But, in *Heureka*, the Grand Chamber referred to the need to be aware of “*the extent of the harm caused by the infringement*”, in order to “*be effectively able to exercise its right to claim full compensation under Articles 101 and 102 TFEU*”.⁷⁹

The Spanish Supreme Court has also affirmed that the limitation period should only start to run the moment the injured person is able to determine the extent of the damage caused.⁸⁰

On the other hand, in *Heureka*, the CJEU was referring to the extent of the damage in the context of justifying that the *dies a quo* should not occur before the infringement ended, as this would require claim amendments or new claims to deal with ongoing damages. And it subsequently seemed to assume that “*the extent of any harm suffered as a result of that infringement may be established by the injured party on the basis of that finding [EC Decision declaring the infringement] and the facts at its disposal*”.⁸¹

AG Medina interpreted the case-law as not requiring knowledge of extent of harm, at least in the context of follow-on actions: “*the Court has not required that the harm be known to its full extent in order to compensate for the asymmetry of the knowledge of the injured party and that of the infringer. Instead, the Court has relied on another balancing factor, namely the legal consequences which an act of an institution of the European Union produces*”.⁸²

More broadly, so far, the Court has seemingly assumed that, if you have knowledge of the infringement, you can reasonably be expected to have knowledge of the harm. I believe that, in many cases, this is manifestly untrue.

That being said, the Court has never been asked to assess this question specifically. And, in all the cases it was called to clarify EU Law so far, it could point to a conclusion of non-time-barring even without being more demanding as to knowledge of harm.

Its finding (for example) that the *dies a quo* in the trucks cartel occurred when the Decision Summary was published in the OJ was not accompanied by reasoning on why, at that date, injured parties were able to understand that the cartel caused

78 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 60–61 (“*existence of harm*” and “*causal link between that harm and that infringement*”; or “*fact that it suffered harm as a result of that infringement*”). Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 58, 82.

79 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 58–60.

80 Spanish Supreme Court, *Centrica v Iberdrola*, judgment of 4 September 2013, ES:TS:2013:4739. Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 66 (“*a parallel should be drawn with cases of personal injury, where such knowledge arises not at the moment when the injury is suffered, but only after the injury has stabilised and the after-effects of the injury have been fully determined*”).

81 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 78.

82 Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 66.

harm to them, much less the extent of that harm. It notably did not carry out any assessment of whether the Decision Summary included the information necessary for potentially injured persons to determine if they were harmed by the cartel.

At the very least, it would seem that the principle of effectiveness requires the content of the published Decision to be assessed also in this light, before it can be used as the trigger for the *dies a quo*.

For example, a cartel settlement decision could be phrased in a way that does not allow identifying who was harmed (e.g., because it describes the cartel as relating to a list of clients, but the list is not provided). This example highlights that it is not enough to know that harm was caused to someone. One must know it caused claim to the specific claimant.

The particular complexity of building counterfactuals and determining harm in antitrust private enforcement cases creates additional difficulties. Here too, as for the infringement, the complexity of quantifying damage means that the *dies a quo* cannot be dependent on absolute certainty about the *quantum* of harm. What falls within the scope of the usual dispute between parties on the extent of *quantum* should not prevent the limitation period from running. But, at least, there must be a reasonable understanding that some harm was caused, based on publicly available information.

Even if a Decision includes sufficient information for a potentially injured person to assess if it was harmed, such an assessment is typically not a simple thing. Very often, carrying out that assessment requires compiling own data, obtaining market (third parties') data, and hiring economists to carry out studies. Only after all this is done will an injured person be in a position to form a reasonably grounded opinion about whether it has a right to damages.

The information required to carry out such an assessment of damage might not be publicly available. In such cases, can the *dies a quo* start to run before the claimant is in possession of the (non-public) information required for that assessment?

It is typically impossible to know if the infringement caused harm without an economic study. Indeed, claimants have failed in actions for damages because they did not produce economic studies. Especially if it was not a cartel (no presumption), can the *dies a quo* start to run before the claimant obtains (or before the time reasonably required to obtain) an economic study concluding that (e.g.) the infringement caused a surcharge?

Furthermore, the cost of obtaining/purchasing the necessary data, and of hiring economists to apply the complex economic methods necessary to determine counterfactuals and surcharges (in accordance with the European Commission's

Notice),⁸³ might be prohibitively high. In some legal orders, these costs might not be recoverable even in the case of a future successful action for damages.

For example, if concluding that a cartel caused damage requires an economic study that costs hundreds of thousands of EUR, and if that cost is not recoverable – even if the study concludes there was damage and you win a future action for damages –, only a potential claim of several million EUR would make it rational to investigate and obtain such a study.

Carrying out such studies, even if feasible, takes time. It is certainly not on the day the decision is published that a potentially injured party will have in its possession an economic report showing the infringement caused a surcharge. In the case of cartels (as defined in the Directive), one may circumvent this issue thanks to the legal presumption of damage (if it is applicable).

In short, it seems like a substantial over-simplification for the Court to decide that, as a rule, knowledge of the infringement is sufficient to have knowledge that harm was caused.

This is especially true when one considers that, according to defendants' positions in actions for damages, antitrust infringements in the EU hardly ever cause damage.

Trucks cartel members, for example, have argued that the Decision does not allow identifying damage because of the infringement; that their own economic studies show that no surcharge was caused; and that, if there had been a surcharge, it was not passed on to the clients. In the trucks cartel, the harm and passing-on have been the focus of intense debate and have required economic studies to determine if they exist. There are varying positions about whether a presumption that cartels cause damage applies in this case. Several claimants have been found to have failed to prove it. This means that the harm is, by no means, self-evident from the Decision.

EU and national case-law risks schizophrenia in this regard. It may be that, despite the presumption that cartels cause damage, there is insufficient evidence to presume damage just based on the trucks cartel Decision, and that claimants must produce economic reports or they will fail to meet their burden of proof that “some” harm was caused. But, if that is the case, arguably, it cannot at the same time, be found that, as soon as the Decision was published, claimants already knew that some harm was caused to them. Why should claimants be required to establish, without further analysis, a fact that a court is unable to establish without further analysis?

A different discussion is whether, in follow-on actions, it is sufficiently justified to establish a presumption of knowledge that harm was caused upon the publication of the EC Decision Summary, on the grounds that this allows a compromise with

83 *European Commission*, Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 167/19 of 13 June 2013; Commission Staff Working Document: Practical Guide quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, SWD(2013) 205, 11/06/2013.

the need for legal certainty and using an objective, well-defined moment as the *dies a quo*, homogeneously throughout the EU. That is a worthwhile discussion. But it would always need to be a refutable presumption. The claimant would have to be entitled to prove that the presumption should not be applied in the specific case (just like the defendant has the right to show knowledge of the infringement at an earlier moment – see section 5. below).

I would argue that, so far, the requirement of knowledge of harm has been the weak link in the case-law reasoning on the *dies a quo*. There is a tendency for courts to focus only on one or two given requisites of when the *dies a quo* starts to run, and to neglect the others. The most often neglected requisite is knowledge of harm.

4. Presumption of knowledge in follow-on actions

For follow-on actions, the Court rejected defendants' arguments that, in general, claimants already have the necessary information on the date of the press release announcing the adoption of the EC Decision, given: (i) the reduced factual and legal information they provide; (ii) that they are not intended to produce legal effects vis-à-vis third parties; (iii) that they are aimed at the press, with no general duty of care on injured persons to monitor such press releases; and (iv) they are not published in all EU official languages.⁸⁴

The case-law then clarified that, for follow-on actions for damages, there is a refutable presumption that the *dies a quo* occurs when the public enforcement decision becomes binding and (at least a summary thereof) is publicly available. Because the moment the decision becomes binding varies, there are different moments for the *dies a quo* for follow-on of EC and NCA decisions. The *dies a quo* must be presumed to occur when:

- (i) the EC Decision summary is published in the Official Journal in all official languages;
- (ii) the NCA Decision or the final judgment confirming it becomes *res judicata* and is officially published.

According to the CJEU, “the view may, in principle, reasonably be taken that the injured party has all the information necessary to enable it to bring an action for

⁸⁴ ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 62 and 67–69. See Opinion AG Rantos, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2021:884, paras. 11–121. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 68.

damages within a reasonable period” on the date the summary of the EC Decision is published in the Official Journal.⁸⁵

This is so because the identification of an infringement in an EC Decision, under the Masterfoods case-law and Regulation (EC) 1/2003, is binding on the national court deciding a follow-on action as soon as it is adopted, even if it is not final. Injured persons can immediately rely upon the EC decision to exercise their right to damages. Thus, at that moment they are, in principle, required to know they have a right to damages.

