ISSN 1435-439X

ZEuS

02

29. Jahrgang 2026
Seiten 199-375

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHTLICHE STUDIEN

EUROPA-INSTITUT
SAARLAND UNIVERSITY
INTERNATIONAL LAW SCHOOL

Herausgeber

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

Ulf Häußler
Perspektiven einer Europäischen Verteidigungsunion

Frederik Behre and Bernd Martenczuk
Who Pays the Piper calls the Tune? The implementation of the Union budget in the Institutional Framework of the European Union

Lena Hornkohl and Dionysios Pelekis
Investment Arbitration and the Conceptual Limits of EU State Aid Law

Julia Villotti
Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch für Kinder? Teil II

Jan Günther
Plattformregulierung und -haftung im Zeichen des Demokratieschutzes

Nomos Inlibra

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ZEuS

2/2026
29. Jahrgang
Seiten 199-375

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHTLICHE STUDIEN

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

Ulf Häußler
Perspektiven einer Europäischen Verteidigungsunion 201

Frederik Behre and Bernd Martenczuk
Who Pays the Piper calls the Tune? The implementation of the Union budget in the Institutional Framework of the European Union 228

Lena Hornkohl and Dionysios Pelekis
Investment Arbitration and the Conceptual Limits of EU State Aid Law 274

Julia Villotti
Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch für Kinder? Teil II 310

Jan Günther
Plattformregulierung und -haftung im Zeichen des Demokratieschutzes 331

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IMPRESSUM

Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)
ISSN-Print: 1435-439X | ISSN-Online: 2942-3589

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 beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht 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 beigefügte 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. Direktbeorderungsgebühr 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.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Perspektiven einer Europäischen Verteidigungsunion

Ulf Häußler*

Inhalt

A. Einleitung 202
B. Verteidigungsunion – Europäische Verteidigungsunion 203
I. Quellenkunde 203
II. Erkenntnisse aus Wissenschaft und Praxis 205
1. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands Verteidigungsunion 206
a) Prägende Elemente einer Inhaltsbestimmung 206
b) Plausibilitätskontrolle der Inhaltsbestimmung 207
2. Handlungsmöglichkeiten nach geltendem Unionsrecht 208
a) Institutionelle und kompetenzielle Frageno 210
b) Rechtsrahmen und Ambitionsniveau 211
C. Fazit: Erreichbarkeit einer Europäischen Verteidigungsunion 217
I. Integriertes Krisenmanagement ist keine Verteidigungsunion 218
II. Noch einmal: Intergouvernementale und supranationale Unionspolitiken 220
D. Fazit 224

Abstract

Der durch das EU-Recht geschaffene rechtliche Rahmen für Fragen der Sicherheit und Verteidigung kann so verstanden werden, dass er Anreize für die Errichtung einer Europäischen Verteidigungsunion innerhalb des politischen, rechtlichen und institutionellen Rahmens der EU setzt. Dies gilt unbeschadet dessen, dass die genaue rechtliche Natur der GSVP, der gemeinsamen Verteidigungspolitik sowie der gemeinsamen Verteidigung – einschließlich der Beistandspflicht gemäß Art. 42 Abs. 7 EUV – aus diesen Vorschriften nicht eindeutig abgeleitet werden kann. Der bislang eingeschlagene Weg hin zu dieser Europäischen Verteidigungsunion zeigt jedoch, dass derartige Bestrebungen ihr Ziel – das noch genauer beschrieben und/oder definiert werden muss – nur dann erreichen werden, wenn die einschlägigen Er-

* Der Verfasser ist im Bundesministerium der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland (Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany) beschäftigt. Email: ulfhaeussler@gmail.com. Im vorliegenden Beitrag, der auf dem Vortrag des Verfassers im Rahmen des Gedächtniskolloquiums für *Torsten Stein* am Europa-Institut der Universität des Saarlands am 14. November 2025 beruht, stellt er seine persönliche Auffassung dar.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wartungen angemessen eingehegt werden. Zum entsprechenden Erwartungsmanagement sollte die Erkenntnis beitragen, dass das Recht der Europäischen Union – wenngleich es komplex ist – allemal einen handhabbaren Rahmen bietet, innerhalb dessen eine Europäische Verteidigungsunion verwirklicht werden kann; dies gilt unter der Voraussetzung, dass alle beteiligten Akteure dazu bereit sind: nämlich dann, wenn der Europäische Rat dieses Ziel in seine Festlegungen der strategischen Interessen und Ziele der EU einbezieht und wenn die daraus resultierenden politischen und rechtlichen Kohärenzanforderungen – die mittels des EU-Rechts, durch Rechtsakte sowohl mit als auch ohne Gesetzgebungscharakter, umzusetzen sind – von allen Organen der Union loyal (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EUV) sowie unter vollem (und nicht bloß deklaratorischem) Respekt vor der nationalen Identität und Souveränität der Mitgliedstaaten erfüllt werden.

Perspectives of a European Defence Union

The legal framework established by EU law for matters of security and defence can be understood to incentivise the establishment of a European Defence Union within the EU's political, legal, and institutional framework. This is true even though the precise legal nature of the CSDP, common defence policy, and common defence, including mutual assistance as per Art. 42(7) TEU, cannot be clearly derived from these rules. However, the path taken towards this European Defence Union to date demonstrates that such efforts will only lead to their goal – which still needs to be described and/or defined more precisely – if expectations are managed appropriately. Related expectation management should include recognizing that European Union law, while complex, nevertheless provides a manageable framework within which a European Defence Union can be implemented, provided all actors involved are willing: if the European Council incorporates this goal into its determinations of the EU's strategic interests and objectives, and if the resulting political and legal requirements for coherence (i.e., to be implemented through EU law, both legislative and non-legislative acts) are implemented loyally by all Union institutions (Art. 13(2) TEU) and with full (rather than declaratory) respect for Member States' national identity and sovereignty.

Keywords: Europäische Verteidigungsunion, Ständige Strukturierte Zusammenarbeit (PESCO), Integriertes Krisenmanagement, zwischenstaatliche Politiken, Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP), supranationale Politiken, Kohärenz der EU-Politiken, Binnenmarkt, Verteidigungsforschung, militärische Fähigkeiten

A. Einleitung

Ist die Europäische Union auf dem Weg zur Verteidigungsunion – oder: Wo auf diesem Weg befindet sie sich? Vor 20 Jahren lag nahe, die Frage: „Ist Europa in

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Lage, die Staatsaufgabe ‚Sicherheit' zu übernehmen?"[1] wie folgt zu beantworten: "Nach außen, und das meint militärische Fähigkeiten, klaffen Anspruch und Wirklichkeit noch weit auseinander."[2] Hierzu gehörte untrennbar die Einschätzung: „Die Staaten können sich der Aufgabe ‚Sicherheit' nicht entziehen, wenn sie ihren Zweck nicht aufgeben wollen. Sie können diese Aufgabe weder in New York noch in Brüssel abgeben."[3]

Um vor diesem Hintergrund die Eingangsfragen aus heutiger Sicht beantworten zu können liegt nahe, zuerst die Konturen des Leit- bzw. Zielbilds „Europäische Verteidigungsunion" deutlicher zu extrapolieren und sodann anhand der rechtlichen Vorgaben, die das europapolitische Wegenetz säumen, seine Erreichbarkeit zu erörtern.

B. Verteidigungsunion – Europäische Verteidigungsunion

I. Quellenkunde

Der Begriff der Verteidigungsunion – mit und ohne das Attribut „Europäisch" – findet sich weder im Grundgesetz noch im unionalen Primärrecht. Auch der Strategische Kompaß als das zentrale sicherheitspolitische Dokument der Europäischen Union verwendet nicht den Begriff „Defence Union", sondern spricht in schönster technokroatischer Kompromisssprache davon, er weise den Weg „[f]or a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security".[4] Anders als im „Weißbuch zur europäischen Verteidigung – Bereitschaft 2030"[5] wird der Begriff „Verteidigungsunion" auch im verteidigungspolitischen Abschnitt der Schlussfolgerungen der Europäischen Rats vom 23. Oktober 2025[6] und im Arbeitsprogramm 2026 der Europäischen Kommission nicht verwendet.[7]

In der deutschen politischen Landschaft – und diejenige der übrigen EU-Mitgliedstaaten zu betrachten, müßte Gegenstand einer anderen Untersuchung sein – findet man den Begriff der Verteidigungsunion in jüngerer Zeit in den Koalitionsverträgen 2018 und 2025, nicht aber demjenigen aus dem Jahr 2021. Unter Verzicht auf die Eindringtiefe einer politikwissenschaftlichen Analyse kann hiervon ausgehend festgehalten werden, dass Unionsparteien und Sozialdemokratie

1 *Stein*, in: *Calliess* (Hrsg.), S. 205, 209.
2 *Stein*, a.a.O.
3 *Stein*, in: *Calliess* (Hrsg.), S. 205, 210.
4 *European Union,* Strategic Compass For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, abrufbar unter: https://www.eeas.europa.eu/eeas/strategic-compass-security-and-defence-0_en (14. April 2026).
5 *Europäische Kommission*, White Paper for European Defence – Readiness 2030, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/document/download/e6d5db69-e0ab-4bec-9dc0-3867b4373019_en?filename=White%20paper%20for%20European%20defence%20–%20Readiness%202030.pdf (14. April 2026), S. 21: „Europe must make bold choices and build a Defence Union that ensures peace on our continent through United and strength."
6 *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen vom 23. Oktober 2025, EUCO 18/25.
7 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „Ein unabhängiges Europa", COM(2025) 870 final, passim.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleichermaßen die Europäische Verteidigungsunion dem Namen nach als politisches Ziel verfolgen.[8] Offizielle Politik ist jetzt die Ankündigung: „Wir setzen uns für eine Europäische Verteidigungsunion zur Stärkung des europäischen Pfeilers in der NATO ein."[9] Diese Aussage scheint den gemeinsamen Nenner der Wahlprogramme von CDU/CSU und SPD wiederzugeben, die beide den Begriff der Europäischen Verteidigungsunion verwenden,[10] ohne ihn freilich zu definieren.[11] Auf den Unterschied zur früheren Sprachregelung („Europäische Sicherheits- und Verteidigungsunion")[12] sei lediglich hingewiesen. Im Koalitionsvertrag 2018, das Verteidigungsministerium stand damals unter parteipolitisch anderer Verantwortung als heute, war mit dem Ziel der Europäischen Verteidigungsunion noch die Erwartung ver-

8 In der Vergangenheit enthielten den Begriff der Verteidigungsunion die CDU/CSU-Wahlprogramme 2017 („Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne leben", abrufbar unter: https://www.csu.de/common/csu/content/csu/hauptnavigation/politik/beschluesse/regierungsprogramm-2017_BF.pdf (14. April 2026), S. 56) und 2021 („Das Programm für Stabilität und Erneuerung", abrufbar unter: https://www.csu.de/common/download/Regierungsprogramm.pdf (14. April 2026), S. 19 (Zeile 538)), sowie dasjenige der SPD 2017 („Zeit für mehr Gerechtigkeit.", abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Regierungsprogramm/SPD_Regierungsprogramm_BTW_2017_A5_RZ_WEB.pdf (14. April 2026), S. 99), nicht aber dasjenige 2021 („Aus Respekt vor deiner Zukunft.", passim).

9 „Verantwortung für Deutschland", Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, abrufbar unter: https://www.cdu.de/app/uploads/2025/04/KoaV-2025-Gesamt-final-0424.pdf (14. April 2026), S. 137 f., Zeilen 4398–4399.

10 *CDU/CSU*, Politikwechsel für Deutschland, abrufbar unter: https://www.cdu.de/app/uploads/2025/01/km_btw_2025_wahlprogramm_langfassung_ansicht.pdf (14. April 2026), S. 50 und *SPD*, Mehr für dich. Besser für Deutschland., abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/Programm/SPD_Programm_bf.pdf (14. April 2026), S. 59. Demgegenüber wurde der Begriff „Verteidigungsunion" in der ergänzenden Plattform der CSU (Deutschland wieder in Ordnung bringen, abrufbar unter: https://www.csu.de/common/download/Bayern-Agenda_zur_Bundestagswahl2025.pdf (14. April 2026)) nicht verwendet.

11 Die politischen Inhalte changieren über die Jahre, wobei insbesondere die Akzentverschiebung von der Europäischen Union hin zur NATO auffällt. Die SPD hat 2017 eine demokratische und rechtsstaatliche Kontrolle der Verteidigungsunion gefordert, die Unionsparteien haben sich 2021 für „gemeinsame europäische Streitkräfte" (CDU/CSU: Stabilität und Erneuerung (Fn. 8), S. 19 (Zeile 539)), die SPD im gleichen Jahr für „eine europäische Armee als Teil der Friedensmacht Europa" (SPD: Aus Respekt vor deiner Zukunft (Fn. 8), S. 59) ausgesprochen. Im Jahr 2025 haben Unionsparteien und SPD die Einbindung in die NATO betont, konkreter wollen sie „die Bundeswehr gemeinsam mit anderen europäischen Streitkräften in eine Verteidigungsunion integrieren, die in die Strukturen der NATO eingebettet ist" (CDU/CSU: Politikwechsel (Fn. 10), S. 50) beziehungsweise „den europäischen Pfeiler der NATO stärken" u.a. mittels der „langfristige[n] Integration europäischer Streitkräfte" (SPD: Mehr für dich (Fn. 10), S. 59). Die Unionsparteien haben die Einbeziehung Großbritanniens als Teil des politischen Ziels ausdrücklich erwähnt (a.a.O.).

12 Vgl. Bundesregierung, Weißbuch zur Sicherheitspolitik und zur Zukunft der Bundeswehr, 2016, S. 72 im Anschluß an das Kommuniqué des sog. Pralinengipfels vom 29. April 2003 (abrufbar unter: https://www.ag-friedensforschung.de/themen/Europa/quartett.html (14. April 2026)). Das Kommuniqué wurde dem Europäischen Rat zur Kenntnisnahme vorgelegt, vgl. *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen vom 19./20. Juni 2003, EUCO 11638/03, Rn. 63.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bunden, man stehe vor „weiteren Schritten auf dem Weg zur ‚Armee der Europäer'",[13] die in Anlehnung an seinerzeit laufende oder in Vorbereitung befindliche politische Impulse auch bis hin zu taktischen Details ausbuchstabiert wurde.[14] Das derzeit aktuelle, prägende konzeptionelle Dokument der deutschen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die Nationale Sicherheitsstrategie, verwendet den Begriff der Verteidigungsunion übrigens auch nicht.[15]

Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass der Begriff der Verteidigungsunion in der Rechtswissenschaft überwiegend nur als Zitat aus politischen Verlautbarungen verwendet wurde. Dies schließt eine recht eindeutige Positionierung dazu ein, was die Verteidigungsunion jedenfalls nicht ist: „Der zuweilen auch benutzte Begriff einer ‚Europäischen Sicherheits- und Verteidigungsunion (ESVU)' ist insofern etwas irreführend als er den Eindruck erweckt, es gäbe neben der Europäischen Union eine davon getrennte Sicherheits- und Verteidigungsorganisation, vergleichbar der 1954 gescheiterten ‚Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG)'."[16]

Erneut ohne dem Anspruch an eine politikwissenschaftliche Analyse gerecht werden zu wollen oder zu können, kann nach alledem festgestellt werden, dass sich unter dem Begriff der Europäischen Verteidigungsunion ganz unterschiedliche Vorstellungen versammeln können. Hieraus folgt zweierlei: Einerseits kann ein politischer Wille, der mittels der üblichen beamten- und soldatenrechtlichen Mechanismen – vor allem Folgepflicht bzw. Befehl und Gehorsam – einen Geltungsanspruch entfalten könnte, nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit festgestellt werden. Andererseits dient der Begriff der Europäischen Verteidigungsunion nicht dazu, für ein neues internationales Zusammenarbeitsformat neben NATO und EU zu werben. Alles Weitere bleibt offen.

II. Erkenntnisse aus Wissenschaft und Praxis

Mangels Begriffsbestimmung *de lege lata* kann für den Begriff der Europäischen Verteidigungsunion am ehesten eine Inhaltsbestimmung unternommen werden. Allerdings gibt es keine allgemeingültigen methodischen Vorgaben dafür, wie man zu einer solchen Inhaltsbestimmung zu gelangen hätte. Zweifellos liegt nahe, hierzu die einschlägigen Impulse aus dem politischen Raum und die bereits rechtsförmlich ko-

13 „Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land", Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, abrufbar unter: https://archiv.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1 (14. April 2026) – KoaV 2018, S. 19, ebenso S. 155.

14 KoaV 2018 (Fn. 13), S. 154 f., S. 168.

15 Bundesregierung, Wehrhaft. Resilient. Nachhaltig. Integrierte Sicherheit für Deutschland, 2023, passim; ebenso das Folgedokument „Verteidigungspolitische Richtlinien 2023". Anders noch das Weißbuch 2016 (Fn. 9), in dem ein Abschnitt mit „Von der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik zur Europäischen Sicherheits- und Verteidigungsunion" überschrieben war (S. 72 ff.), worin diese als „Fernziel" (S. 73) benannt wurde, was die "Stärkung der europäischen Verteidigungsindustrie" (S. 73) umfassen sollte, wobei aber gleichwohl die „Stärkung der Verteidigungsindustrie in Europa" (S. 74 ff.) separat abgehandelt wurde.

16 *Stein*, in: Meier-Walser (Hrsg.), S. 231 ff. (236 in Fn. 9).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

difizierten politischen Vorgaben heranzuziehen. Was die Auslegung Letzterer angeht, eignen sich einschlägige wissenschaftliche Beiträge als Ausgangspunkt der Inhaltsbestimmung. Die so vorgenommene Konkretisierung des Rechtsrahmens ermöglicht sodann Überlegungen dazu, welche Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb seiner Grenzen bestehen.

1. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands Verteidigungsunion

Was also kann, hergeleitet aus Wissenschaft und Praxis, unter einer Europäischen Verteidigungsunion verstanden werden? Mit dem Offensichtlichen beginnend, lässt sich festhalten, dass über eine Europäische Verteidigungsunion üblicherweise im Kontext der Europäischen Union gesprochen wird. Zwar umfasst dies in geographischer Hinsicht nicht alle europäischen Mitglieder der NATO, hingegen aber sehr wohl die vier erklärtermaßen neutralen EU-Mitgliedstaaten – die zudem Parteien des Atomwaffenverbotsvertrags sind – und lässt überdies alle Staaten, die keiner der beiden Organisationen angehören, selbst soweit sie in auf einen künftigen Beitritt zielenden Partnerschaftsbeziehungen mit mindestens einer von ihnen stehen, außer Betracht. Dasselbe gilt für die 2025 – freilich in nicht rechtlich verbindlicher Form – verabredete Sicherheits- und Verteidigungspartnerschaft zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich[17] und die Zusammenarbeitsformate der EU mit Drittstaaten auf dem Gebiet der GSVP[18] und/oder im Zusammenhang mit den – supranationalen – binnenmarkt-, industrie- und forschungspolitischen Aktivitäten mit Bezug zu Verteidigungsindustrie und Weltraum.[19] Wenn von der Europäischen Verteidigungsunion die Rede ist, werden folglich die nicht zur EU gehörenden europäischen Staaten allesamt nicht konzeptionell einbezogen. Vor diesem Hintergrund soll hier auf den (auch in Deutschland) – bewusst oder unbewusst – primär verfolgten politischen Ansatz einer Europäischen Verteidigungsunion im EU-Rahmen fokussiert werden.

a) Prägende Elemente einer Inhaltsbestimmung

Eine solche Europäische Verteidigungsunion innerhalb des EU-Rahmens prägen dabei in rechtlicher Hinsicht:

(i) die Anbindung der EU an die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten (am Beispiel Deutschlands)[20] und ihre Einbindung in die Völkerrechtsordnung,[21]

17 Council of the European Union, Security and Defence Partnership between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 8709/25 v. 19. Mai 2025.

18 Zu denken sind hier insbesondere die Verwaltungsabkommen der Europäischen Verteidigungsagentur (EDA); dazu *Häußler*, in: v. Kielmannsegg et al. (Hrsg.), § 25 Handbuch Recht der Streitkräfte, Rn. 97.

19 Dies betrifft insbesondere die Einbeziehung Norwegens im Rahmen des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR).

20 *Stein*, in: Bröhmer (Hrsg.), S. 89 ff.

21 Insbesondere *Stein*, in: de Castro (Hrsg.), S. 293 ff.; vgl. *dens.*, in: Koufa (Hrsg.), S. 113 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(ii) die Bindung der EU an Recht der bewaffneten Konflikte (Kriegsverhütungsvölkerrecht,[22] humanitäres Völkerrecht[23] und Völkerstrafrecht)[24] und Menschenrechte,[25]
(iii) die Ausgestaltung der sicherheits- und verteidigungspolitischen Handlungsmöglichkeiten der EU einschließlich der Planung und Entwicklung militärischer Fähigkeiten sowie der Nutzung von Streitkräften als Mittel unionaler Politik,[26]
(iv) die in diesem Kontext zu berücksichtigenden besonderen Rahmenbedingungen militärischer Multinationalität[27] sowie
(v) gewissermaßen als Teil des Überbaus, die nicht nur im Zusammenhang mit der Europäischen Union mit Blick auf die Gewährleistung der äußeren Sicherheit zu stellenden staatstheoretischen Fragen.[28]
(vi) Ergänzend zu berücksichtigen wären lediglich noch die besonderen haushaltsrechtlichen Aspekte der (heutigen) Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der EU (GSVP).
(vii) Schließlich mag überraschen, dass die für den umfassenden sicherheitpolitischen Ansatz ("comprehensive approach") bedeutsame zivile GSVP im – insbesondere rechtlichen – Diskurs über die Europäische Verteidigungsunion keine sichtbare Rolle zu spielen scheint, auch nicht im Kontext der JI-Zusammenarbeit.[29]

b) Plausibilitätskontrolle der Inhaltsbestimmung

Aus den relevanten politischen Verlautbarungen ergibt sich nichts grundlegend anderes. Dabei streben die ausdrücklichen Befürworter einer Europäischen Verteidigungsunion für gewöhnlich – unter Anerkennung des völkerrechtlichen Status Quo – eine möglichst ambitionierte Nutzung der im unionalen Primärrecht aufgezeigten Handlungsmöglichkeiten an.[30] Hierbei sollte zugleich berücksichtigt werden, dass diese Handlungsmöglichkeiten vorrangig für das Integrierte Krisenmanagement entwickelt wurden und das ursprüngliche Verständnis dessen, was eine Europäische Verteidigungsunion sein soll, sich innerhalb dieses Referenzrahmens verhielt. Die

22 *Stein*, in: Wittinger/Wendt/Ress (Hrsg.), S. 691 ff.
23 *Stein*, in: Wall (Hrsg.), S. 315 ff.
24 *Stein*, in: Heintschel v. Heinegg/Epping (Hrsg.), S. 157 ff.
25 *Stein*, in: Festschrift für Eckart Klein, S. 655 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Rudolf Wendt, S. 1313 ff.
26 *Stein*, in: Reiter (Hrsg.), S. 55 ff.; *ders.* (Fn. 16); *ders.*, in: Hofmann/Zimmermann (Hrsg.), S. 179 ff.; *ders.*, in: Klein et al. (Hrsg.), S. 389 ff.
27 *Stein*, NZWehrr 1998/4, S. 143 ff.; *ders.*, in: Frowein et al. (Hrsg.), S. 449 ff.
28 *Stein*, Schlussbemerkung (Fn. 1).
29 In seinen Untersuchungen zu Fragen der JI-Zusammenarbeit sah Stein keinen Bedarf, die Verteidigungsunion anzusprechen; *Stein*, in: McK. Sparks/Sulmasy (Hrsg.), S. 31 ff. und *ders*., in: Giegerich (Hrsg.), S. 203 ff., jeweils passim.
30 Vgl. insbesondere Weißbuch 2016 (Fn. 12), und KoaV 2018 (Fn. 13).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eingangs zitierte Frage, ob Europa in der Lage sei, die Staatsaufgabe „Sicherheit" zu übernehmen, darf als vor diesem Hintergrund gestellt angesehen werden.

Zugleich läßt sich eine Verlagerung des Schwerpunkts der unionalen Politik mit Blick auf das Ziel Verteidigungsunion feststellen. Dies klingt im Weißbuch an und zeigt sich in einem schon vor dessen Veröffentlichung aufgewachsenen zweifachen Trend. Einem Zuwachs supranationaler Aktivitäten zur Unterstützung der Verteidigungsfähigkeit der Mitgliedstaaten steht ein gleichzeitiger Rückgang intergouvernementaler Aktivitäten im EU-Rahmen, insbesondere auf dem Gebiet des Integrierten Krisenmanagements, gegenüber. Im Hintergrund steht ein gemeinsames Verständnis auswärtiger Sicherheit, innerhalb dessen Rahmens man das militärische Minimum einer Verteidigungsunion darin sehen kann, dass die Mitgliedstaaten über Streitkräfte verfügen, die nicht nur geeignete Rahmenbedingungen für erfolgversprechende Operationen, sondern auch den Erfordernissen der Sicherheitslage gerecht werdende Fähigkeiten, abgebildet u.a. in Siegfähigkeit vermittelnder Ausrüstung, besitzen. Die grundsätzlich ebenfalls relevante Planungskategorie Personal bedarf an dieser Stelle mangels einschlägiger unionaler Kompetenzen bzw. Politikimpulse keiner näheren Betrachtung.

Dieser Aspekt lenkt zugleich den Blick auf eine immanente Grenze allen Nachdenkens über den Inhalt des Begriffs Europäische Verteidigungsunion unter dem geltenden Unionsrecht, was insbesondere mit Blick auf das gedankliche Konstrukt „europäische Armee" relevant ist.

2. Handlungsmöglichkeiten nach geltendem Unionsrecht

Der Eigenart der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft konform wäre eine in ihrem Rahmen verwirklichte Verteidigungsunion ihrerseits rechtlich verfaßt. Sie hätte dabei keine eigenständige Rechtspersönlichkeit[31] und wäre von der (staats- und völker-) rechtlichen An- beziehungsweise Einbindung der EU miterfaßt. Die zu politischem Handeln im Rahmen der Verteidigungsunion berufenen Stellen wären dabei an die Maßgaben des unionalen Primärrechts und – durch dieses vermittelt – des Kriegsverhütungsvölkerrechts gebunden. In militärischer beziehungsweise militärpolitischer Hinsicht kämen – erneut durch das Primärrecht vermittelt – ergänzend die Regeln für multinationale Operationen,[32] je nach Lageentwicklung einschließlich des humanitären Völkerrechts[33] und des Völkerstrafrechts, hinzu. Regeln für die Rüstungspolitik und die ihr vorgelagerten Aspekte der Verteidigungs- und Kräfteplanung (Fähigkeitsplanung) ergeben sich sowohl aus den primärrechtlichen Bestimmungen über die GSVP als auch den supranationalen Politiken mit direktem Verteidigungsbezug, d.h. denjenigen über Verteidigungsforschung, Verteidigungsindustrie und Binnenmarkt für Verteidigungsgüter (insbesondere Wehrtechnik).