The Grand Chamber rejected claimants’ arguments that even a published EC Decision is not enough for the injured party to know there was an infringement, if that Decision is not final.⁸⁶ This was unclear in *Volvo & Daf Trucks* and *Deutsche Bank*, since in both cases the EC Decision in question was final by the time its Summary was published.⁸⁷

According to the rejected reasoning, a non-final public enforcement decision merely expresses the authority’s opinion, which can still be overturned (for some NCAs, the percentage of annulment of NCA decisions is very high),⁸⁸ and the infringer still benefits from a presumption of innocence.⁸⁹ Thus, one would be stating that someone should know an infringement of Art. 101 or 102 TFEU existed because and when a decision was published, and then the CJEU or national review court could later declare there was no infringement or change its scope.

The CJEU disagreed. It noted that EC Decisions – like any act of an EU institution – “enjoy, in principle, a presumption of legality and, therefore, produce legal effects as long as they have not been annulled or withdrawn”, with Art. 16 para. 1 of

85 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 65–68 and 71–72; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 43 and 67. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 67 and 78. Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 55–56. Prior to *Volvo & DAF Trucks*, the publication of the Summary Decision in the OJ had been the *dies a quo* predominantly chosen by various national courts (see, for Portugal and Spain, *Sousa Ferrero/Marcos*, in: Rodger/Sousa Ferrero/Marcos (eds.).

86 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 78.

87 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 72.

88 See, for Spain, Marcos, 2021. For the Netherlands, see *Outhuijse*. For a broader EU overview, see: *Rodger/Brook/Bernatt/Marcos/Outhuijse*.

89 This argument was used by the Lisbon Appeal Court in a trucks cartel case to justify why the limitation period should only begin to run after the decision became final: “only when a decision imposing a fine becomes *res judicata* can it be deemed shown, without margin for doubt, that an unlawful practice was carried out by the infringer, who until then benefited from a presumption of innocence (...). As noted in popular wisdom (...), all that glitters is not gold, and in these times of special effects and deep fakes, you really can have smoke with no fire” – Lisbon Appeal Court, *RNM v Daimler*, judgment of 23 September 2021, (6/19.6YQSTR-C.L1), paras. 33–37 and 42–45. The Appeal Court also warned about the risks of injured parties filing claims and then seeing the decision annulled on appeal, stating that it is neither legal nor ethically demandable for victims to take that risk (paras. 38–39).

Regulation (EC) 1/2003 and the Masterfoods case-law requiring national courts not to take decisions running counter to EC Decisions, even if they are not final.⁹⁰ Accordingly, national courts must recognize the full effectiveness of EC Decisions, even if they are being appealed, unless the CJEU stays their enforcement, or if they believe a Decision is invalid and submit a referral to the CJEU raising this issue.⁹¹ An injured party can immediately “rely on the findings made in such a decision in order to substantiate its action for damages”.⁹²

Differently, under the Damages Directive and the Repsol ruling,⁹³ a NCA decision only becomes binding (or creates a refutable presumption) in follow-on actions when it is final.⁹⁴ To the extent the NCA decision is not yet binding, it is still too difficult to exercise the right to damages,⁹⁵ and “the injured party cannot reasonably

90 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 72 and 74; Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 64.

91 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 73 et ss; Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 68.

92 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 77. See also Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, paras. 54 and 62.

93 ECJ, C-25/21, *Repsol*, judgment of 20 April 2023, ECLI:EU:C:2023:298.

94 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 64.

95 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 65–66. The Nissan Iberia ruling was a surprise to some who emphasized the moment of publication rather than the moment the decision became binding (see *Brokelmann*, Sorprendentes Conclusiones de la AG Medina en el asunto C-21/24, Nissan Iberia, 9 April 2025, available at: <https://mlab-abogados.com/es/sorprendentes-conclusiones-de-la-ag-medina-en-el-asunto-c-21-24-nissan-iberia-helmut-brokelmann/> (4/2/2026); Garcia-Perrote *Martinez*, Once more unto the breach! Setting the starting date for Limitation Periods in Competition Law Damages Claims. A comment to AG Medina’s Opinion in the Nissan Iberia Case, Kluwer Competition Law Blog, 11 April 2025, available at: <https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/once-more-unto-the-breach-setting-the-starting-date-for-limitation-periods-in-competition-law-damages-claims-a-comment-to-ag-medinas-opinion-in-the-nissan-iberia-case/> (4/2/2026); and *Vidal/Guerra*. To others it was expectable. In *Heureka*, the Grand Chamber had already emphasized the crucial difference between the EU Law rules applicable to EC Decisions and to NCA decisions (Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 74; Opinion AG Medina, Case C-21/24, Nissan Iberia, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 56, 62–64, 67–69). It was so expectable, indeed, that the Spanish Supreme Court deemed it unnecessary to wait, applying the solution later clarified by the Court of Justice in the Envelopes Cartel case (Spanish Supreme Court, judgment no. 889/2025 of 5 June 2025 in case no. 3699/2022). As noted by AG Medina, this solution is the one most favourable to legal certainty and the principle of effectiveness, benefitting both applications and defendants (Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, paras. 77–78 and 83).

be considered to have become aware of the information necessary to bring his or her action for damages on the basis of that decision”.⁹⁶

For the presumption to operate, the public enforcement decision or judgment must be “made public in an appropriate manner”.⁹⁷

In the case of EC Decisions, this requirement is met by publication of the summary of the Decision in all official languages in the EU’s Official Journal.

For a final judgment confirming an NCA Decision, the requirement is met (as was the case in *Nissan Iberia*) when the judgment has been “officially published”, such that it is “freely accessible to the general public” (e.g., on a public case-law database), and the publication must clearly set out the “date of its publication”.⁹⁸

The presumptions established in *Heureka* and *Nissan Iberia* assume that the scope of the infringement, as described in the EC or NCA Decision, is clear. That may not always be the case. And this should be considered when assessing whether to exclude the presumption. Especially in the case of settlement decisions, the infringement (e.g. the affected products or affected markets) may be described in such a way that a given claimant may not be able to understand, based on the EC Decision summary, if it purchased goods affected by that infringement.

The case-law provides examples of this. Twice already, the CJEU has been asked to interpret the EC Decision in the trucks cartel, to clarify if certain types of special trucks were included in the scope of the infringement. Defendants (addressees of the decision) argued they weren’t. And courts did not think the issue was clear, otherwise there would not have been a referral before the CJEU. If the national courts have doubts about whether the EC decision declared an infringement relating to the trucks in question, how can the purchaser of those trucks be reasonably expected to have known that it had a right to damages upon the publication of the EC decision summary?

It is an oversimplification to state that “an injured party can obtain the necessary information gathered by [a competition authority] from the moment its decision is made available”.⁹⁹ This assumes that all information gathered by a competition authority which was necessary to identify the infringement is included in the public version of its decision. Sometimes, that will not be the case. For example, some of the crucial features of the infringement may have been discovered via leniency

96 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 67. It seems to follow that, if a given Member State’s law were to render an NCA decision immediately binding in a follow-on action (even if it is appealed), the dies a quo in that MS would, just as in the case of EC Decisions, be the moment of the official publication of the NCA Decision. This may simply be a theoretical issue, given the harmonization of this issue resulting from the Directive. Article 9 paras. 1 and 2 of the Damages Directive only requires MS to assign legal effects to final NCA Decisions, and it is unclear whether MS can anticipate those legal effects without infringing the Directive.

97 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 74.

98 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 75–78. This reasoning would seem to apply also to the follow-on part of a hybrid claim.

99 Opinion AG *Medina*, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 62.

applications and thus be confidential (and absolutely protected) in the published decision.¹⁰⁰ Or the settlement negotiations can lead to a brief and unclear description of the infringement.

Nissan Iberia leaves several doubts about when to presume the *dies a quo* for NCA decisions, including (see also sections F.IX and F.X):

a) For now, let us focus on what absence of right of appeal leads to the type of finality that makes the decision/judgment binding.

Under the Directive, confusingly, a “final infringement decision” is defined in Art. 2(12) as an absence of possibility of appeal by “ordinary means”.¹⁰¹ It is arguable that this may influence the interpretation of the consequences of the principle of effectiveness as well.¹⁰² In Portugal, for example, constitutional or case-law uniformizing appeals are deemed “extraordinary appeals”.

Is the finding of infringement binding and does the limitation period start to run before those appeals are exhausted? Or is this an EU law concept that may include such appeals, but exclude, e.g., ECHR appeals¹⁰³? Surely what constitute “ordinary means” must be determined uniformly by the CJEU and cannot be dependent on different national definitions (even if it is inevitably subject to varying national legal options on the right to appeal).