31 Damit wäre die politische Irreführung (vgl. Text bei Fn. 16) zumindest rechtlich eingehegt. Zur Rechtspersönlichkeit der EU vor und nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon *Stein* (Fn. 21), S. 293 ff.
32 Siehe hierzu *Stein* (Fn. 26); *ders*., (Fn. 25), S. 663 ff.
33 Dazu *Stein* (Fn. 21), S. 299 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die nicht originäre, sondern durch das Primärrecht vermittelte Geltung des Kriegsverhütungsvölkerrechts und des humanitären Völkerrechts ergibt sich insbesondere aus Art. 3 Abs. 5 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 Uabs. 1 EUV. Argumentativ ergänzend herangezogen werden kann Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV, der für die EMRK den primärrechtlichen Geltungsgrund bestätigt (Art. 6 Abs. 3 in EUV kodifiziert insoweit die zuvor ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs) und ausdrücklich die Notwendigkeit eines Beitritts zur EMRK für deren originäre Geltung verlangt (Art. 6 Abs. 2 EUV). Als Konsequenz aus alledem ergibt sich eine Grenze der Möglichkeiten unionalen Handelns mit Bezug auf Kriegsverhütungsvölkerrecht und humanitäres Völkerrecht. Da weder die EU Partei der einschlägigen rechtsetzenden völkerrechtlichen Verträge ist noch die Mitgliedstaaten – die Parteien sind – relevante Hoheitsrechte auf die EU übertragen haben, dürfen die Organe der Europäischen Union in ihrem Kreis etwa auftretende unterschiedliche Positionen zu Auslegung und Anwendung insbesondere des Gewaltverbots sowie der Regeln für Kriegführung und Fähigkeitsentwicklung (einschließlich der Standardisierung von Verteidigungstechnologie und der in Art. 36 ZP I geregelten Waffenprüfung) unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu „harmonisieren" versuchen und unterliegen die Mitgliedstaaten selbst – anders als in bestimmten supranationalen Politikbereichen[34] keiner Pflicht, sich auf eine gemeinsame EU-Position zu einigen und diese zu vertreten.

34 Vgl. EuGH, Rs. C-399/12, *Festlegung des im Namen der Europäischen Union in einem durch eine internationale Übereinkunft eingesetzten Gremium zu vertretenden Standpunkts*, Urteil v. 7. Oktober 2014, ECLI:EU:C:2014:2258, Rn. 50, wonach der Wortlaut von Art. 218 Abs. 9 AEUV die EU nicht daran hindert, einen Beschluss zur Festlegung eines in ihrem Namen in einem Gremium, das durch eine internationale Übereinkunft eingesetzt wurde, der sie nicht beigetreten ist, zu vertretenden Standpunkts zu erlassen, was der EuGH (a.a.O., Rn. 51 f.) spezifisch für bereits genutzte supranationale Zuständigkeiten ausdrücklich bejaht und wobei der EuGH (a.a.O., Rn. 56 ff.) Empfehlungen einer internationalen Organisation (hier: der Organisation Rebe und Wein – OIV) als "rechtswirksame Akte" im Sinne von Art. 218 Abs. 9 AEUV ansieht.
Da im betreffenden Verfahren nur 21 der seinerzeit 28 EU-Mitgliedstaaten der OIV angehört haben (EuGH, a.a.O., Rn. 5), bedeutet dieses Judikat, dass das Abstimmungsverhalten dieser 21 Staaten von den OIV-Nichtmitgliedern beeinflußt werden kann. Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf die GSVP dürfte zwar angesichts dessen, dass hier keine Hoheitsrechte übertragen wurden, eher fernliegen. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass der EuGH eine Neigung entfalten könnte, diese Rechtsprechung auf die Beschlußfassung z.B. über NATO-Fähigkeitsziele und/oder andere Aktivitäten im Bereich von Fähigkeitsentwicklung oder Beschaffung zu erstrecken, wenn weiterhin (wie derzeit) hieraus Ziele für die binnenmarktpolitischen Aktivitäten der EU mit Verteidigungsbezug hergeleitet werden. Dass dies gerade mit Blick auf die bei Fähigkeitsentwicklung und Beschaffung stets zu berücksichtigende nukleare Abschreckung angesichts der ausdrücklich hiergegen gerichteten Bestimmungen des Atomwaffenverbotsvertrags aus der Perspektive sowohl der NATO insgesamt wie auch der NATO und EU gleichzeitig angehörenden Staaten schlechterdings untragbar sein dürfte, liegt äußerst nahe.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Institutionelle und kompetenzielle Frageno

In welcher Weise man die supranationalen Politiken mit direktem Verteidigungsbezug begrifflich erfassen möchte – sei es (wie nunmehr wohl im Rahmen des Weißbuchs)[35] als Teil der Verteidigungsunion, sei es als für deren Verwirklichung notwendige beziehungsweise hilfreiche Unterstützung – ist vorrangig eine Frage politischer Kommunikation, denn das hat weder Auswirkungen auf die Lösung der kompetenziellen Abgrenzungsfragen des unionalen Primärrechts[36] noch auf die völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit im Zusammenhang mit multinationalen Operationen[37] noch auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben eines jeden EU-Mitgliedstaats für die Mitwirkung insbesondere in der GSVP.[38]

In der Praxis hat diese infolgedessen nebensächlich erscheinende Frage gleichwohl eine nicht unbedeutende Rolle gespielt. Mit der Antwort hierauf hängt nämlich zusammen, welche Materien idealiter im Rat von den Verteidigungsministern behandelt werden soll(t)en – sei es im Rat für Auswärtige Angelegenheiten (vgl. Art. 16 Abs. 6 EUV), sei es in einer der anderen Ratsformationen.[39] Eine ausdrückliche Ratsformation „Verteidigungsministerrat" gibt es nämlich nicht, was nicht zuletzt an den Beharrungskräften insbesondere der Außenministerien, die in die primärrechtliche Formulierung „Rat für Auswärtige Angelegenheiten" gerne „Rat der Außenminister" hineingelesen und die Verteidigungsminister in die zweite Reihe

35 Siehe oben Fn. 5.

36 Zu denken ist hierbei insbesondere an die Titandioxid-Rechtsprechung (seit EuGH, Rs. C 300/89, *Titandioxid*, Urteil v. 11. Juni 1991, ECLI:EU:C:1991:244) für die Auswahl primärrechtlicher Handlungsgrundlagen (vgl. insbesondere zur Einbeziehung der Bekämpfung der Verbreitung von leichten Waffen und Kleinwaffen in den Kreis der supranationalen Entwicklungspolitik EuGH, Rs. C-91/05, *Bekämpfung der Verbreitung von leichten Waffen und Kleinwaffen*, Urteil v. 20. Mai 2008, ECLI:EU:C:2008:288) und die Auslegung der Kompetenzabgrenzungsregeln des Art. 4 EUV, für die das Arbeitszeiturteil (EuGH, Rs. C-742/19, *EU-Arbeitszeitrichtlinie*, Urteil v. 15. Juli 2021, ECLI:EU:C:2021:597) die richterliche Perspektive vermittelt.

37 Siehe zur Frage der Zurechnung wahlweise an die EU oder ihre Mitgliedstaaten beispielhaft den Fall der Pirateriebekämpfung, OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 18. September 2014 – 4 A 2948/11, DÖV 2015, 343 = DVBl 2015, 375.

38 Hierzu setzt in Deutschland unverändert das Lissabon-Urteil in apodiktischer Weise ("Der konstitutive Parlamentsvorbehalt für den Auslandseinsatz der Bundeswehr ist integrationsfest.") den Rahmen, BVerfGE 123, 267, Rn. 255. Vgl. ferner zu den Unterrichtungspflichten der Bundesregierung gegenüber dem Deutschen Bundestag mit Blick auf die GSVP BVerfGE 163, 298 und dazu *Scheidt*, NZWehrr 2023/4, S. 200.

39 Siehe Anhang I der Geschäftsordnung des Rats (zu Art. 1 Abs. 1 Satz 2), ABl. L 325 v. 11.12.2009, S. 35.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verwiesen haben,[40] liegen mag – wobei es sich um ein nachgerade klassisches Beispiel für Politik praeter legem (vgl. Art. 16 Abs. 2 EUV) handelt.

Der Vollständigkeit halber müßte hier hinzugefügt werden, dass die Frage der Vertretung der Mitgliedstaaten im Rat bei weitem nicht die kniffligste institutionelle Rechtsfrage ist, die es mit Blick auf die Etablierung einer Europäischen Verteidigungsunion zu untersuchen gälte. Die bereits mit der dem unionalen Primärrecht immanenten Differenzierung zwischen auswärtigem Handeln, Gemeinsamer Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) sowie Gemeinsamer Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP) verbundene Rollenverteilung, die durch den Gleichlauf von Innen- und Außenkompetenzen im übrigen sowie die besonderen Regelungen für völkerrechtliche Verträge der EU einschließlich Gemischter Abkommen[41] zudem nicht entkompliziert wird, speist ein großes Reservoir an potentiellen Kompetenzkonflikten auf unionaler Ebene genauso wie – nicht nur eingedenk der Unterschiede in den Ressortzuschnitten und der jeweiligen machtpolitischen Verhältnisse zwischen den Ressorts – in den Hauptstädten.

b) Rechtsrahmen und Ambitionsniveau

Dem gegenwärtigen Unionsrecht wird attestiert, weniger ehrgeizig zu sein als die ursprünglichen Ideen für eine Europäische Verteidigungsunion.[42] Schon hinsichtlich dieser ursprünglichen Ideen war freilich die Frage gerechtfertigt, worum es sich bei der Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik handelt – um „Realität oder Chimäre?“[43] Das hinter Rechtsvorschriften stehende politische Ambitionsniveau wirkt sich maßgeblich auf die in ihnen angelegten Handlungsmöglichkeiten aus. Hierbei kommt besonders deutlich zum Tragen, dass Unionsrecht – wie das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV) insbesondere für den su-

40 Vgl. Weißbuch, (Fn. 8), S. 75: “anlassbezogene Tagungen des Rats für auswärtige Beziehungen [sic!] im Format der Verteidigungsminister“ unter dem Gesichtspunkt der Stärkung der Verteidigungsindustrie in Europa. Aus der Praxis kann hier auf das Beispiel der erstmaligen Inanspruchnahme des in Art. 42 Abs. 7 EUV vorgesehenen Beistands – durch Frankreich im Zusammenhang mit dem Terrorangriff in Paris am 13. November 2015 (Bataclan) – verwiesen werden. Dass Frankreich sich auf die Beistandsklausel berufen werde, gab der damalige französische Staatspräsident Hollande im Rahmen einer gemeinsamen Sitzung von Nationalversammlung und Senat in Versailles am Nachmittag des 16. November 2015 bekannt. Die offizielle Kommunikation erreichte die EU zu einem Zeitpunkt, als die Außenminister vom „Jumbo-Rat“ (Rat für Auswärtige Angelegenheiten mit gemeinsamer Teilnahme von Außen- und Verteidigungsministern) bereits abgereist waren. Da man den Verteidigungsminstern kein Stimmrecht zugestehen wollte, blieb diesen nur, die Bekanntgabe des Umstands, dass die Beistandsklausel aktiviert worden war, durch die seinerzeitige Hohe Vertreterin Mogherini im Rahmen eines Arbeitsfrühstücks am 17. November 2015 zur Kenntnis zu nehmen.
Vgl. dazu auch *v. Kielmannsegg*, in: ders. et al. (Hrsg.), § 14 Handbuch Recht der Streitkräfte, Rn. 33 f. und *Schmidt-Radefeld*, ebd., § 17, Rn. 37, sowie ders., ebd., § 20, Rn. 39.

41 Dies schließt auf den Umfang möglicher Regelungsgegenstände bezogene implied powers der EU ein; hierzu und generell zu Abkommen der EU *Stein* (Fn. 21), S. 295 ff.

42 *v. Kielmannsegg* (Rn. 40), Rn. 98.

43 *Stein*, in: Reiter (Fn. 26).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pranationalen Bereich[44] zeigt – auch in inhaltlicher Hinsicht zuvörderst Kompetenzrecht ist; zum Wesen der europäischen Integration gehört insofern, dass das Heben von Kompetenzen auf die unionale Ebene die Ambition der EU-Mitgliedstaaten, sie gemeinsam zu nutzen, zum Ausdruck bringt. Man kann daher das für die Verteidigungsunion relevante Unionsrecht auf das in ihnen ausgedrückte Ambitionsniveau hin untersuchen, d.h. letztendlich fragen, ob die Bestimmungen über die GSVP und die verteidigungsnahen supranationalen Politiken die EU in der Tat dazu in den Stand versetzen, praktische oder rechtliche Probleme (besser) zu lösen bzw. zu ihrer Lösung beizutragen. Der Befund hierzu ist zunächst ernüchternd, die Praxis zeigt aber, wie Kreativität und Pragmatismus sich als Schlüssel zu greifbaren Fortschritten erwiesen haben. Im Einzelnen:

Erstens würde die Verwirklichung der Europäischen Verteidigungsunion im Rahmen der durch das unionale Primärrecht gesetzten Rahmenbedingungen keine der bekannten rechtlichen bzw. rechtspolitischen Herausforderungen mit Blick auf das außen-, sicherheits- und verteidigungspolitische Handeln lösen – und dies unabhängig davon, ob insoweit unter der Überschrift „Verteidigungsunion" das Regelwerk über die GSVP angewendet, eine gemeinsame Verteidigungspolitik verwirklicht oder zur gemeinsamen Verteidigung übergegangen wird. Die Regeln des Primärrechts zielen nämlich eher auf systemimmanente Weiterentwicklung der bereits laufenden sicherheits- und verteidigungspolitischen Handlungslinien. In diesem Zusammenhang ist ohnehin darauf hinzuweisen, dass sich das unionale Primärrecht im intergouvernementalen Bereich darauf beschränkt, die Existenz unterschiedlicher Perspektiven der Mitgliedstaaten mit den Formeln des „besonderen Charakter[s] der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten" (Art. 42 Abs. 2 EUV) und der „im Rahmen der Nordatlantikvertrags-Organisation eingegangenen Verpflichtungen, die für die ihr angehörenden Staaten weiterhin das Fundament ihrer kollektiven Verteidigung und das Instrument für deren Verwirklichung ist" (Art. 42 Abs. 7 EUV) sowie dem Hinweis auf unterschiedliche Ambitionsniveaus – „Mitgliedstaaten, die anspruchsvollere Kriterien in Bezug auf die militärischen Fähigkeiten erfüllen und die im Hinblick auf Missionen mit höchsten Anforderungen untereinander weiter gehende Verpflichtungen eingegangen sind" (Art. 42 Abs. 6 EUV) – (jedenfalls bis auf weiteres) anzuerkennen.