Even if it is a concept of EU Law, the inevitable result of the Directive’s definition seems to be that a decision is “final” (binding in follow-on actions), and you are expected to know an infringement existed, when it can still be overturned. Interpretations that delay the finality date work against defendants for limitation periods, but work for them for the binding effects of decisions.¹⁰⁴

b) Is it enough, for this purpose, to publish a summary of the NCA decision or judgment?

It may be. This judgment discussed only the publication of the full text of the judgment confirming the NCA decision (this is what occurred in this specific case). But *Heureka* set the *dies a quo* on the publication of the summary of the EC Decision in the Official Journal. It seems arguable that an official publication of a summary of a final NCA decision or judgment (with a level of detail similar to the OJ summaries of EC decisions) could be enough to start the clock. This is not the same as a press release (argument set aside in *Heureka*). But the summary must include the necessary information allowing the claimant to be aware of its right to damages.

100 See the Portuguese NCA Decisions in PRC/2017/10 Insurance Cartel. A cartel was identified splitting the market for insurance to “large companies”, without defining the concept or identifying which large companies were targeted, except via a referral to absolutely protected confidential information in a leniency statement.

101 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, paras. 50–51.

102 In a “the door swings both way” approach when reading Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 80.

103 See, e.g., by analogy, ECtHR, No. 52067/10, *Howald Moor and Others v. Switzerland*, judgment of 11 March 2014.

104 *Sousa Ferrero*, in: Rodger/Sousa Ferrero/Marcos (eds.).

- c) What if the official publication does not include a date of publication?
The court stated that the date of publication must be indicated in the official publication (probably so there is certainty about the date in which the deadline starts to run).¹⁰⁵ It seemed to believe this condition was met by the Spanish case-law database. Should the limitation period not be presumed to start to run if the decision or judgment was published, but there is no indication of when the publication occurred? In such cases, should the presumption apply only from the moment it is proven that the publication had already occurred? What about Member States who don't publish NCA decisions or judgments? It would seem that this presumption cannot apply.
- d) What if there is no public information on whether there was an appeal or what part of the decision was appealed?
In some Member States, there is no information publicly available when an NCA decision or judgment is appealed (or when it becomes final due to absence of appeal). Other times, there are news of an appeal, but no information about what was challenged in the appeal (e.g., if only the fine was challenged – see section F.IX). Requests of access to documents which would allow making these determinations are likely possible, but also likely subject to obstruction, large delays and, ultimately, discretionary decisions by courts.
In the absence of adequate public information, the claimant might, for example, know the essential information, but not know that the decision is already binding. Without knowledge of this possibility of exercising the right to damages with the infringement already proven, the difficulties identified by the case-law are still present. Thus, the presumption of the *dies a quo* should, in principle, not apply.
Ideally, Member States' NCAs and courts would now revise their practices and increase transparency and public information for these cases, in light of this case-law.
- e) What if the binding public enforcement decision is available only in the Member State's language?
In *Nissan Iberia*, the Court was faced with a follow-on action by Spanish claimants based on a Spanish NCA decision. What if the person injured by the cartel had been a citizen and resident of another Member State, and did not speak Spanish?
In *Heureka*, the CJEU seemed to value the fact that EC Decisions are published in “*all the official EU languages*”, which “*guarantees that both natural and legal persons have the opportunity to be aware of it*”.¹⁰⁶
That being said, given the phrasing of *Nissan Iberia* and the apparent goal of simplification, it would seem that the absence of publication of NCA decisions / national judgments in other EU official languages does not prevent the

105 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 75–78.

106 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 68.

presumption from applying. But it may be an argument, alongside others (for example, the absence of news about the decision in its own Member State), for an injured person to prove that it was not reasonable to expect awareness of the right to damages (i.e., to refute the presumption).

5. Refutability of presumption of knowledge in follow-on

Despite the imperfect phrasing of the final reply to the national court in *Nissan Iberia*, I do not believe, as some have argued,¹⁰⁷ that *Heureka* and *Nissan Iberia* mean that the limitation period in follow-on actions can never start to run before there is a published binding decision or judgment. The reasoning of the case law implies otherwise.

The presumptions established by *Heureka* and *Nissan Iberia* do not change the requirements of the *dies a quo*. The *dies a quo* is when the injured person becomes (or should become) aware of the information necessary to exercise the right to damages. Parties can exclude the presumptions by demonstrating knowledge of the essential elements prior to or only after that moment.

In *Heureka*, the Court clarified that the *dies a quo* presumption – discussed in (iv) – may be refuted by the defendant.¹⁰⁸ Defendants can always try to prove (and bear the burden of proving) that the essential information was or should have been known by a given injured person at an earlier time.¹⁰⁹ Such arguments could arise, for example, when the injured person submitted a complaint to the competition authority, showing it already possessed all the essential information (but consider the suspension / interruption of the limitation period during the investigation).

Although the issue remains to be clarified by the Court, it seems to follow from the reasoning in the case-law that claimants can try to prove that the decision or judgment did not include the essential information, so that the limitation period did not start to run at that moment. This could be the case with settlement decisions, where the content of the decision is negotiated and may omit information crucial to understand who was injured or whether any damage occurred. In a specific example, if the public version of the trucks cartel Decision did not allow purchasers

107 In the opposite sense, see *Barennes/Lelouche*, *Nissan Iberia* (C-21/24): The Clock for Damages Actions Only Starts Ticking Once the National Competition Authority's Decision is Final, *The Thicket*, 8 September 2025, available at: <https://thethicket.blog/2025/09/08/nissan-iberia-c-21-24-the-clock-for-damages-actions-only-starts-ticking-once-the-national-competition-authoritys-decision-is-final/> (4/2/2026).

108 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 70–71 and 83.

109 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, para. 64; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 44. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 70–71 and 83. Opinion AG Medina, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, para. 57. But see the unfortunate phrasing in Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 67 (“limitation period cannot begin to run before that decision has become final”).

of certain trucks to understand if those trucks were caught by the infringement, the *dies a quo* should not start to run before this has been clarified by the CJEU.

The Grand Chamber did not describe the presumption as an absolute rule (an irrefutable presumption). To do so would run counter to the idea that the principle of effectiveness opposes absolute prohibitions and the impossibility of showing special circumstances.¹¹⁰

Rather, it set out this presumption as a rule “*in principle*”, about something that “*generally*” occurs.¹¹¹ It also stressed that it was “*subject to verification by the referring court*”, “*in the present case*”, whether “*Heureka knew all the information necessary to enable it to bring an action for damages*” on the date the EC Decision summary was published.¹¹² And it reemphasized that, despite the presumption, “*it is for the referring court to ascertain the exact date on which that infringement ceased*”.¹¹³

In practice, however, the presumption will be very difficult to set aside, for both parties.

6. Same standard for companies and consumers

The *Volvo & DAF Trucks* judgment¹¹⁴ implicitly excluded attempts to distinguish between “professional” injured parties (e.g. large undertakings) and “ordinary” injured parties (e.g. consumers), and the trigger of the *dies a quo* or the imposition of a greater duty of due diligence on the first as compared to the second.¹¹⁵

This was subsequently confirmed, albeit in an Order, rather than a Judgment. The CJEU Order in *Deutsche Bank* set the *dies a quo* from the publication of the (final) EC Decision in the OJ in a case where the injured parties were individual consumers.¹¹⁶ It specifically noted that the rules to determine the *dies a quo* should

110 ECJ, Case C-360/09, *Pfleiderer*, judgment of 14 Jun 2011, ECLI:EU:C:2011:389; Case C-536/11, *Donau Chemie*, judgment of 6 June 2013, ECLI:EU:C:2013:366.

111 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 78.

112 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 83.

113 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 86. See also Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 67; and Opinion AG Kokott, Case C-312/21, *Tráfico Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2022:712, para. 42.

114 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 62 and 67–69. See Opinion AG Rantos, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2021:884, paras. 118–121. Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 68.

115 As suggested in Opinion AG Rantos, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2021:884, paras. 121–123.

116 ECJ, Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 47–49.

be identical for consumers and professionals or undertakings, and that to do otherwise would create legal uncertainty.¹¹⁷

This has been partly reaffirmed by the Grand Chamber.¹¹⁸

AG Kokott argued that, at least when it comes to national courts assessing the claimant's subjective knowledge in the given case, the difference between "professional consumers" (with legal advisers) and "ordinary consumers" should be taken into account.¹¹⁹ This seems to be in line with the Court's reasoning. It is one thing to set the same requirements for *dies a quo* and presumption for professional and non-professional injured persons. Quite another is to consider the person's specific characteristics when assessing that person's subjective knowledge. In this perspective, it is not so much that a strict differentiation must always be made between professional and non-professional injured persons, but that the degree of expertise and sophistication of each injured person should be considered (and perhaps certain presumptions can be made based on whether the injured person is or is not a professional).

IV. Limitation period must be suspended/interrupted during public enforcement procedure

The Court's Grand Chamber has now clarified that Art. 101 and 102 TFEU, together with the principle of effectiveness, require the suspension/interruption of the limitation period of the right to damages during investigations by the European Commission, but do not require it until the decision is final (pending appeal).¹²⁰

This requirement of suspension/interruption is independent of, and unaffected by, the claimant's knowledge of the existence of the infringement, because this knowledge only determines the *dies a quo* (see section F. III.), whereas here the Court decides the suspension/interruption, which necessarily occurs after the *dies a quo*. Its reasoning does not have to do only with knowledge, but also with evidence and legal certainty (existence of binding effect of a declaration of infringement).

To arrive at its conclusion, the CJEU noted it "*is generally difficult for that [injured] party to adduce evidence of an infringement of Article 101(1) or Article 102 TFEU in the absence of a decision by the Commission or by a national authority*". So, allowing the limitation period to expire before the adoption of a public enforcement decision "*would render the exercise of its right to seek full compensation exces-*

117 ECJ, Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 50–51.

118 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 68.

119 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 130.

120 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 79–80, 89 and 94 (unfortunately, the operative part of the judgment was closer to the phrasing of the *Cogeco* judgment, not incorporating the new clarifications provided in the body of the judgment). This differed from the position taken by the EFTA Court in Case E-10/17, *Nye Kystlink AS*, judgment of 17 September 2018, para. 119.

sively difficult”.¹²¹ Furthermore, the “*suspension or the interruption of the limitation period for the duration of a Commission investigation are, in principle, necessary to enable the injured party, in particular following that investigation, to assess whether an infringement of competition law has been committed, to know its scope and duration, and to rely on that finding in a subsequent action for damages*”.¹²²

Nissan Iberia did not explicitly address this issue. It didn't have to. By setting the *dies a quo* at the time of the binding effect of the final NCA decision / confirming judgment and clarifying that Art. 10 of the Damages Directive applies for the future, it didn't need to address suspension prior to the *dies a quo* in that case. By the time of the *dies a quo*, the suspensive rule of Art. 10 was already applicable.

Thus, *Heureka* clarified that the principle of effectiveness requires the effect of interruption / suspension of the limitation period for EC decisions to apply until there is a final decision, and made the discussion unnecessary for most (if not all) NCA decisions which might today serve as a basis for a follow-on action.

The Belgian Constitutional Court had already arrived at the *Heureka* solution, namely taking into account fundamental rights as interpreted by the ECHR.¹²³

From a historical perspective, although now clear, doubts remained about this issue following *Cogeco* (see further on this in section F. VIII).

V. Same end result for EC and NCA decisions

Given the *ratione temporis* scope of Art. 10 of the Damages Directive, Art. 10 para. 4 is applicable in follow-on actions when the decision became binding after the transposition deadline¹²⁴ (unless, in a given case, the defendant proves earlier knowledge of the essential information by the claimant).

The consequence of *Heureka* and *Nissan Iberia* for such actions (applying the presumption) is that the deadline to file the action for damages is immediately suspended and only starts running one year after the decision is *res judicata*.

Accordingly, despite the *dies a quo* difference (different moment of presumption for EC and NCA decisions), the result is the same for both EC and NCA decisions: the deadline only truly starts running 1 year after publication of binding decision.

VI. Filing before a binding decision

As noted in the previous section, for both EC and NCA decisions, claimants may, as a rule, without fear of time barring, wait until there is a binding decision to use

121 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 62.

122 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 79.

123 Belgian Constitutional Court judgment no. 38/2016 of 10 March 2016.

124 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 91.

in their follow-on claim.¹²⁵ This assumes that the issue of the absolute limitation period will be clarified as expected (see section F. VII).

However, in both cases, they also have the right to file the claim before the decision is final and binding upon the national court. And there are reasons to expect that victims, in some cases, will not, in practice, be able or willing to wait.

Claimants will still have the burden of proving the *quantum* of harm. Waiting several years could mean that even less evidence (if any) relating to the relevant period will be available by the time the action for damages is filed. Often, at the very least, actions for pre-filing access or for preservation of evidence will need to be filed. These may not be available in some MS. Even if they are available, pre-filing access tends to be complex and lengthy, requiring significant investment in legal fees. Such investment may be impossible without funding. And funders are very unlikely to invest if the action for damages will only be filed years in the future, and then take several years to resolve.

A similar problem arises in (consumer or SME) representative actions. Here, we may see a “race to file”. Qualified entities may not be able to wait until the decision is final if the national regime is “first to file”, or if it sets a deadline for other potential representatives to file after a first claim has been submitted. Also, the longer one waits to file the claim, the smaller the opt in or distribution rate will be at the end. With the passage of time, injured consumers die, documents identifying purchases are lost, etc.

Claimants may thus, in some circumstances, feel they need to move ahead and assume the risk of the decision being annulled. They will also assume the risk of the national courts suspending the follow-on proceedings (even if the CJEU affirms that they are already bound by the EC decision, even if it being appealed).

VII. Absolute limitation period

It seems reasonable to say that, based on the requirements of EU Law concerning the *dies a quo*, as clarified by the Court, in the absence of a public enforcement decision, for some antitrust infringements, limitation periods may never start to run.

They won't start to run for secret practices that remain secret, because the behaviour itself is not known.

125 Follow-on actions based on EC Decisions prior to 26 December 2016 are now already quite rare, and will disappear entirely with the passage of time. Thus, in most cases likely to come before national courts, the EC or NCA Decision (or its confirming judgment) was adopted and published when the Damages Directive was applicable. At that moment, the 4th requirement of Art. 10 (see section C) is already applicable *ratione temporis*. In other words, the limitation period will be suspended from between the transposition of the Directive (or later, if the EC Decision is adopted at a later moment) until one year after a final public enforcement decision. This significantly protects injured persons' right to damages, ensuring they do not become time-barred, even if they prefer to wait for the EC Decision to be final before filing their claim. Their right will be protected by the suspension imposed by the Directive and its transposition.

They won't start to run when the practice is known, but the injured persons do not have sufficient information to assess whether the practice infringes Art. 101 or 102 TFEU.

They won't start to run when the potentially injured person knows about the practice and that it was illegal, but doesn't have sufficient information to assess if it caused harm (e.g., if it led to a surcharge on the market), and it's not possible or not reasonable to require it to collect that information and to carry out the economic analysis necessary to make that assessment.

In light of this, should infringers be liable *ad eternum*?

This problem is sometimes dealt with by the imposition of an absolute limitation period (whose length varies between Member States, e.g. 10 or 20 years).

According to recital 36 of the Damages Directive, "*Member States should be able to maintain or introduce absolute limitation periods that are of general application, provided that the duration of such absolute limitation periods does not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the right to full compensation*". While absolute limitation periods are permissible, they must not infringe the principle of effectiveness. If a right could become (absolutely) time-barred before an injured person could reasonably be aware of the essential requisites of the right to damages, this would make it impossible to exercise that right.

So far, the CJEU has not (explicitly) discussed national absolute limitation periods for the right to damages arising from infringements of Art. 101 and 102 TFEU, and how they may be impacted by EU Law. But it has certainly provided hints and laid out principles which seem to point in one direction. For example, the continuous infringements in *Heureka* and *Nissan Iberia* started in 2006, long enough to lead to absolute limitation. Thus, it would have been strange for the Court to affirm the absence of time-barring if it did not believe that its clarifications also applied to the absolute limitation period.

It would be advantageous to clarify that the limits imposed by the principle of effectiveness and the Directive (including that the limitation period cannot start to run before the infringement has ceased or the injured person is aware of the essential information) apply both to the subjective and to the absolute limitation period.¹²⁶

Some authors argue that it already derives from CJEU's case-law that the German absolute limitation period rule is incompatible with EU Competition Law.¹²⁷ In a ruling after *Heureka*, a German court determined that the absolute limitation

126 *Mora/Seegers*, The CJEU strengthens cartel victims' rights: a landmark ruling on limitation periods, CDC Blog, 5 September 2025, available at: <https://carteldamageclaims.com/de/2025/09/05/the-cjeu-strengthens-cartel-victims-rights-a-landmark-ruling-on-limitation-periods/> (4/2/2026).