In dieser Hinsicht spiegelt die Praxis den eher kargen textlichen Befund. Dass das Unionsrecht keine Lösung für die auf nach allgemeinem Völkerrecht zu klärenden Fragen der Staatenverantwortlichkeit bieten würde, war zu erwarten; unionales Handeln fügt allerdings insoweit sogar eine weitere Verantwortungsebene hinzu,[45] ohne zugleich die bestehenden Verantwortlichkeiten klarer zu fassen. Ähnliches dürfte für die Durchsetzung des Völkerrechts gelten; die im Zusammenhang mit der Operation Allied Force (1999) zugespitzte Kontroverse über Möglichkeit und Grenzen einer

44 Vgl. zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus verfassungsrechtlicher Sicht BVerfG, Urteil v. 5. Mai 2020 – 2 BvR 859/15 et al., Rn. 133 ff.

45 Zur Verantwortung internationaler Organisationen neben ihren Mitgliedern bzw. Mitgliedstaaten *Stein* (Fn. 25), S. 659 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

humanitären Intervention[46] hat nicht nur diese Handlungsmöglichkeit weitestgehend vom Tisch genommen, sie dürfte auch nicht gerade katalytische Wirkung auf die Handlungsmöglichkeiten im Bereich kollektiver Gegenmaßnahmen unterhalb der Schwelle zur Gewaltanwendung erzeugt haben.[47] Auch die Berücksichtigung der GSVP beziehungsweise von Verteidigungsinteressen in den Abkommen der EU mit Drittstaaten oder internationalen Organisationen in anderen geographischen Regionen erreicht selten die wünschenswerte Klarheit. Dies gilt beispielsweise, soweit relevant, für die Zusammenarbeit der externen Vertragspartner mit GSVP-Operationen, aber auch für die in den Abkommen enthaltenen Bestimmungen zu regelbasiertem sicherheitspolitischem Handeln und Rüstungskontrolle. So werden mit Blick auch auf bewaffnete Konflikte typischerweise allein die Menschenrechte, aber nur seltenst das humanitäre Völkerrecht als handlungsleitend genannt. Darüber hinaus werden in unionsrechtlichen Bestimmungen bisweilen auch Formulierungen verwendet, die entgegen der erklärten Politik der der NATO angehörenden EU-Mitgliedstaaten im Sinne einer Einbeziehung des Atomwaffenverbotsvertrags in den Kreis der relevanten Rüstungskontrollvereinbarungen interpretiert werden könnten.[48] Im supranationalen Unionsrecht sind ähnliche Tendenzen feststellbar.[49]

46 Dazu *Stein* (Fn. 21), S. 153 ff.

47 Den im unionalen Primärrecht kodifizierten komplizierten Mechanismus für Sanktionen und ihre Überprüfung durch den EuGH hat *Stein* nicht unter diesem Gesichtspunkt erörtert; die Jugoslawien-Sanktionen des Jahres 1998 hat er ausdrücklich den (damals EG-) Mitgliedstaaten zugerechnet (Fn. 21, S. 137). Vgl. aber *dens.* (Fn. 25), S. 660 ff. zu menschenrechtlichen Implikationen der EU-Sanktionsregimes.

48 Viele Abkommen der EU mit Drittstaaten enthalten Bestimmungen, wonach die Vertragsparteien ferner übereinkommen, "zusammenzuarbeiten und einen Beitrag zur Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und ihren Trägermitteln zu leisten, indem sie (…) gegebenenfalls Maßnahmen treffen, um alle sonstigen einschlägigen internationalen Instrumente zu unterzeichnen, zu ratifizieren beziehungsweise ihnen beizutreten und sie in vollem Umfang umzusetzen" (vgl. statt aller Art. 8 Abs. 1 lit. a des Partnerschaftsabkommen über die Beziehungen und die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Neuseeland andererseits, ABl. L 321 v. 29. November 2016, S. 3). Welche internationalen Instrumente „einschlägig" sind, geht aus diesen Normtexten nicht hervor. Daher könnten Parteien des Atomwaffenverbotsvertrags in Versuchung geraten, besagten Vertrag als „einschlägig" anzusehen.

49 Eine Neigung innerhalb der Kommissionsbürokratie, dem Atomwaffenverbotsvertrag entgegen der pacta tertiis-Regel mehr Bedeutung beizumessen, als ihm in der Praxis zusteht, war anfänglich auch in der Praxis zu den ESG-Kriterien feststellbar. Zwar erfaßt die Delegierte Verordnung 2020/1818 (ABl. L 406 v. 3. Dezember 2020, S. 17) unter dem Begriff der umstrittenen Waffen nur noch eher unpräzise „die im Sinne der internationalen Verträge und Übereinkommen, der Grundsätze der Vereinten Nationen und, soweit anwendbar, der innerstaatlichen Rechtsvorschriften definierten umstrittenen Waffen" (Art. 12 Abs. 1 der VO 2020/1818), aber diese Formulierung läßt, auch mit Blick auf die vier dem Atomwaffenverbotsvertrag beigetretenen Mitgliedstaaten, eine unionsrechtliche Relevanz dieses nicht NATO-kompatiblen (vgl. Erklärung des Nordatlantikrats vom 15. Dezember 2020 – abrufbar unter: https://www.nato.int/en/about-us/official-texts-and-resources/official-texts/2020/12/15/north-atlantic-council-statement-as-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons-enters-into-force (14. April 2026); deutsche Fassung abrufbar unter: https://nato.diplo.de/nato-de/01-natostatements/2427860-2427860 (14. April 2026) Übereinkommens im Bereich des Möglichen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In den übrigen Aktivitäten der EU zeigt sich ein differenzierteres Bild. Die Entwicklung des intergouvernementalen Sekundärrechts hat mit der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (Permanent Structured Cooperation – PESCO),[50] einer gewissen Stärkung des militärischen Anteils des Europäischen Auswärtigen Diensts[51] und der Europäischen Friedensfazilität[52] durchaus Fortschritt gebracht – wobei freilich die Zuwächse an Effektivität und Komplexität zumindest nicht zulasten der letzteren austariert wurden. Mehr Klarheit mit Bezug auf die rechtlichen Implikationen von Führungsorganisation sowie Führungs- und Einsatzgrundsätzen[53] – einen zentralen Aspekt geeigneter Rahmenbedingungen für erfolgversprechende Operationen – hat dies allerdings nicht bewirkt. Solche Klarheit, das darf hinzugefügt werden, würde auch die Schaffung eines eigenen strategischen militärischen Hauptquartiers der EU[54] nicht bringen.

Die politischen Verlautbarungen aus jüngerer Zeit hingegen wiederholen an prominenter Stelle den Hinweis auf den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten.[55] Und trotz der seit 24. Februar 2022 nun wirklich unbestreitbaren Veränderung der geostrategischen Sicherheitslage gab es insbesondere am „scharfen Ende" kaum Bewegung; so kam bspw. keine praxisrelevante Einigung zur Nutzung des „Koalitionen der Willigen" aus dem Kreis der Mitgliedstaaten ermöglichenden Gestaltungspotentials von Art. 44 EUV[56] zustande und wurden auch die mehrjährigen Bemühungen darum, Art. 42 Abs. 7 EUV im Strategischen Kompass zu operationalisieren, schlussendlich nicht erkennbar weiterverfolgt. (Auf einem anderen Blatt steht, dass die zunächst beabsichtigte Verfahrensregelung zur Anwendung von Art. 42 Abs. 7 EUV aus strategischer Perspektive durchaus kritikwürdig gewesen wäre, weil damit die nicht nur hinsichtlich der – ohnehin nicht eineindeutig bestimmbaren[57] – inhaltlichen Anwendungsvoraussetzungen, sondern auch für die technischen Schritte zur Entscheidungsfindung über

50 Beschluss (GASP) 2017/2315 über die Begründung der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (PESCO) und über die Liste der daran teilnehmenden Mitgliedstaaten, ABl. L 331 v. 14. Dezember 2017, S. 57.

51 Vgl. insbesondere Beschluss (EU) 2017/971 zur Festlegung der Planungs- und Durchführungsmodalitäten für militärische GSVP-Missionen der EU ohne Exekutivbefugnisse, ABl. L 146 v. 9. Juni 2017, S. 133.

52 Beschluss (GASP) 2021/509 zur Einrichtung einer Europäischen Friedensfazilität, ABl. L 102 v. 24. März 2021, S. 14.

53 Dazu *Stein*, (Fn. 27), insbesondere S. 456 ff.; *ders.*, (Fn. 21), S. 299 f.

54 Zum Stand der Entwicklung von dem 2017 eingerichteten (Fn. 51) Militärischen Planungs- und Durchführungsstab MPCC im EU-Militärstab zu einem strategischen EU-Hauptquartier *v. Kielmansegg* (Fn. 40), Rn. 75. Die ursprünglichen, im Rahmen des „Pralinengipfels" (s.o. Fn. 12) entwickelten Pläne für ein EU-Hauptquartier hat *Stein* kritisch gewürdigt: ESVP und NATO (Fn. 16), S. 243 f.

55 Strategischer Kompaß (Fn. 4), S. 10. Ebenso das Weißbuch zur europäischen Verteidigung – Bereitschaft 2030 (Fn. 5), S. 6.

56 Hierzu bereits (anhand der Vorläuferbestimmung im gescheiterten Verfassungsvertrag) *Stein*, in Klein et al. (Fn. 26), S. 400.

57 Hinzu eingehend *Stein* (Fn. 22).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Anwendung der Beistandsklausel im konkreten Einzelfall[58] erforderliche Ambiguität nicht hätte aufrechterhalten werden können.)

Zweitens ergäbe sich allein aus einer Verwirklichung der Verteidigungsunion für keine der nicht-institutionellen Herausforderungen im Zusammenhang mit der (multinationalen) militärischen Operationsführung eine substantielle Veränderung zum Besseren. Neben die bereits erwähnten und auch hier relevanten Aspekte der völkerrechtlichen (Staaten-) Verantwortlichkeit treten insoweit die Besonderheiten des europäischen Grund- und Menschenrechtsschutzes, insbesondere mit Blick auf das Nebeneinander von Charta der Grundrechte der EU (GrCh) und Europäischer Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der Grenzen der Jurisdiktionskompetenzen des EuGH[59] sowie ungeklärte Fragen der Geltung der GrCh in Drittstaaten.[60]

Hierbei gilt nicht nur der Befund, wonach ein EMRK-Beitritt der EU dazu führen würde, „dass die Tätigkeit der Staaten in diesem Bereich [scil.: der GASP/GSVP] von einem weitestgehend von zwingenden rechtlichen Verpflichtungen befreiten Raum in ein neuartiges Umfeld verlagert werden würde“[61] – im Klartext: dass eher mit Einschränkungen der Handlungsfähigkeit zu rechnen wäre. Darüber hinaus kann das unionale Primärrecht ebensowenig die mit der (humanitär-völkerrechtlichen) Konfliktqualifikation eng verbundene Frage nach der Abgrenzung der Geltungsbereiche von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechten[62] beantworten. Zudem wird eine Untersuchung der tatsächlichen Veränderungen, die sich aus dem Wandel des Tempos, der Komplexität und auch der Intensität militärischer Operationen unter dem Multi Domain Operations-Paradigma[63] ergeben, sowie ihrer staats- und völkerrechtlichen Implikationen, gefordert sein.

58 Vgl. hierzu das Praxisbeispiel der erstmaligen Inanspruchnahme von Beistand durch Frankreich (oben Fn. 40); das seinerzeitige Verfahren wurde teilweise als unbefriedigend eingeschätzt. Vgl. hierzu nur die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 21. Januar 2016 zur Anwendung der Beistandsklausel, ABl. C 11 v. 21. Januar 2018, S. 89, insbesondere Tz. 8 und 9 (u.a. Aufforderung an Rat und Mitgliedstaaten, „einen strategischen Rahmen zu erarbeiten und zu erlassen, der bei der Anwendung von Artikel 42 Absatz 7 EUV der Orientierung dient und in dem ein Zeitplan, eine Überprüfungsklausel sowie Überwachungsmechanismen vorgesehen sind“).

59 Hierzu *Stein*, (Fn. 25), S. 1326 ff.; zuvor bereits – Aspekte vorwegnehmend, die der EuGH später im Gutachten 2/13 zur Herleitung der Unvereinbarkeit des Entwurfs eines Abkommens über den Beitritt der EU zur EMRK mit den Verträgen heranzog – *ders.* (Fn. 25), S. 655, 662 ff.

60 Vgl. dazu *Häußler*, NZWehrr 2020/6, S. 256.

61 *Stein* (Fn. 25), S. 665 f.

62 Zur Geltung der EMRK in bewaffneten Konflikten und zu ihrem Verhältnis zum humanitären Völkerrecht hat sich der EGMR neuerdings ausführlich verhalten. EGMR (Große Kammer), Nr. 8019/16, 43800/14, 28525/20 and 11055/22, *Ukraine and the Netherlands v. Russia,* Urteil v. 9. Juli 2025, Rn. 350 ff. und 425 ff. Gewisse Anhaltspunkte kann man auch dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Ramstein-Verfahren (2 BvR 508/21) entnehmen. Vgl. dazu *Goller/Awara*, NZWehrr 2026/1, S. 16 ff.

63 Vgl. dazu *Häußler*, NZWehrr 2024/6, S. 376 m.w.N. aus dem Bereich der Militär- und Strategiewissenschaft.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch einschlägige völkerrechtspolitische Kontroversen vermag das Primärrecht nicht zu entschärfen. Zwar betrifft die im Sekundärrecht feststellbare Tendenz, bestimmte Aspekte der Terrorbekämpfung als Angelegenheit der inneren Sicherheit anzusehen und insoweit den Regeln für die JI-Zusammenarbeit zu unterwerfen,[64] von vornherein nicht die Konfliktqualifikation als solche; aus den dargestellten Gründen[65] kann den Bestimmungen in Art. 67 ff., insbesondere Art. 75 ff. AEUV keine unionale Kompetenz zu rechtserheblichen Beiträgen zu Konfliktqualifikation entnommen werden. Die genannte Tendenz hilft aber auch nicht beim Umgang mit dem Befund, wonach „sich die klassische Unterteilung ‚innere' und ‚äußere' Sicherheit so nicht mehr aufrechterhalten lässt".[66]

Drittens vermitteln weder der Begriff „Europäische Verteidigungsunion" noch das rechtliche Instrumentarium der EU – das gilt einerseits gleichermaßen für GSVP, gemeinsame Verteidigungspolitik und gemeinsame Verteidigung (Art. 42 Abs. 2 EUV), andererseits auch für die supranationalen Kompetenznormen – noch die darauf bezogenen europapolitischen Impulse eine Antwort auf die Frage, welche Fähigkeiten im Rahmen der GSVP, gemeinsamen Verteidigungspolitik, gemeinsamen Verteidigung – der Verteidigungsunion – von den Mitgliedstaaten bereitgestellt werden sollen (Art. 42 Abs. 1 EUV), und zu welchem (wie hergeleiteten) Zweck.[67] Der Umstand, dass für diese Zwecksetzung weder im rechtswissenschaftlichen Schrifttum noch in der Vielzahl politischer Dokumente und Verlautbarungen auf den Katalog der Zwecke des auswärtigen Handelns in Art. 20 Abs. 2 EUV rekrutiert wurde, spricht für sich – und dass zu diesem Katalog nicht das Element „Siegfähigkeit im Rahmen der gemeinsamen Verteidigung beziehungsweise im Beistandsfall" gehört, ebenfalls.

Die bereits 1998 für multinationale Verbände gestellte und als für die rechtliche Gestaltung primär identifizierte Frage, „was will ich mit ihnen erreichen,... was sollen sie tun und verantworten, und was nicht"[68] haben die Regelungen des EUV, insbesondere die über die GSVP, folglich offengelassen. Welche Rolle im weiteren Verlauf der Rechtsentwicklung hier (dem Schutz) der „europäischen Gesellschaft" (Art. 2 EUV)[69] zukommen kann, bleibt abzuwarten; der Abstraktionsgrad dieses Begriffs dürfte diesen freilich eher zum Andockpunkt für allgemeinpolitische Herleitungen machen als für solche auf den Gebieten der Sicherheits- und Verteidigungspolitik sowie der Militärstrategie.

64 Dazu *Stein*, European and German Security Policy and International Terrorism; *ders.*, National Constitutional Policy Reservations with Respect to Internal Policy (beide Fn. 29). In beiden Abhandlungen hat *Stein* sich darauf konzentriert, das jeweilige Unionsrecht zu analysieren; Fragen der Konfliktqualifikation mit Blick auf Terrorkriegführung brauchte er nicht zu erörtern und hat er nicht erörtert.

65 Oben Text bei Fn. 31–34.

66 *Stein* (Fn. 1), S. 205.

67 Vgl. die bereits von *Stein* gestellte primäre Frage für die rechtliche Gestaltung politischer Entscheidungen über multinationale Verbände: „was will ich mit ihnen erreichen, ... was sollen sie tun und verantworten, und was nicht", Rechtsformen (Fn. 27), S. 144.

68 *Stein* (Fn. 27), S. 144.

69 So *v. Bogdandy* in seinem Beitrag zum Gedächtniskolloquium für *Stein* am 14.11.2025.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Viertens kann man mit den Regeln für supranationale Unionspolitiken zwar, wie die Initiativen der jüngsten Vergangenheit[70] zeigen, in erheblichem Umfang Haushaltsmittel mobilisieren, eine Antwort auf die Frage nach der für die EU insgesamt – d.h. unbeschadet der Unterscheidung zwischen intergouvernementalen und supranationalen Politiken – relevanten übergeordneten Zwecksetzung, die GSVP, gemeinsame Verteidigungspolitik oder gemeinsame Verteidigung einschließlich des Beistands im Sinne von Art. 42 Abs. 7 EUV trägt, ergibt sich hieraus aber nicht. Freilich wäre auch verfehlt, in den querschnittlichen Kompetenznormen, auf welche die verteidigungsnahen supranationalen Unionspolitiken gestützt werden, eine verteidigungspolitische Ambition zu suchen. Die Zwecksetzung, die diesen Normen zugrunde liegt, ergibt sich unter Berücksichtigung ihrer systematischen Stellung im AEUV in teleologischer Auslegung; dass ein Binnenmarkt u.a. für Rüstungs- und andere Verteidigungsgüter grundsätzlich geeignet ist, die Effektivität der militärischen Instrumente einer Europäischen Verteidigungsunion zu stärken, liegt auf der Hand.

Bei alledem stellt die inzwischen durch den Europäischen Rat anerkannte und von der Kommission aufgegriffene Notwendigkeit einer Orientierung der industrie- und forschungspolitischen Aktivitäten an den NATO-Fähigkeitszielen sicher, dass zumindest ein Teil der zentralen Frage – nämlich, welche Fähigkeiten zur Verfügung stehen sollen – anhand einer zwar nicht genuin unional, aber gleichwohl gemeineuropäisch akzeptierten Bedrohungsanalyse beantwortet wird.

C. Fazit: Erreichbarkeit einer Europäischen Verteidigungsunion

Den ersten Teil der Ausgangsfrage, ob nämlich die Europäische Union auf dem Weg zur Verteidigungsunion ist, kann man nach alledem getrost bejahen: der politische Wille ist grundsätzlich dokumentiert, die grundsätzliche Machbarkeit systemimmanent innerhalb des unionsrechtlichen Rahmens darf als erwiesen gelten. Schwieriger fällt die Antwort auf den zweiten Teil der Ausgangsfrage, nämlich danach, wo sie sich auf diesem Weg befindet. Denn wenn man im Einklang mit den hier vorgestellten Einblicken das die relevanten primärrechtlichen Bestimmungen tragende Regelungsmotiv darin sieht, den bis zum Vertrag von Lissabon erreichten Status Quo zu konsolidieren und seine schrittweise Weiterentwicklung zu ermöglichen, dann erzeugt das darin – wie dargestellt – implizit enthaltene Zielbild einer ohne Termin- oder Fristsetzung evolutionär zu erreichenden Verteidigungsunion keinen allzu spürbaren rechtlichen Veränderungsimpuls, geschweige denn Veränderungsdruck.

Das ausgehend von den dargestellten Elementen einer Inhaltsbestimmung des Begriffs Verteidigungsunion aufgezeigte Potential der GSVP im Bereich des Integrierten Krisenmanagements ist weitgehend ausgeschöpft; indessen ist angesichts der er-

70 Zuletzt insbesondere das Weißbuch zur europäischen Verteidigung – Bereitschaft 2030 (Fn. 5), der Plan „ReArm Europe“ und das Omnibus-Vereinfachungspaket zur Verteidigungsbereitschaft.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

heblichen Veränderungen der geopolitischen Gesamtlage Europas einschließlich der EU jedenfalls nunmehr schwerlich bestreitbar, dass damit die Verteidigungsunion nicht verwirklicht ist. Dem aus der Lageentwicklung (spätestens) seit dem 24. Februar 2022 erwachsenen praktischen Veränderungsimpuls oder Veränderungsdruck – die Auswahl zwischen beidem sei politischer Bewertung anheimgestellt – kann sich die EU sowohl mit ihrem intergouvernementalen als auch mit ihrem supranationalen Instrumentarium stellen. Bisher scheint sie ihren Schwerpunkt eher in der Peripherie der eigentlichen Verteidigungspolitik gelegt zu haben: nämlich darauf, die Entscheidungen der Mitgliedstaaten über Fähigkeiten und Operationen mit forschungs-, industrie- und binnenmarktpolitischen Impulsen (und entsprechenden Haushaltsmitteln) zu hinterlegen.

I. Integriertes Krisenmanagement ist keine Verteidigungsunion

Zur Optimierung des Integrierten Krisenmanagements hat die EU nahezu das gesamte Spektrum ihrer Handlungsmöglichkeiten vom Headline Goal[71] bis hin zur PESCO genutzt. Eine Verteidigungsunion ist sie darüber weder geworden noch hat sie eine solche dadurch verwirklicht.

Ursprünglicher Schwerpunkt der GSVP, das verkörpern in militärischer Hinsicht vor allem die anfänglichen Petersberg-Aufgaben, ist das Integrierte Krisenmanagement. Dies bezeugt nicht nur der Rechtstext, sondern auch die unionale Praxis sowohl in politischer als auch operativer Hinsicht. Und schließlich entspricht dies auch dem Zeitgeist jener Phase zwischen Kaltem Krieg und endgültiger Rückkehr der Geopolitik am 24. Februar 2022. Aus dem unionalen Primärrecht ergab und ergibt sich bei alledem freilich weder eine Tendenz innerhalb des Spektrums zwischen humanitärer Hilfe durch Streitkräfte, Stabilisierungseinsätzen und militärisch umgesetzter Machtprojektion[72] – die erweiterten Petersberg-Aufgaben (Art. 43 Abs. 1 EUV) schließen nichts hiervon aus – noch eine vorrangige oder gar exklusive Orientierung nach Westen (transatlantisch), Süden (v.a. Naher Osten und Nordafrika), Norden (Arktis) oder Osten (v.a. Bedrohung durch Rußland), und auch kein Ausschluss über die unmittelbare Nachbarschaft hinausreichender geopolitisch relevanter Beziehungen – insbesondere mit Indien, den vier großen indopazifischen Demokratien (Japan, Korea, Australien und Neuseeland) sowie der Volksrepublik China und Taiwan – jenseits der traditionell zum auswärtigen Handeln der EU gehörenden Außenhandels- und Entwicklungspolitik (Art. 206 f., 208 ff. AEUV).

Insbesondere in den 2010er Jahren wurden auf dem Gebiet des Integrierten Krisenmanagements wesentliche Schritte zur Umsetzung des im Lissabon-Vertrag konkretisierten politischen Programms absolviert. Diese Schritte können durchaus den Weg zu einer Europäischen Verteidigungsunion bereiten. Zudem hat Deutschland während seiner EU-Ratspräsidentschaft im Jahr 2020 mit der Initiative, die den Strategischen Kompaß hervorbrachte, einen wesentlichen Beitrag zum politischen

71 Dazu *Stein*, in: Reiter (Fn. 26), S. 56 f., 70 ff.; *ders.* (Fn. 16), S. 241 f.
72 Den Begriff der Machtprojektion verwendet ausdrücklich *Stein* (Fn. 16), S. 232.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Überbau dieser Verteidigungsunion geleistet. Zum Abschluß der so begonnenen politischen Prozesse kam es aber einstweilen nicht. Einerseits war (und ist) insbesondere das Gestaltungspotential des Art. 44 EUV und neben der PESCO denkbarer verstärkter Zusammenarbeit (Art. 20 EUV) noch nicht gehoben: der Unklarheiten in Bereichen wie der (Staaten-) Verantwortlichkeit sowie der Allokation militärischer Ressourcen und damit möglicherweise verbundener Verdrängungseffekte wegen, auch angesichts der politischen und geographischen Schwerpunktsetzungen der einzelnen Mitgliedstaaten, vor allem aber wegen der grundlegenden Lageänderung, die sich aufgrund der räumlichen wie intensitätsbezogenen Entgrenzung von Rußlands seit 2014 gegen die Ukraine gerichteter Kriegführung eingestellt hat. Andererseits steht ein „harter" Test der Beistandsklausel des Art. 42 Abs. 7 EUV unverändert aus, denn die Inanspruchnahme durch Frankreich betraf Aktionen nichtstaatlicher Gewaltakteure, nicht einen internationalen bewaffneten Konflikt.

Infolgedessen läßt sich für die durch das Integrierte Krisenmanagement geprägte Phase letzten Endes nur eine Gleichzeitigkeit gegenläufiger Trends konstatieren: Zwar wurde, wie gezeigt, das Handeln im Unionsrahmen – unter Aussparung des „scharfen Endes" – deutlich effektiver, gleichwohl haben die EU-Mitgliedstaaten die – zudem primärrechtlich anerkannten – Unterschiede zwischen ihren verteidigungspolitischen Ansätzen überwiegend fortgeschrieben, wenn nicht sogar – wie mit dem regelrechten Betreiben des gezielt gegen die Nukleare Teilhabe im NATO-Rahmen gerichteten Atomwaffenverbotsvertrags – vergrößert.