127 *Horn*, After Heureka (ECJ, C-605/21) – on the knowledge-independent limitation period for cartel damages claims under German law, available at: <https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2024/09/after-heureka> (4/2/2026).

period only starts to run when the infringement ends.¹²⁸ We are likely to soon see a referral from a German court to the CJEU on this topic.

The absolute limitation period will be an issue in many of the private enforcement actions that are being, and will be, discussed by national courts. Indeed, very often, more than 20 years elapse between the beginning of an antitrust infringement and the moment when a claim is filed. Not only because some infringements are particularly lengthy, but also because they tend to be identified only in public enforcement proceedings that last many years (and even more years if the decisions are appealed).

An injured person should not benefit from its own (unreasonable) inaction. Nor should an infringer be left in limbo *ad eternum*, subject to the whim of when the injured person decides to exercise its rights. Thus, a limitation period, and in particular an absolute limitation period, protects the infringer. But infringers do not merit protection if they kept the infringement or associated essential facts hidden from the injured persons (including by making it difficult to investigate and uncover, refusing access to documents, etc.), preventing them from knowing about their rights.

To reward such behaviour with the application of an absolute limitation period would be to incentivize and reward it. As noted above (Section V), limitation periods are meant to protect infringers from abusive delayed enforcement by injured persons, not from situations of delayed enforcement created by the infringer itself (principle of *estoppel*). This is also an important consideration to the extent that *Heureka* has established that rules on limitation periods should be interpreted taking into account what contributes to the “deterrent effect”.¹²⁹

This exception is recognized, for example, in English law (section 32 para. 1 lit. b of the Limitation Act 1980) and Scottish law (sections 6 and 11 para. 3 of Prescription and Limitation Act 1973). If the defendant deliberately concealed the infringement from the claimant, the time limit does not start to run until the claimant has discovered the concealment or could have done so with reasonable diligence.¹³⁰

In trucks cartel litigation, claims have been filed more than 20 years later (going back to the start of the infringement), in jurisdictions with a 20-years absolute limitation period. It seems that, generally, courts have recognized the right to damages in such situations, since it was impossible to know about the right to damages prior to the EC Decision.¹³¹

It seems beyond dispute that national rules on absolute limitation periods are permissible, but subject to the principle of effectiveness.¹³²

128 Regional Court of Dortmund, judgment of 19 June 2024 (8 O 34/22 (Kart)).

129 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 63. See also: Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 118.

130 See *Arcadia Group Brands and others v Visa Inc and others* [2015] EWCA Civ 883.

131 See, e.g.: Lisbon Appeal Court decision of 24 May 2021, *Campicarn v Volvo* (5/19.8YQSTR-D.L1).

132 See recital 36 of the Damages Directive.

At least when it comes to continuous infringements, *Heureka* suggests that, if a right were to become (absolutely) time-barred before the injured persons were aware, or reasonably should have been aware, of their right to damages, this would render the exercise of that right impossible or excessively difficult.

Heureka also tells us that only after the infringement is over can the right to full compensation be effectively exercised. If so, an absolute limitation period which starts running before an infringement is over is clearly incompatible with the principle of effectiveness.

But there are many details which need to be clarified. Does the principle of effectiveness prevent the absolute limitation period from starting to run before the *dies a quo*? Can it start to run from the day of the infringement (or when the infringement ceased), as long as its expiry does not happen before the *dies a quo* and the claimant has a reasonable amount of time after the *dies a quo* to file the action for damages? What would a reasonable amount of time be, considering the complexity of these cases and how long it could take to prepare a claim and economic report for filing (especially in jurisdictions that require the claimant to allege all facts and submit all evidence when filing the claim).

Does the effect of suspension/interruption of the limitation period, deriving from the principle of effectiveness and Art. 10 of the Damages Directive, also impact the absolute limitation period? It could be argued that, if the *dies a quo* has already occurred, it's the injured person's choice to wait any further to file the claim.

But this raises serious concerns, namely identified by AG Kokott.¹³³ If this is the case, injured parties, faced with infringements that started years enough ago that the absolute limitation period is about to expire, wouldn't be able to wait for the EC Decision to become final before filing their claim for damages. They would have to take the chance and file the action for damages while an appeal of the EC Decision is pending, and likely see the outcome of their claim suspended by the national court until the EC Decision is confirmed. Then if the Decision were annulled (e.g., if the Court were to conclude that there was no infringement), there would retroactively be no EC decision on which to base the presumption of the *dies a quo*, but it would be too late: the action was already filed, and the claimant will bear its costs and adverse costs if it is unsuccessful.

According to AG Kokott, national courts must take the risk of the absolute limitation period expiring into account in their decision to suspend such a claim.¹³⁴ The language of the Court in *Heureka* subtly suggests it may share this perspective.¹³⁵ Especially given the binding effect and presumption of validity of EC Decisions (*Heureka*), if the absolute limitation period runs despite the filing of the claim, it may make it impossible for the claimant to obtain compensation for "old" damage if the national court suspends the action to await the outcome of the appeal.

133 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 62.

134 Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 63.

135 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 80.

That being said, this reasoning seems to assume that the absolute limitation period can run even after the action for damages has been filed. If this is a solution present in the legal orders of some Member States, it seems manifestly contrary to the principle of effectiveness, in the special context of antitrust actions for damages. If the action takes longer than the absolute limitation period (which is not unheard of), it would be impossible for the claimant to be compensated.

Another crucial aspect of this discussion is that some rules on, and interpretations of, the absolute limitation period might infringe fundamental rights. The European Court of Human Rights noted that, in the case of health problems arising from a practice with a very long latency period, where injured persons only become aware that they have been damaged many years later, the Swiss rules on the absolute limitation period would deprive the right to damages of its effectiveness and infringe Art. 6 para. 1 of the European Convention on Human Rights.¹³⁶ A parallel reasoning seems applicable to damages antitrust actions.

VIII. Interruption of limitation period by claimant

In *Cogeco*, the Court declared that “a limitation period (...) such as that at issue in the main proceedings (...) renders the exercise of the right to full compensation practically impossible or excessively difficult”.¹³⁷ In other words, it affirmed that the applicable Portuguese rules, as described by the national court, infringed the principle of effectiveness.

Courts of some Member States interpreted this ruling as meaning that the limitation period should be suspended during the public enforcement investigation.¹³⁸ Other national courts, namely using ECHR jurisprudence, had arrived at a similar position even earlier.¹³⁹ This is what would come to be confirmed by the CJEU (see section F. IV).

By contrast, the referring and appeal Portuguese courts concluded that the CJEU had expressed its views based on an erroneous understanding of the Portuguese limitation period regime. In their view, the CJEU had believed that it was impossible, in Portugal, to interrupt or suspend the limitation period during the public

136 ECtHR, No. 52067/10 and 41072/11, *Howald Moor and Others v. Switzerland*, judgment of 11 March 2014.

137 ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019 ECLI:EU:C:2019:263, paras. 53 and 55.

138 Amsterdam Appeal Court judgment of 4 February 2020 (ECLI:NL:GHAMS:2020:194), para. 3.5.6, 3.5.9 and 3.6.6; Scottish Outer House Court of Session judgment of 11 November 2020, *Glasgow City Council v Volvo et al* [2020] CSOH 92, para. 56. See also Portuguese Supreme Court, *RNM v Daimler*, judgment of 8 March 2022, (6/19.6YQSTR-C.L1.S1), para. 23–24: “Imposing on the claimant the duty to file a claim before waiting for the outcome of the [public enforcement] procedure, would be to condemn its claim to failure...”

139 Belgian Constitutional Court, judgment no. 38/2016 of 10 March 2016.

enforcement investigation.¹⁴⁰ This was not the case, because claimants in Portugal had judicial mechanisms available to do so.¹⁴¹ Crucially, they believed no further clarifications from the CJEU were required, as the Court had, in their view, sufficiently indicated that, if it was somehow possible to suspend or interrupt, then there was no infringement of the principle of effectiveness. The Portuguese courts applied the national rule, and the claimant's right in this case was deemed time-barred. An outcome which, in light of *Heureka* and *Nissan Iberia*, now seems to have been a misinterpretation of the CJEU's clarifications of EU Law.

By clarifying that the limitation period must be suspended during the public enforcement investigation, regardless of possibility of interruption, *Heureka* has seemingly done away with the relevance of that element discussed by the national court in *Cogeco*.

This was consolidated in *Nissan Iberia*, when the Court rejected the relevance of the options for suspension/interruption of limitation period foreseen in Spanish law. In the absence of a legally mandated automatic suspension while NCA decision appeal is pending, the possibilities for injured persons to act themselves to stop or restart the clock (extrajudicial letter, starting mediation, pre-filing request of access to evidence, or filing action for damages and asking for suspension) are insufficient to ensure effectiveness.¹⁴²

This is probably for the best. Trying to determine whether the possibility of interrupting the limitation period would preserve the effectiveness of the right to damages would lead, at the very least, to legal uncertainty and heterogeneity.