Darüber hinaus wurden trotz sichtbarer Fortschritte viele der schon seit langem identifizierten Fähigkeitsdefizite – wohl entgegen Art. 42 Abs. 3 EUV („Die Mitgliedstaaten verpflichten sich, ihre militärischen Fähigkeiten schrittweise zu verbessern.") – trotz Fähigkeitenentwicklungsplan (Capability Development Plan – CDP), Koordinierter Jährlicher Überprüfung der Verteidigung (Coordinated Annual Review on Defence – CARD) und PESCO nicht behoben. Hinzu kommt höchstwahrscheinlich, dass manche mit Blick auf die Beistandsverpflichtung aus Art. 42 Abs. 7 EUV viel schwerer wiegende Fähigkeitslücken derzeit aus politischen Gründen nicht identifiziert, ja möglicherweise gar nicht erst identifizierbar sind – und dies nicht nur im Bereich insbesondere der taktischen, aber unter dem Gesichtspunkt der vielbeschworenen „strategischen Autonomie" der EU auch der strategischen Nuklearwaffen.

Schließlich wurde im Rahmen der GSVP zu keiner Zeit der Elefant im Raum – das Verhältnis zwischen EU und NATO, also eines der besonders prägenden politischen Probleme, das mit den Bestimmungen über die GSVP und ihre Vorläufer geregelt werden sollte – besänftigt. (Erfolge in der Zusammenarbeit auf Arbeitsebene ändern hieran ebensowenig wie die Gemeinsamen Erklärungen.[73]) Die Charakterisierung der GSVP als integraler Bestandteil der GASP (Art. 42 Abs. 1 EUV) wurde

73 Zuletzt: Gemeinsame Erklärung zur Zusammenarbeit zwischen der NATO und der EU vom 10. Januar 2023, abrufbar unter: https://nato.diplo.de/nato-de/01-natostatements/2572700-2572700 (14. April 2026) (Original abrufbar unter: https://www.nato.int/en/about-us/official-texts-and-resources/official-texts/2023/01/10/joint-declaration-on-eu-nato-cooperation (14. April 2026)).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von vielen außenpolitischen Akteuren als Unterordnung der Verteidigungs- unter die Außenpolitik mißverstanden und hat sich – möglicherweise genau deswegen – nicht als den auf Gleichberechtigung dieser Politikbereiche hin optimierten Strukturen und Verfahren der NATO überlegen erwiesen.

Nach alledem stehen in der Bilanz der intergouvernementalen Beiträge auf dem Weg zur Europäischen Verteidigungsunion neben unbestreitbaren Fortschritten also einige „unerledigte Hausaufgaben". Möglichkeiten, diese innerhalb des institutionellen Rahmens der EU anzupacken, bietet das geltende Primärrecht durchaus – und sei es nur, bspw. im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 20 EUV i.V.m. Art. 329 Abs. 2, 331 Abs. 2, 333 Abs. 3 AEUV mit Blick auf die Nuklearpolitik. (Wegen Art. 327 und 332 AEUV bräuchten die Mitgliedstaaten, die Parteien des Atomwaffenverbotsvertrags sind, einen Verstoß gegen ihre diesbezüglichen Verpflichtungen nicht zu besorgen, denn bei der Einrichtung der verstärkten Zusammenarbeit könnten sie sich konstruktiv enthalten und bräuchten deren Kosten nicht mitzutragen.) Eine unionsrechtliche Pflicht dazu, mögliche konzeptionelle Lücken der Verteidigungsunion im intergouvernementalen Bereich zu schließen, besteht bei alledem nicht; dabei müßte die Frage, ob derartige Lücken bestehen, ohnehin zunächst politisch beantwortet werden.

II. Noch einmal: Intergouvernementale und supranationale Unionspolitiken

Mit Blick auf ihre supranationalen Politiken geht jedenfalls die Kommission – in ihrem Weißbuch[74] – von einer politischen Bewertung aus, wonach die EU auf dem Weg zur Verteidigungsunion weitere Schritte zu gehen hat. Dem entspricht in der Praxis der EU seit dem 24. Februar 2022, dass das Maß der interpretatorischen Kreativität mit Blick auf die supranationalen Politiken deutlich stärker ausgeprägt ist als hinsichtlich der GSVP. Ob man hierin, bezogen auf den Begriff der Europäischen Verteidigungsunion, Anzeichen einer Akzentverschiebung vom Intergouvernementalen zum Supranationalen sehen möchte, dürfte vom Standpunkt des Betrachters abhängen. Unionsrechtlich zwingend wäre eine derartige Akzentverschiebung keineswegs, ausgeschlossen ist sie aber auch nicht.

Dieser im Bereich des supranationalen Handelns seit dem 24. Februar 2022 feststellbare Pragmatismus steht demjenigen im intergouvernementalen Bereich vor besagtem Wendepunkt in nichts nach. Zudem hat die EU seither bestimmte GSVP-Instrumente, vor allem die Europäische Friedensfazilität, parallel und komplementär zu den neuen supranationalen Initiativen erheblich dynamisiert. Ob sich hieraus dauerhafte Trends ergeben, die sich auf die Charakteristika einer Europäischen Verteidigungsunion auswirken, läßt sich eingedenk der – wie dargestellt – begrenzten politischen Quellenlage aber noch nicht mit hinreichender Sicherheit einschätzen. Gleichwohl lohnt angesichts des Bedeutungsgewinns der supranationalen Politiken für die Ausgestaltung des Wegs zur Europäischen Verteidigungsunion ein summarischer Blick auf die dafür relevanten Bestimmungen

74 Siehe oben Fn. 5.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des unionalen Primärrechts. Dies betrifft einerseits die hinter den jeweils relevanten Kompetenznormen stehenden Integrationsprogramme, andererseits die rechtliche Ausgestaltung der Schnittstelle.

Hinsichtlich der mit den jeweiligen Politiken verfolgten (sektoralen) Integrationsprogramme – im Sinne der Begriffsbildung des Bundesverfassungsgerichts – besteht trotz der gemeinsamen Ausgangsbasis, dem Ziel einer immer engeren Union (Art. 1 EUV), ein methodischer Unterschied zwischen den intergouvernementalen und den supranationalen Politiken. Der supranationale Binnenmarkt – der „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist" (Art. 26 Abs. 2 AEUV) – kann nämlich, aber nur gemäß den Bestimmungen der Verträge (!), auch Waren, Dienstleistungen und Kapital mit Verteidigungsbezug bzw. Verteidigungsrelevanz umfassen. Soweit industrie- und forschungspolitische Aktivitäten mit Verteidigungsbezug zur Verwirklichung bzw. zum Funktionieren des Binnenmarkts (Art. 26 Abs. 1 AEUV) beitragen, unterliegen auch sie dieser Finalität (arg. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV). Hier kann im Einzelfall eine Konkurrenz von supranationalen und intergouvernementalen Politikimpulsen entstehen. Allerdings enthalten die Bestimmungen über die GSVP – neben Selbstverpflichtungen der Mitgliedstaaten wie denjenigen zur Verbesserung ihrer militärischen Fähigkeiten (Art. 42 Abs. 3 EUV) und im Rahmen der PESCO (Art. 42 Abs. 6, 46 EUV) – eher Möglichkeiten zu gemeinsamem Handeln als eine Pflicht, unional zu handeln; die relevanten Kompetenzen der EU-Organe zielen auf die Unterstützung des gemeinsamen Handelns der Mitgliedstaaten, ohne dass unionalen Aktivitäten ein irgendwie gearteter rechtlicher Vorrang zukommen könnte.

Hieraus folgt zugleich, dass es im Bereich der GSVP keine auf ein rechtsverbindlich festgelegtes Ziel weisende Finalität gibt. Selbst die gemeinsame Verteidigung i.S.v. Art. 42 Abs. 2 EUV wäre nicht in einer supranationalen Weise „gemeinsam";[75] hieran ändert sich auch dann nichts, wenn man sie als vom höchsten Abstraktionsgrad der Finalität – „immer engere Union" – erfasst ansieht. Bereits hieraus folgt, dass eine Europäische Verteidigungsunion innerhalb des politischen, rechtlichen und institutionellen Rahmens der EU kein (rein) supranationales Konstrukt sein kann.

Eingedenk der dargestellten Unterschiede und angesichts der je nach Auslegung denkbaren Überlappungen insbesondere der Bestimmungen über Binnenmarkt sowie Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt des AEUV einerseits sowie der fähigkeits- und rüstungsbezogenen Bestimmungen des EUV andererseits bietet sich folglich einiges Potential für Fragen der Kompetenzabgrenzung. Insoweit sollte außer der Überlegung, ob und ggf. wie eine Anknüpfung an die hierfür

75 Im Ergebnis ebenso *v. Kielmansegg* (Fn. 40), Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entwickelte Titandioxid-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs[76] vor dem Hintergrund von Art. 4 Abs. 2 EUV überhaupt tunlich wäre, auch die konkrete Ausgestaltung der primärrechtlichen Mechanik für die Kohärenz der Unionspolitiken beachtet werden. Hierbei kann davon ausgegangen werden, dass die bedeutendste Schnittstellennorm zwischen intergouvernementalen und supranationalen Politiken mit Verteidigungsbezug in Art. 21 Abs. 3 EUV zu sehen sein dürfte.

Art. 4 Abs. 2 EUV ermöglicht sowohl eine Abgrenzung der kompetenziellen Sphären von EU und Mitgliedstaaten, wobei im Bereich der außen-, sicherheits- und verteidigungspolitischen Kompetenzsphäre der Mitgliedstaaten durch GASP und GSVP ein Raum für dauerhaft institutionalisiertes gemeinsames Handeln ohne Übertragung von Hoheitsrechten geschaffen wurde, als auch die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen souveränen verteidigungspolitischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten und deren Umsetzung beeinflussenden supranationalen Politikimpulsen.[77] Hervorhebung verdient insoweit, dass Art. 4 Abs. 2 EUV jedenfalls für die Bereiche der Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik falsch verstanden würde, wenn man seinen Regelungsgehalt darin sähe, eine – rechtstechnische – Ausnahme[78] von der Supranationalität festzulegen und insoweit eine unveränderte Anknüpfung an die Tradition der Titandioxid-Rechtsprechung zu ermöglichen. Die von Art. 4 Abs. 2 EUV geforderte Achtung der EU für „die jeweilige nationale Identität [der Mitgliedstaaten], die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt", schuldet auch der Europäische Gerichtshof, der infolgedessen gehalten ist, diese Achtung durchgängig in seiner Rechtsprechung demonstrieren. Das bedeutet – abgesehen von der Unvertretbarkeit willkürlicher Auslegung unionsrechtlicher Normen[79] – einerseits Beachtung sowohl der Grenzen

76 EuGH, Rs. C-300/89, *Titandioxid*, Urteil v. 11. Juni 1991, ECLI:EU:C:1991:244, Rn. 21 ff. zur Abgrenzung des Geltungsbereichs tatbestandlich überlappender Kompetenznormen. Eine dem Argumentationsgang nach gleiche Rechtsprechung wurde später für die Abgrenzung zwischen GASP/GSVP und supranationalen Politiken entwickelt (EuGH, Rs. C-91/05, *Bekämpfung der Verbreitung von leichten Waffen und Kleinwaffen*, Urteil v. 20. Mai 2008, ECLI:EU:C:2008:288, Rn. 76 f.); das für die Abgrenzung der Kompetenznormen maßgebliche Kriterium der Rolle des Europäischen Parlaments wurde später ausdrücklich aus der Titandioxid-Rechtsprechung auf diejenige zur Abgrenzung zwischen GASP/GSVP und supranationalen Politiken übertragen (insbesondere EuGH, Rs. C-263/14, *EU-Tansania-Abkommen (Pirateriebekämpfung)*, Urteil v. 14. Juni 2016, ECLI:EU:C:2016:435, Rn. 42 ff. und 68 ff.).

77 Der EuGH hat hierzu mit Blick auf die Geltung der EU-Arbeitszeitrichtlinie für Tätigkeiten bei den Streitkräften einen ersten Ansatz entwickelt. Siehe EuGH, Rs. C-742/19, *EU-Arbeitszeitrichtlinie*, Urteil v. 15. Juli 2021, ECLI:EU:C:2021:597 und dazu *Häußler*, in: v. Kielmannsegg et al. (Hrsg.), § 25 Handbuch Recht der Streikkräfte, Rn. 142 f.

78 Hierzu tendiert aber der EuGH, vgl. bspw. Rs. C-742/19, *EU-Arbeitszeitrichtlinie*, Urteil v. 15. Juli 2021, ECLI:EU:C:2021:597, Rn. 46 – wenngleich ohne ausdrückliche Bezeichnung des Art. 4 Abs. 2 EUV als Ausnahmevorschrift, sondern mit Beschränkung auf die Darstellung der Wirkungen dieser Norm (ähnlich auch a.a.O., Rn. 34, 51, 77 und 80).

79 BVerfG, Urteil v. 5. Mai 2020 – 2 BvR 859/15 et al. – Rn. 112 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seiner Jurisdiktionskompetenzen[80] als auch der Übertragung von Hoheitsrechten,[81] andererseits Zurückhaltung bei der Auslegung der einzelnen kompetenzbegründenden Normen des unionalen Primärrechts einschließlich ihrer Abgrenzung untereinander[82] – d.h. die Wahrung der Verhältnismäßigkeit auch mit Blick auf die tatsächlichen Wirkungen der Nutzung solcher Normen im Einzelfall.[83] So, wie die Kommission in den Bereichen der Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik nicht Motor der Integration ist, kann dem EuGH daher insoweit nicht die sonst ausgeübte Rolle als Hilfsmotor zufallen.[84]

Art. 21 Abs. 3 EUV setzt den konkreten Rahmen für die Herstellung der Kohärenz aller Unionspolitiken und regelt die in diesem Zusammenhang erforderlichen Maßgaben für das Zusammenwirken der Unionsorgane bei der Nutzung ihrer jeweiligen Kompetenzen. Hier könnte man vielleicht noch versucht sein, die Abfolge – „Kohärenz zwischen den einzelnen Bereichen [des] auswärtigen Handelns sowie zwischen diesen und [den] übrigen Politikbereichen" – lediglich als nicht normativ geprägte Aufzählung anzusehen. Der weitere Regelungskontext zeigt aber, dass diese Abfolge durchaus normativ konstruiert ist. Den Ausgangspunkt für die „Kohärenzerzeugung" bilden Festlegungen (Art. 15 Abs. 1 EUV: Impulse, allgemeine politische Zielvorstellungen und Prioritäten) des Europäischen Rats über die strategischen Interessen und Ziele der EU, die sich auf die GASP/GSVP und andere Bereich des auswärtigen Handelns erstrecken (Art. 22 Abs. 1 EUV), wobei die ge-

80 Unklar ist das Verhältnis des EuGH zu den Grenzen seiner Jurisdiktionskompetenz möglicherweise im Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014 zum EMRK-Beitritt. Man kann in der Andeutung des EuGH, „die Tragweite der Beschränkungen seiner Zuständigkeit, die sich für den Bereich der GASP aus den genannten [primärrechtlichen] Bestimmungen ergeben, (…) präzisieren" zu wollen (Rn. 251), jedenfalls im Verein mit der Kritik daran, dass dieser Beschränkung seiner Jurisdiktionskompetenz im Fall eines EMRK-Beitritts darauf hinausliefe, „die gerichtliche Kontrolle der genannten Handlungen, Aktionen oder Unterlassungen der Union, wenn auch beschränkt auf die Beachtung der durch die EMRK gewährleisteten Rechte, ausschließlich einem unionsexternen Organ anzuvertrauen" (Rn. 255), nicht nur eine Missfallenbekundung sehen. Über die Missfallensbekundung hinausgehend schafft der EuGH hier nämlich ein rechtspolitisches Dilemma, weil er im Ergebnis als Voraussetzung für den EMRK-Beitritt fordert, für alle diejenigen Fälle eine Zuständigkeit zu bekommen, für welche der EGMR seinerseits eine Zuständigkeit hätte – was sich realistischerweise nur durch teilweise oder vollständige Änderung von Art. 24 Abs. 1 Uabs. 2, Art. 40 EUV und Art. 275 Abs. 2 AEUV – also einer Beseitigung der von den Mitgliedstaaten als Herren der Verträge festgelegten Grenzen der Jurisdiktionskompetenz – verwirklichen ließe.

81 Vgl. BVerfG, Urteil v. 5. Mai 2020 – 2 BvR 859/15 et al., Rn. 114 f.

82 Zur hierauf bezogenen Schnittstellenfunktion des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung BVerfG, Urteil v. 5. Mai 2020 – 2 BvR 859/15 et al., Rn. 142.

83 Dazu BVerfG, Urteil v. 5. Mai 2020 – 2 BvR 859/15 et al., Rn. 119 und 123 ff. unter Bezugnahme auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV.

84 Ähnlich *Stein* (Fn. 25), S. 657 f. Man könnte weitergehend sogar überlegen, ob das BVerfG in seinem Urteil v. 5. Mai 2020 – 2 BvR 859/15 et al. die Titandioxid-Rechtsprechung des EuGH (vgl. oben Text bei und Fn. 74) zumindest teilweise eingehegt hat, nämlich soweit sie auch auf die Kompetenzabgrenzungsregeln des EUV – mit nachteiligen Wirkungen für die effektive Wahrung des Bestands der Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten – erstreckt wurde. Dies zu untersuchen, würde indes den Umfang des vorliegenden Beitrags sprengen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nauen Methoden in Art. 25 EUV festgelegt sind und das Verfahren – Beschlüsse des Europäischen Rats über Ziele und allgemeine Leitlinien (Art 26 Abs. 1 EUV) und ausgestaltende Beschlüsse des Rats (Art. 26 Abs. 2, 28 Abs. 1, 29, 43 Abs. 2 EUV), Durchführung durch den Hohen Vertreter und die Mitgliedstaaten (Art. 26 Abs. 3, 27 Abs. 2, 28 Abs. 2 bis 5, 32, 34, 35, 43 Abs. 1, 44, 45, 46 EUV) – sowie andere relevante Aspekte (z.B. Quorum, unionale Vertragsschlußkompetenz) detailliert geregelt sind. Angesichts der Detailtiefe und -genauigkeit dieser Regelungen ist davon auszugehen, dass auch ausdrücklich festgeschrieben worden wäre, wenn das Kohärenzerfordernis eine Orientierung des auswärtigen Handelns an den übrigen Politikbereichen sowie innerhalb des auswärtigen Handelns eine Orientierung von GASP und GSVP an dessen supranationalen Elementen gefordert wäre. Infolgedessen gilt bereits aus systematischen Erwägungen der Umkehrschluß, der sich auch bei teleologischer Auslegung – zumal unter Berücksichtigung der Betonung des kooperativen Charakters der GASP/GSVP (z.B. Art 26 Abs. 3 Uabs. 2 EUV) – nicht vermeiden lässt.

D. Fazit

Man kann, das zeigt die vorstehende Auseinandersetzung mit den wichtigsten der für die Verteidigungsunion relevanten Regeln in EUV und AEUV, unbeschadet der (unbeantwortet gebliebenen) Frage nach der genauen Eigenart von GSVP, gemeinsamer Verteidigungspolitik oder gemeinsamer Verteidigung einschließlich des Beistands im Sinne von Art. 42 Abs. 7 EUV durchaus konstatieren, dass die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen es nicht nur nicht verhindern, sondern durchaus nahelegen, innerhalb des politischen, rechtlichen und institutionellen Rahmens der EU eine Verteidigungsunion zu etablieren. Allerdings, das lässt sich anhand des bisher zurückgelegten Wegs zu dieser Verteidigungsunion feststellen, werden entsprechende Bemühungen nur bei sachgerechtem Erwartungsmanagement zum – noch präziser zu konturierenden – Ziel führen. Zu diesem Erwartungsmanagement gehört, anzuerkennen, dass das Unionsrecht einen zwar komplizierten, bei gutem Willen aller beteiligten Akteure aber dennoch handhabbaren Rahmen setzt, innerhalb dessen sich eine Verteidigungsunion verwirklichen lässt: wenn der Europäische Rat dies zum Inhalt seiner Festlegungen über die strategischen Interessen und Ziele der EU macht und die sich daraus ergebenden politischen und rechtlichen (d.h. durch unionale Rechtsetzung mit und ohne Gesetzgebungscharakter zu verwirklichenden) Erfordernisse an die Kohärenzerzeugung von allen Unionsorganen (Art. 13 Abs. 1 EUV) loyal (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EUV) und unter nicht nur deklaratorischer Achtung der nationalen Identität und Souveränität der Mitgliedstaaten umgesetzt werden.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bibliographie

GOLLER, CHRISTOPH; AWARA, NADIM, *Das Ramstein-Urteil des BVerfG: Extraterritoriale Schutzpflichten mit Hürden und Offenheit für bewaffnete Drohneneinsätze – Karlsruher Leitplanken für die Drohnenkriegführung*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht, 2026, Jg. 68(1), S. 16–28

HÄUßLER, ULF, *Buchbesprechung: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Jürgen Meyer & Sven Hölscheidt (Hrsg.)*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht, 2020, Jg. 62(6), S. 256–261

HÄUßLER, ULF, *Gemeinsame Erklärung der Regierungen der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland zur Stationierung weitreichender Waffensysteme in Deutschland vom 10.7.2024*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht, 2024, Jg. 66(6), S. 376–385.

HÄUßLER, ULF, *§ 25 „Internationale Rüstungskooperation",* in: Graf von Kielmansegg, Sebastian et al. (Hrsg.), Handbuch Recht der Streitkräfte, 1. Auflage, München, 2025, S. 721–758

KIELMANNSEGG, SEBASTIAN GRAF VON, *§ 14 „Einbindung in die Europäische Union"*, in: Graf von Kielmansegg, Sebastian et al. (Hrsg), Handbuch Recht der Streitkräfte, 1. Auflage, München, 2025, S. 317–346

SCHMIDT-RADEFELDT, ROMAN, *§ 17 „Die materiellrechtliche Zulässigkeit von Inlandseinsätzen der Bundeswehr"*, in: Graf von Kielmansegg, Sebastian et al. (Hrsg), Handbuch Recht der Streitkräfte, 1. Auflage, München, 2025, S. 387–403

SCHMIDT-RADEFELDT, ROMAN, *§ 20 „Im Einsatz anwendbares Recht"*, in: Graf von Kielmansegg, Sebastian et al. (Hrsg), Handbuch Recht der Streitkräfte, 1. Auflage, München, 2025, S. 465–544

STEIN, TORSTEN, *Rechtsformen multinationaler Verbände*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht, 1998, Jg. 40(4), S. 143–151

STEIN, TORSTEN, *Coalition Warfare and Differing Legal Obligations of Coalition Members Under International Humanitarian Law*, in: Wall, Andru E. (Hrsg.), Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign, International Law Studies, 2002, Vol. 78, S. 315–337

STEIN, TORSTEN, *Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik – Realität oder Chimäre?,* in: Reiter, Erich, (Hrsg.), Jahrbuch für internationale Sicherheitspolitik, Bd. 2, Hamburg, 2002, S. 55–73

STEIN, TORSTEN, *Zur International-strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Befehlshabers einer multi-nationalen Streitmacht*, in: Frowein, Jochen Abr. et al. (Hrsg.), Verhandeln für den Frieden – Negotiating for Peace: Liber amicorum Tono Eitel, Berlin, 2003, S. 449–462

STEIN, TORSTEN, *ESVP und NATO – Abhängigkeit oder Autonomie?,* in: Meier-Walser, Reinhard C., Gemeinsam sicher?, 2004, S. 231–248

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

STEIN, TORSTEN, *Schlussbemerkung: zur Zukunft der Staatsaufgabe „(Äußere) Sicherheit“,* in: Calliess, Christian (Hrsg.), Äußere Sicherheit im Wandel – Neue Herausforderungen an eine alte Staatsaufgabe, 1. Auflage, Baden-Baden, 2005, S. 205–211

STEIN, TORSTEN, *Sicherheits- und Verteidigungspolitik nach der geplanten EU-Verfassung – nur virtuell?,* in: Hofmann, Rainer; Zimmermann, Andreas; Heinz, Ursula E. (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa – Die Rechtsordnung der Europäischen Union unter dem Verfassungsvertrag, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales recht and der Universität Kiel, Band 154, 2005, S. 179–197

STEIN, TOPRSTEN, *European and German Security Policy and International Terrorism*, in: McK. Sparks, Thomas; Sulmasy, Glenn M. (Hrsg.), International Law Challenges: Homeland Security and Combating Terrorism, International Law Studies, 2006, Vol. 81, S. 31–51

STEIN, TORSTEN, *Collateral Damage, Proportionality and Individual International Criminal Responsibility*, in: Heintschel v. Heinegg, Wolff; Epping, Volker (Hrsg.), International Humanitarian Law Facing New Challenges, Symposium in Honour of Knut Ipsen, Berlin/Heidelberg/New York, 2007, S. 157–161

STEIN, TORSTEN, *Militärische Operationen der Europäischen Union*, in: Klein, Eckart et al. (Hrsg.), Rechtsstaatliche Ordnung Europas: Gedächtnisschrift für Albert Bleckmann, Köln, 1. Auflage, 2007, S. 389–401

STEIN, TORSTEN, *Centralized or Decentralized Enforcement of International Law?,* in: Koufa, Kalliopi (Hrsg.), International Law Enforcement – New Tendencies, Athen, 2010, S. 109–162

STEIN, TORSTEN, *The Relations between EU Law and International Law,* in: de Castro, Paulo Nelas (Hrsg.), The European Union at 50: Assessing the Past, Looking Ahead, Macau, 2010, S. 293–303

STEIN, TORSTEN, *International Law and International Cooperation and Integration in the German Basic Law*, in: Bröhmer, Jürgen (Hrsg.), The German Constitution turns 60: Basic Law and Commonwealth Constitution, German and Australian perspectives, Berlin, 2011, S. 89–101

STEIN, TORSTEN, *Wann ist es Krieg?,* in: Wittinger, Michaela; Wendt, Rudolf; Ress, Georg (Hrsg.), Verfassung – Völkerrecht – Kulturgüterschutz, Festschrift für Wiefried Fiedler, Berlin, 2011 S. 691–703

STEIN, TORSTEN, *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK im Hinblick auf mögliche Konsequenzen für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik*, in: Breuer, Marken et al. (Hrsg.), Der Staat im Recht, Festschrift für Eckart Klein, Berlin, 2013, S. 655–669

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

STEIN, TORSTEN, *National Constitutional Policy Reservations with Respect to Internal Policy*, in: Giegerich, Thomas (Hrsg.), The EU between "an ever closer union" and inalienable policy domains of Member States, Baden-Baden, 2014, S. 201–246

STEIN, TORSTEN, „In Vielfalt geeint" im Europäischen Grundrechtsschutz?, in: Jochum, Heike et al. (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Eigentum – öffentliche Finanzen und Abgaben, Festschrift für Rudolf Wendt, Berlin, 2015, S. 1313–1330