The mere abstract possibility of interruption is no guarantee of effectiveness. One would further need to consider, *inter alia*:

- (i) What must be done to interrupt the limitation period, e.g. does a simple communication suffice or must it be done via a court order? If a court order is required, is there discretionary margin or legal uncertainty in its issuance? What if there are problems delivering the letter or court order to the Defendant?

140 Lisbon District Court, *Cogeco v Sport TV*, judgment of 2 September 2019 and Lisbon Appeal Court judgment of 5 November 2020 (5754/15.7T8LSB).

141 In Portugal, limitation periods can be interrupted by filing a request before a court to serve an "autonomous judicial notification" – see Supreme Court case-law uniformizing judgment of 26 March 1998 (97A519). These proceedings have costs under general rules (plus legal fees). There is legal uncertainty on the requirements for the interruption to be successful (e.g., the degree of detail with which the infringement and damage must be described), as well as on the duration of interruption and on whether successive interruptions are allowed, with some case-law suggesting only one interruption is allowed (see Supreme Court judgment of 5 November 2013 (7624/12.1TBMAI.S1)). See, by contrast, the situation in Spain, described in Martí Miravalls 2022: 329-330.

142 Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, paras. 68-73. This seems to mean that, if national law does foresee an automatic suspension while the appeal is pending, the *dies a quo* can occur on the publication of the NCA decision. But since the clock is stopped until 1 year after the decision becomes final, the practical result is the same.

- (ii) How much does it cost to interrupt the limitation period¹⁴³? Not just the sending of the letter or seeking of the court order, but the fees of the lawyers who will surely need to be consulted to ensure the interruption is adequately carried out, and the opportunity cost associated to the gathering of documents and other necessary steps. If the interruptions cost more than the right to damages being claimed, and can never be recovered under national rules on costs, even in case of a successful action for damages, it is not an instrument for effectiveness of the right to damages.
- (iii) Is it possible to interrupt the limitation period more than once (successively)? If not, since a public enforcement appeal often lasts more than 5 years, the interruption of the limitation period is not a tool the claimant can use to wait until a final decision before filing the claim.

This means, necessarily, that, without the simplifying approach of requiring an automatic suspension pending public enforcement, it would be impossible to provide a single uniform answer for whether the limitation period could start to run at a given moment, under the principle of effectiveness, even for a given MS. It would inevitably require an analysis of specific circumstances of each case and claimant. That is not conducive to legal certain or foreseeability of when the limitation period begins to run.

Foreseeability is further rendered impossible because of Art. 6 para. 3 lit. b of the Rome II Regulation. In many cases, the right to damages could be exercised in several MS, and be subject, under that provision, to the time-barring rules of that jurisdiction. So which MS' limitation period interruption rules should be considered in the assessment? Of the State of residence of the injured person? Why, if that is not necessarily the one whose substantive law will apply to the claim for damages. Of all the Member States in which the action could theoretically be filed? Obviously not. Which is why this cannot be a relevant criterion.

IX. Material scope

Sometimes, EC and NCA decisions are appealed, but not in what concerns the existence of the infringement.

In such cases, should it be presumed that the dies a quo occurs when the NCA decision has become final in what concerns the existence of the infringement? Even if an appeal is pending concerning, e.g., the amount of the fine? Even if, under national law, the fine applied by the NCA decision could still be deemed time-barred pending the appeal on its amount?

143 See Opinion AG *Medina*, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, ECLI:EU:C:2025:248, footnote 38, quoting claimant to the effect that interrupting the limitation period in that case until a final decision would have cost (non-recoverable) EUR 4 800 (plus legal fees), in order to seek damages of just EUR 1 400. Lawyers for defendants have argued that it would cost merely EUR 32 (see *Vidal/Guerra*).

Does the suspension required by Art. 10 para. 4 of the Damages Directive end at least one year after the conclusion of the appeal on the fine? Or 1 year after the finding of infringement has become *res judicata*, because that part of the decision was not appealed? Is it up to national law or EU Law to decide, for this purpose, if the declaration of infringement has become final?

The Court has stressed that the *dies a quo* cannot be presumed to start to run when the addressee of an NCA decision appeals the “*the nature and the material, personal, temporal and territorial scope of that infringement with the result that the court hearing an action for damages relating to that infringement is not bound by those findings*”.¹⁴⁴

The fact that the Court went out of its way to specify the issues the appeal should concern, in order to stop the finding of infringement from being binding in follow-on actions suggests, a contrario, that if the appeal does not concern any of those issues, the decision becomes binding.¹⁴⁵ However, further clarification is needed.

Should an injured person not be reasonably expected to know that the infringement occurred if the addressee did not appeal the finding of infringement? It would seem difficult to argue otherwise. But, if so, coherence requires that the same interpretation be applied, not only to the determination of the *dies a quo*, but also to when the decision becomes binding for the national court.

X. Subjective scope

When EC or NCA decisions have more than one addressee, or several decisions are adopted for different addressees relating to the same infringement, some addressees appeal the finding of the infringement, and others do not.

Is the limitation period assessed independently for each defendant?¹⁴⁶

Is this a matter of EU Law, when interpreting Art. 10 of the Damages Directive or the implications of the principle of effectiveness?

The case-law already establishes that limitation periods are personal when it comes to claimants (e.g., a Defendant can exclude the presumption by showing that a specific claimant was in possession of all necessary information at an earlier date). It makes sense for this personal nature to apply also to defendants.

An undertaking must be free to make its own decisions about whether to appeal or not, namely in light of its goal of achieving legal certainty (time-barring of

144 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 65.

145 In this sense, *Barenes/Lelouche*, *Nissan Iberia* (C-21/24): The Clock for Damages Actions Only Starts Ticking Once the National Competition Authority’s Decision is Final, *The Thicket*, 8 September 2025, available at: <https://thethicket.blog/2025/09/08/nissan-iberia-c-21-24-the-clock-for-damages-actions-only-starts-ticking-once-the-national-competition-authoritys-decision-is-final/> (4/2/2026).

146 The ECJ almost got a chance to clarify this issue, but the referral was withdrawn after a settlement was reached in the national proceedings – see: Judgment no. 109/2023 of the Commercial Court of Valencia of 05/12/2023, ES:JM:2023:5623.

injured persons' rights) sooner or later. If limitation periods were not personal, this would cease to be in each addressee undertaking's control. It would also disincentivize settlements by only some cartel members, which is contrary to the interests of public enforcement.

If a cartel member does not settle, and the decision addressed to it is adopted sometime after the decision addressed to the group who reached a settlement with the EC, does the *dies a quo* start running from the date of publication of the first or second EC decision relating to the same cartel? This happened in the trucks cartel, which can be used as an example.

The case-law reasoning is developed around when the decision becomes binding in follow-on actions. The infringement cannot be deemed proven against Scania before an EC decision is addressed to Scania. It follows that an injured person cannot be required to be aware of the participation by Scania in this infringement before the EC had adopted a decision saying that Scania participated in it. Until such a time, there will be no binding declaration of the infringement against Scania and the *dies a quo* cannot be presumed to have occurred.

What if a cartel member appeals an NCA decision's finding of infringement, and the other addressees do not? Extrapolating from the case-law, an injured person cannot reasonably be presumed to have all the information necessary to exercise the right to damages against the undertaking who appealed (against whom there is no binding decision) but must be presumed to have it against the ones who didn't. The inherently subjective nature of the limitation period for each cartel member does not change their joint and several liability for all the damage caused by the cartel.

In some MS, Defendants are arguing that the effects of an appeal extend to the addressees of the decision who did not appeal (non-personal causes of appeal).¹⁴⁷ Such arguments rest on specific features of national misdemeanor or administrative law.

The consequence would be that, if 5 cartel members settle and 1 appeals, and then the decision is deemed invalid, the follow-on action against the other 5 cartel members would no longer have a decision to stand on. In other words, the decision would no longer be binding against the cartel members who did not appeal it. And the *dies a quo* would not have occurred against those cartel members. The uncertainty created by such national law rules is possibly circumvented by the realization that the need to apply concepts of EU Law in this regard, and/or to interpret national law in accordance with EU Law.

Defendants cannot have the best of both worlds. Either the *dies a quo* starts to run for the cartel member who did not appeal, allowing it to achieve legal certainty sooner, but then the decision is also binding in the follow-on action. Or an appeal by another cartel member means that there is no binding effect and the limitation period does not start to run, even for the cartel member who did not appeal.

How does this case-law combine with *Skanska* and *Sumal*, on the liability of the economic unit?

¹⁴⁷ See, e.g., Portuguese Competition Court, *Ius Omnibus v Nowo* (7/23.0YQSTR).

Usually, EC and NCA decisions are addressed to some, but not all, the legal persons within the undertaking in question. Unless there is some hidden shareholder or control structure (or hidden economic activity) –, it would seem that an injured person can reasonably be required to be aware of the essential information to file a claim for damages against a legal person belonging to the same undertaking, even if that legal person was not an addressee of the binding public enforcement decision.

If it were otherwise, limitation periods would not start to run against a subsidiary, who is also liable, simply because the decision was not addressed to it. But this requires the coherent and harmonious finding that the decision is also binding in a follow-on action against the non-addressee subsidiary, otherwise the *ratio* for the *dies a quo* presumption does not apply.

Another argument in favour of this interpretation is that the same solution has been put in place for public enforcement by Directive (EU) 2019/1 (ECN+ Directive), arguably requiring the suspension / interruption of the limited period to be valid for the entire undertaking.¹⁴⁸

XI. Do longer limitation periods make settlements harder?

Somewhat ironically, the downside of greater protection of claimants, via longer limitation periods or later *dies a quo*, may be slower access to compensation.

The result of the case law is that follow-on claims for damages will be time-barred only 6 years after the publication of the binding decision / judgment. Even if claimants wait until the publication of the binding decision to file the claim, they are unlikely to find willingness on the other side to settle before rights are time-barred. This will largely depend on economic incentives. Several Member States foresee rules which could create incentives to settle (for example, higher interest rate after filing the claim).

XII. Assessing infringements of effectiveness: the national rule or the case?

It is sometimes argued that violations of the principle of effectiveness should be identified, by the national court, in light of the circumstances of the specific case. Under this reasoning, claimants can only benefit from the protection of this principle, to set aside the application of a national time-barring rule, if they show that, in their specific situation, the rule made it impossible or excessively difficult to exercise the right to damages. So far, the case-law does not seem to provide support for such an approach.

The case-law identifies situations in which a national rule infringes Art. 101 or 102 together with the principle of effectiveness. And it identifies these situations in the abstract, considering the characteristics of the legal order, without making any reference to a need to assess the features of the specific case. It affirms that it is for

148 *Sousa Ferro*, section 8.6.

the national court to determine whether the national rule infringes the principle of effectiveness. Or the Court even concludes that a national rule with certain features infringes the principle of effectiveness. It does not state it is for the national court to assess whether the principle of effectiveness was infringed in a specific situation, given a certain factual context.¹⁴⁹

When the Court allows for the assessment of a specific situation, such as when it allows the Defendant to prove subjective knowledge by the claimant of all the relevant information to exercise the right to damages prior to the publication of the EC Decision's Summary in the OJ,¹⁵⁰ this merely provides the possibility of meeting a burden of proof to show when the *dies a quo* occurred, as defined by the rule. It does not affect the determination of the applicable rule itself, or the assessment of whether that rule infringes the principle of effectiveness.

G. Time-barring of right of contribution

The Directive and the case-law are silent on the time-barring of the right of contribution. Understandably so, perhaps, given that both have been focused on protecting the right to damages, and this protection does not require harmonizing the conditions for the time-barring of the right of contribution.

A broader right of contribution, arguably, does not extend the injured person's chances of being compensated beyond the options already available to that person, originally, under the joint and several liability. The principle of effectiveness, together with Art. 101 and 102 TFEU, should, thus, have little to say in this regard.

There is, in principle, nothing to prevent infringers (e.g., who appeal decisions) from interrupting or suspending the time-barring of the right of contribution against other cartel members (e.g. who did not appeal).

H. Tension between CJEU and national courts and possible broader lessons

The case-law on the application of the principle of effectiveness to limitation periods has shown tension, and occasionally a difficult relationship, between the CJEU and national courts (not only in antitrust, recalling, e.g., the famous *Taricco I* and *II* judgments).¹⁵¹

149 ECJ, Case C-295/04 etc., *Manfredi*, judgment of 13 July 2006, ECLI:EU:C:2006:461, paras. 80 and 82; Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019, ECLI:EU:C:2019:263, paras. 43, 44, 47, 53 and 55; Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 51–61; Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, para. 52; Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, e.g. paras. 79, 81 and 94.

150 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 62 et seq.

151 ECJ, Case C-105/14, *Taricco*, judgment of 8 September 2015, ECLI:EU:C:2015:555; Case C-42/17, *M.A.S.*, judgment of 5 December 2017, ECLI:EU:C:2017:936.

National courts' (especially higher courts') tendency to confirm the effectiveness of their national general rules risks depriving the CJEU's clarifications of EU principles of their *effet utile*.

As reaffirmed by the Grand Chamber in *Heureka*, “it is for the national court before which an action for damages has been brought to determine the moment from which it may reasonably be expected that the injured party knew of that information. It should be borne in mind that the national court alone has jurisdiction to determine and assess the facts of the main proceedings”.¹⁵² It is also “for the referring court to ascertain the exact date on which that infringement ceased”.¹⁵³ And added that is still “open to the Court, when giving a preliminary ruling on a reference, to give clarifications to guide the national court in that determination”.¹⁵⁴

A similar division exists for interpretation of national and EU rules. The CJEU can only clarify whether certain provisions of national law, as described, would infringe EU Law, but it is up to the national courts to interpret the national law and apply those clarifications.

Judgments sometimes seem to meander from one side to the other of this fine line.

Manfredi seemed to make it inevitable that the national law infringed EU Law, but left the decision up to the national court.¹⁵⁵

Cogeco went further and concluded that the national law, as described by the national court, infringed the principle of effectiveness. Only for the national courts to disagree and say that the national rules did comply with EU Law.¹⁵⁶

In *Volvo & Daf Trucks*, rather than simply observing that, as a rule, one can reasonably conclude that injured parties know all they need to know upon the publication of the Summary EC Decisions in the OJ, the judgment rendered what sounds like a determination applying the law to the facts in the specific case.¹⁵⁷ That part contrasts with the more careful phrasing in *Deutsche Bank*.¹⁵⁸

152 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 66, see also para. 83; Case C-21/24, *Nissan Iberia* judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 60; Opinion AG Kokott, Case C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2023:695, para. 85.

153 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 86.

154 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 66; see also Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 60.

155 ECJ, Case C-295/04 etc., *Manfredi*, judgment of 13 July 2006, ECLI:EU:C:2006:461, paras. 78–80;

156 ECJ, Case C-637/17, *Cogeco*, judgment of 28 March 2019 ECLI:EU:C:2019:263, paras. 53 and 55. Lisbon District Court judgment of 2 September 2019 and Lisbon Appeal Court judgment of 5 November 2020, *Cogeco v Sport TV* (5754/15.7T8LSB).

157 ECJ, Case C-267/20, *Volvo & DAF Trucks*, judgement of 22 July 2022, ECLI:EU:C:2022:494, paras. 71-72 (“RM may reasonably be considered to have gained such knowledge on the date of publication of the summary of Decision [in the OJ]”; “in this instance, the limitation period began to run on the day of that publication”).

158 ECJ, Joined Cases C-198/22 and C-199/22, *Deutsche Bank*, judgement of 6 March 2023, ECLI:EU:C:2023:166, paras. 67–69.

In *Heureka*, since the infringement in question had manifestly not ceased (as indicated by the national court), and given the limits imposed by the principle of effectiveness, the CJEU felt at ease to apply the law to the facts of the case (rendering the safeguard about the national court's competence merely theoretical).¹⁵⁹ When it came to determining that the national rules infringed the principle of effectiveness, it used language that left even less room for assessment by the national court. In that regard, it stated: “rules on limitation, such as those at issue in the main proceedings (...) make the exercise of the right to claim compensation for the harm suffered as a result of that infringement practically impossible or excessively difficult”.¹⁶⁰

Finally, in *Nissan Iberia*, despite language affirming the need for “verification” by the national court, the Court essentially affirmed that the *dies a quo* should be presumed to begin to run when the Supreme Court judgment was published on the official case-law database.¹⁶¹

The track record of the Court's assessment of national rules on limitation periods, applied to antitrust claims for damages, is impressive. It has been asked to look at such national rules in this context six times, and six times it concluded that the principle of effectiveness was or could be infringed.

Granted, the sample is vitiated by the fact that referrals occur only when there are doubts about effectiveness. Nonetheless, the case-law stands as a criticism of national legislators' options of general civil law rules governing time-barring of tort claims.

It begs the question: is it only for antitrust private enforcement that such national rules are unfit to guarantee access to justice and the effectiveness of rights? Or shouldn't this assessment by the CJEU trigger a broader debate? And, perhaps, a reform of national limitation period regimes, at least when the exercise of the right to damages requires complex factual and legal assessments?

As often happens with CJEU case-law, the reasons for the criticism in one very specific field might apply to many other fields, including areas governed exclusively by national law, and serve to expose broader problems and frailties that undermine the rule of law.

I. Consumer collective redress

Consumer representative actions raise special issues for limitation periods. Unfortunately, the Damages Directive contained no provision on collective redress. Even more unfortunately, the Representative Actions Directive (RAD) did not include Art. 101 and 102 in the extensive list of provisions in its Annex I, and thus EU antitrust law falls outside its scope. Some Member States went beyond a minimalistic

159 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, paras. 86–87.

160 ECJ, Case C-605/21, *Heureka*, judgement of 18 April 2024, ECLI:EU:C:2024:324, para. 81.

161 ECJ, Case C-21/24, *Nissan Iberia*, judgment of 4 September 2025, ECLI:EU:C:2025:659, para. 78.

transposition and extended the material scope of the new consumer collective redress provisions to competition law.

Under the RAD, Member States must ensure that the filing of a representative injunctive action suspends/interrupts the limitation periods for subsequent redress claims for the represented consumers (Art. 16 para. 1). Naturally, an action for damages has the same effect for the represented consumers (Art. 16 para. 2; recital 65).

What happens, for example, if consumers are notified by a court that they are represented in an action for damages, and an appeal court later concludes the claimant did not have legitimacy to file it?¹⁶² Was there no interruption of the limitation period?

The RAD requires no further harmonization of limitation periods for the protection of consumers, in general or in the context of consumer redress. This matches the CJEU's approach, described above, according to which the criteria for determining the limitation period should not vary depending on whether the injured parties are professionals or consumers.

J. Conclusion

CJEU case-law on limitation periods in antitrust actions for damages developed quickly and already provides broad clarity on the implications of EU Law (principle of effectiveness) for the *dies a quo* and suspension/interruption of the limitation period, as well as on the applicability *ratione temporis* of the Directive 2014/104/EU.

The end result of these clarifications has been the creation of a regime which ensures that the right to damages is not time-barred before it can reasonably be required to be exercised. This regime collides with the general rules for tort limitation periods in most EU Member States. This could motivate a broader reflection about the appropriateness of such general rules. The root causes of the obstacles to access to justice identified by this case-law are not limited to the field of competition law.

In practice, today claimants and defendants are faced with long limitation periods, which start to run usually many years after the end of the infringement (if it is declared via public enforcement) or may never start to run (for certain stand alone cases). In the case of collective practices, with joint and several liability, a participant could be dependent on the options of other participating undertakings in order to be fully and completely “off the hook” for damages (via right of contribution).

162 Although not an antitrust case, this happened, e.g., in the case ending with Portuguese Supreme Court Judgment of 6 July 2023, *Deco v Volkswagen*, 26412/16.0T8LSB.

Bibliography

- AMARO, RAFAEL (ed.), *Private Enforcement of Competition Law in Europe: Directive 2014/104/EU and Beyond*, Brussels/Brabant, 2021
- ASHTON, ASHTON, *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, 3rd edition, Cheltenham, 2023
- AZAR-BAUD, MARIA JOSÉ; JAULT-SESEKE, FABIENNE, *Collective redress – European and private international law approach*, in Amaro Rafael (ed.), *Private Enforcement of Competition Law in Europe: Directive 2014/104/EU and Beyond*, Brussels/Brabant, 2021, pp. 87–122
- BERGSTROM, MARIA; IOACOVIDES, MARIOS; STRAND, MAGNUS, *Harmonising EU Competition Litigation, the New Directive and Beyond*, Oxford, 2018
- BLAŽO, ONDREJ, *What Do Limitation Periods for Sanctions in Antitrust Matters Really Limit?*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2012, Vol. 5(7), pp. 79–103
- BUCAN GUTTA, NINA, *The Enforcement of EU Competition Rules by Civil Law*, Antwerp, 2014
- CARO DE SOUSA, PEDRO, *The Private Enforcement of Competition Law*, Oxford, 2024
- CLEMENTE MEORO, MARIO E., *Prescripción de la acción de reclamación de daños*, in: Clemente Meoro, Mario E.; Cobas Cobiella, Maria Elena (eds.), *Derecho de daños*, Valenica, 2021, pp. 1819–1904
- DANOV, MIHAIL, *Private International Law and Competition Litigation in a Global Context*, 1st Edition, London, 2023
- HENRIKSSON, LARS, *Sweden*, in: Rodger, Barry; Sousa Ferro, Miguel; Marcos, Francisco (eds), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, Oxford, 2018, pp. 358–377
- IBÁÑEZ COLOMO, PABLO, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, *Journal of Competition Law & Economics*, 2021, Vol. 17(2), pp. 303–365
- JURKOWSKA-GOMUŁKA, AGATA, *Antitrust Damage Claims: A View from EFTA Court*, *Market and Competition Law Review*, 2019, Vol. 3(2), pp. 153–170
- KIRST, PHILIPP, *The Impact of the Damages Directive on the Enforcement of EU Competition Law and Economics Analysis*, Cheltenham, 2021
- KIRST, PHILIPP, *The Temporal Scope of the Damages Directive: A Comparative Analysis of the Applicability of the New Rules on Competition Infringements in Europe*, *European Competition Journal*, 2020, Vol. 16(1), pp. 97–125
- MARCOS, FERNANDO, *El régimen de prescripción de las acciones de daños por el «cártel de coches»*, (9975) 2021 *Diario de la Ley*

- MARCOS, FERNANDO, *Empirical Study of Judicial Review of Decisions by Spanish Competition Authority (2004–2021)*, Working Paper IE Law School AJ8-283-I, available at: <https://ssrn.com/abstract=4654363>
- MARTÍ MIRAVALLS, JAUME, *Responsabilidad civil por la infracción del derecho de la competencia*, Valencia, 2022
- MARTÍN ARTETXE, MADDALEN; VALLINA HOSET, ROBERTO, *Limiting Limitation Periods in Private Enforcement: Nissan Iberia (C-21/24)*, EU Law Live, 11 April 2025
- MILUTONOVIC, VELJKO, *The Right to Damages under EU Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2010
- OUTHUIJSE, ANNALIES, *The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: which factors influence the high percentage of annulments of Dutch cartel fines?*, Journal of Antitrust Enforcement, 2020, Vol. 8(1), pp. 124–164
- RODGER, BARRY; SOUSA FERRO, MIGUEL; MARCOS, FRANCISCO (eds), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member states*, Oxford, 2018
- RODGER, BARRY; SOUSA FERRO, MIGUEL; MARCOS, FRANCISCO (eds), *Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU*, Cheltenham, 2023
- RODGER, BARRY; BROOK, OR; BERNATT, MACIEJ; MARCOS, FRANCISCO; OUTHUIJSE, ANNALIES (eds.), *Judicial Review of Competition Law Enforcement in the EU Member States and the UK*, Alphen aan den Rijn, 2024
- SKARA, GENTJAN, *Europeanisation of Private Enforcement of Competition Law*, Berlin/Heidelberg, 2022
- SOUSA FERRO, MIGUEL; MARCOS, FRANCISCO, *Portugal and Spain*, in: Rodger, Barry; Sousa Ferro, Miguel; Marcos, Francisco (eds.), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*, Cheltenham, 2023, pp. 419–457
- SOUSA FERRO, MIGUEL, *Binding effect of public enforcement decisions*, in: Rodger, Barry; Sousa Ferro, Miguel; Marcos, Francisco (eds.), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*, Cheltenham, 2023, pp. 303–328
- STRAND, MAGNUS; VENEGAS, VLADIMIR BASTIDAS; IACOVIDES, *MariosEU Competition Litigation: Transposition and First Experiences of the New Regime*, Oxford, 2019
- VIDAL, PATRICIA; GUERRA, LINDA, *Another round of the dies a quo on limitation periods for competition infringement damages claims. Lights and shadows in the AG's Opinion in Case C-21/24 (Nissan Iberia)*, EU Law Live, 10 April 2025

VIDAL, PATRICIA; GUERRA, LINDA, *Luces y sombras en las conclusiones de la Abogada General del TJUE en el asunto C-21/24 Nissan*, *Almácen de Derecho*, 17 May 2025

VLAHEK, ANA; PODOBNIK, KLEMEN, *Provisions of the Damages Directive on Limitation Periods and their Implementation in CEE Countries*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2017, Vol. 10(15), pp. 147–177



© Miguel Sousa Ferro