SCHEIDT, SOPHIE, *Zur Rechtsprechung: Unterrichtungspflichten der Bundesregierung im Rahmen der GASP und GSVP,* Neue Zeitschrift für Wehrrecht, 2023, Jg. 65(4), S. 200–212

© Ulf Häußler

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Who Pays the Piper calls the Tune? The implementation of the Union budget in the Institutional Framework of the European Union

Frederik Behre and Bernd Martenczuk*

Contents

A. Introduction 230
B. The responsibility of the European Commission for the implementation of the Union budget 232
I. Article 17(1), fourth sentence, TEU 233
II. Article 317(1) TFEU 234
III. The Implementation of the Union budget in the Financial Regulation 236
1. Management modes for budget implementation (Article 62 Financial Regulation) 236
2. Direct Management through Executive Agencies 238
IV. Conclusions on the EU legal framework for EU budget implementation 239
C. The implementation of the Union budget and the powers of the European Parliament and the Council 240
I. Budget implementation and the powers of the budgetary authority 240
II. Budget implementation and the powers of the legislator 242
III. Budget implementation vs. delegated and implementing powers 244
1. Delegated acts 244
2. Implementing powers 245
IV. Interim conclusion on the legal framework underpinning budget implementation 250

* Dr. Frederik Behre is Legal Administrator at the Legal Department of the European Medicines Agency, Amsterdam (Netherlands), and worked previously as member of the Legal Service of the European Commission. The views expressed in this article are the personal views of the author(s) and may not be understood or quoted as being made on behalf of or reflecting the position of the European Medicines Agency or one of its committees or working parties, or of the European Commission. Email: frederik.behre@ema.europa.eu. Dr. jur Bernd Martenczuk MPA (Harvard) is Principal Legal Adviser in the Legal Service of the European Commission, Brussels (Belgium). The article reflects the personal opinion of the author which does not necessarily coincide with the position of the European Commission. The authors would like to thank Paolo Stancanelli, Jean-Paul Keppenne, Jan Hradil, Ekaterina Stamate, Leo Mantl, Carlo Biz, and Muriel Heller for useful comments and suggestions. All errors and omissions remain those of the authors. Email: Bernd.Martenczuk@ec.europa.eu.

 DOI: 10.5771/1435-439X-2026-2-228

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

D. Specific cases of budget implementation: the practice under the current MFF (2021-2027) 251
I. Budget implementation in the broad sense: Work Programmes 251
1. Commission Implementing Decision with comitology: Horizon Europe 252
2. Commission Implementing Decision without comitology: the example of cohesion policy and agriculture 255
3. Examples of Council Implementing Acts for budget implementation in the broad sense 255
a) SURE Regulation 256
b) RRF Regulation 256
c) Ukraine Facility Regulation 257
d) Western Balkans Facility Regulation 257
e) SAFE Regulation 258
f) Conclusion on SURE, the RRF, Ukraine Facility, Western Balkans Facility and SAFE Regulation 258
II. Budget implementation in the narrow sense, notably disbursement decisions 259
III. General and programme-specific conditionalities 261
IV. Conclusions on the practical examples 264
E. Budget implementation in the future MFF (2028-34) 265
I. The structure of the new basic acts: Consolidation and simplification 266
II. Budget implementation in the future MFF 269
F. Conclusion 270

Abstract

The EU budget is an important tool for the attainment of the Union's political and constitutional priorities. Despite its political significance, EU primary law sets only high-level principles as to the responsibilities for executing and implementing the Union budget.

Against this background, this article provides a thorough analysis of the legal-constitutional principles guiding the budget implementation as set by the EU Treaties. Specifically, the article considers the European Commission's responsibility under the current legal framework for implementing the Union budget. It, furthermore, distinguishes this responsibility from the respective role of the European Parliament and the Council as budgetary and legislative authority, and it legally qualifies typical practical cases of budget implementation.

While the legislator enjoys certain leeway when defining what constitutes budget implementation in the context of a concrete legislative (basic) act, the article shows that there is a hard core of budget implementation which should remain reserved to the Commission. By combining the analysis of the legal framework with its prac-

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

tical implementation, this article contributes to establishing a clearer understanding of the role of the respective institutions in the implementation of the Union budget as well as of the primary law requirements for budget implementation.

Keywords: EU budget, budget implementation, Financial Regulation, European Commission, budgetary authority, legislative acts, delegated acts, implementing acts, Multi-Annual Financial Framework (MFF)

A. Introduction

In the European Union, the Union budget has always been an important tool for the attainment of the Union's political priorities. From the common agricultural policy, through cohesion policy and structural funds to the multitude of spending programmes supporting other sectoral policies of the Union, the Union's budget contributes to and supports the attainment of the Union's objectives.

Arguably, the importance of the Union budget has grown in recent years. For most of the recent challenges facing the EU, the Union's budget has been an important part of the policy answer. This has been, for example, the case following the COVID-19 pandemic, which led to the adoption of Next Generation Europe (NGEU). For the first time in history, the EU was empowered through NGEU to issue bonds on a large scale to provide support to the recovery of Member States' economies following this pandemic. Furthermore, the Union budget in general, and also NGEU in particular, both contribute to the twin challenge of the digital and green transition within the EU. Moreover, the Union budget also played a key role following the 2022 invasion of Ukraine by Russia, which resulted in the adoption of several new budgetary instruments to support the Union's defence technological and industrial base.

These cumulative trends mean that the choices in the design and implementation of the Union budget are not merely technical, but may sometimes translate highly political and sensitive choices through the process of budget implementation into concrete actions. In addition, there are cross-cutting issues affecting the implementation of the Union budget, such as for example the respect for the rule of law,[1] which condition the implementation of the Union's budget and add to the sensitivity of the corresponding decisions.

Although still relatively small when compared to the overall public spending of Member States, the political importance of the Union's budget is not likely to decrease in future years. In its communication on the "Road to the next Multiannual Financial Framework", the European Commission underscored that the Union's budget stood at the "centre of Union policy action", while listing the significant

1 Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, OJ L 433I of 22 December 2020, p. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

policy changes ahead for the next multiannual financial framework (MFF).[2] At the same time, when presenting its proposals for the next MFF 2028-2034, the European Commission has stressed the need for a budget that is simpler, more flexible and more strategic. In particular, the Commission emphasised the need for a "more agile budget, better equipped for both the knowns – and the unknowns".[3]

Despite the political significance of the Union's budget in the toolbox of the Union, primary law only sets relatively high-level principles as to the responsibilities for executing the Union budget. Article 314 TFEU establishes the procedure for the establishment of the Union's budget, which is the task of the European Parliament and the Council acting as budgetary authority on the basis of proposals from the Commission. Article 310 (3) TFEU clarifies that the implementation of the Union budget in principle requires the prior adoption of a legally binding Union act, most often a legislative act. At the same time, the EU Treaties also clarify that it is the task of the Commission, where appropriate in cooperation with the Member States, to execute the budget and manage programmes (Article 17(1) TEU, Article 317 TFEU). However, the precise dividing line between the legislative and the budgetary authority, on the one hand, and budget implementation, on the other, is not further clarified in primary law. The Court of Justice, for its part, had only few occasions to clarify the responsibilities of the institutions in this area, and legal academic scholarship on the question remains equally sparse.[4]

Given the rather high-level primary law framework, the detailed rules governing the procedural steps to be taken and choices to be made in the implementation of the Union's budget therefore remain to be set out in secondary law. In light of the general sensitivity and policy-interest of the Union budget, it is thus not surprising that the responsibilities of the Commission and the other institutions for the implementation of the Union budget are often the subject of discussions in the legislative process. In these discussions, the various powers of the institutions – the budgetary authority, the legislative authority including the role of Parliament and Council in the adoption of delegated and implementing acts, and the budget implementation power of the Commission – need to be reconciled and brought into balance. Given the size of the budget, the delegation of budget implementation tasks to other actors such as agencies also comes into play. This often leads to complex and controversial discussions, and the practical solutions found are not always coherent. It is not unlikely that this will again be the case in the context of the negotiations for the next MFF.

2 *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions –The road to the next multiannual financial framework, COM(2025) 46 final.

3 *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A dynamic EU Budget for the priorities of the future – The Multiannual Financial Framework 2028-2034, COM(2025) 570 final, pp. 1–2.

4 Cf. *Kilpatrick*, CMLR 2024/3, pp. 623–654.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

It is against this background that the present article aims to clarify, from a legal point of view, the guiding principles governing the implementation of the Union's budget[5] under the Treaties. For this purpose, the article first analyses the responsibility of the European Commission for the implementation of the Union budget as defined in the Treaties and describe how the Commission discharges this responsibility under the current legislative framework (B.). It then considers the role of the European Parliament and the Council as the budgetary and legislative authority, and the constraints resulting from that for the Commission (C.). On this basis, the article considers some typical cases of decisions to be taken in the implementation of the Union budget in the context of the current MFF and examines how they should be assessed and qualified from the legal point of view (D.). Finally, the article will take a first look at how these questions have been addressed in the proposals of the Commission for the next MFF (E.). By combining the analysis of the legal framework with its practical implementation in the context of the present (and future) MFF, this article contributes to establishing a clearer understanding of the role of the respective institutions in the implementation of the Union budget as well as of the primary law requirements for budget implementation.

B. The responsibility of the European Commission for the implementation of the Union budget

The EU Treaties establish the prerogatives of the Commission to implement the EU budget. Specifically, these prerogatives are enshrined in Article 17(1), fourth sentence, TEU as well as Article 317(1) TFEU. The primary law framework is complemented by secondary law, most prominently the rules laid down in the EU Financial Regulation, which were adopted by the Union legislator based on Article 322(1) TFEU and which must be respected when implementing the EU budget as explicitly highlighted in Article 317(1), first sentence, TFEU. This secondary law framework provides further details on how the Union budget is to be implemented without, however, altering the core parameters established by primary law, including the Commission's prerogatives.

The subsequent analysis provides an outline of the combined EU primary and secondary law framework applicable to the implementation of the Union budget. In a first step, the primary law provisions are considered (B.I. and B.II.) before

5 The Union budget is hereunder understood as the general budget of the European Union and of Euratom as referred to in Art. 1 of the Financial Regulation (Regulation (EU, Euratom) 2024/2509 on the financial rules applicable to the general budget of the Union (recast), OJ L 2024/2509 of 26 September 2024). It does not include off-budget funds such as the European Peace Facility (Council Decision (CFSP) 2021/509 establishing a European Peace Facility, and repealing Decision (CFSP) 2015/528, OJ L 102 of 24 March 2021, p. 14), which are implemented according to their own financial rules. It does by contrast cover the implementation of appropriations relating to the NGEU funds, which, although not voted by the budgetary authority, are implemented in accordance with the Financial Regulation.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

then examining the EU Financial Regulation, including specifically the different management modes employed for implementing the Union budget (B.III.).

I. Article 17(1), fourth sentence, TEU

Article 17(1), fourth sentence, TEU establishes that the Commission "shall execute the budget and manage programmes." The TEU determines thus, in a rather abstract and general manner, the Commission's prerogatives in relation to implementing the Union budget. An initial reading of Article 17(1), fourth sentence, TEU reveals that the provision only identifies the prerogatives as such – notably the *execution* of the Union budget as well as the *management* of Union programmes, which entails the management of financial resources that are made available for the achievement of specific Union objectives – without adding any details as to *how* the Commission is to carry out its budget implementation prerogatives.

Importantly, the *execution* of the budget must be distinguished from the "budgetary functions" conferred upon the European Parliament (Article 14(1) TEU) and the Council (Article 16(1) TEU).[6] Hence, the European Commission is tasked with executing the (annual) budget, as previously adopted by the budgetary authority or, exceptionally, following the system of provisional twelfths.[7] It should be already noted at this point that the execution of the budget does not only depend on the appropriations made available according to the budgetary procedure (cf. Article 314 TFEU), but it also depends on the substantive (legislative) framework adopted by the legislator, referred to as *basic acts*.[8] Simply put, the execution of the budget entails the committing of available appropriations according to the objectives and rules established by a specific legal act, such as a regulation.[9] The current MFF in this context is composed of more than 40 funding programmes established by separate basic acts.[10]

Considering the broader context of Article 17(1), fourth sentence, TEU, it should be emphasised that Article 17(1), first sentence, TEU establishes the Commission's responsibility to "promote the general interest of the Union". This commitment to the Union's general interest must, necessarily, cover the exercise of the subsequently listed institutional prerogatives, including the execution of the Union budget. Hence, the Commission must pursue the overall objectives and aims of the Union as a whole when deciding on the best way for implementing the budget. The obvious intention of the Treaty legislator for assigning the budget implementation

6 For the budgetary process, cf: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/budget/how-eu-budget-adopted_en (5/2/2026).
7 Cf. Art. 315 TFEU.
8 Cf. Art. 2, point (4), of the Financial Regulation and in more detail Section CII below.
9 Cf. *Digital Europe Programme* set up by Regulation (EU) 2021/694 establishing the Digital Europe Programme and repealing Decision (EU) 2015/2240, OJ L 166 of 11 May 2021, p. 1. For further examples, cf. section D below.
10 For a list of the current funding programmes, cf: https://commission.europa.eu/funding-tenders/find-funding/eu-funding-programmes_en (5/2/2026).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prerogatives to the Commission was to prevent that specific institutional interests would impact the choice of what concrete projects receive Union funding. Instead, the determination of general objectives – at the level of the *basic act* as established by the Union legislator – is, in principle, separate from the concrete spending decisions – which are taken by the Commission when implementing the Union budget – to ensure sound financial management and the most efficient use of the available appropriations to achieve the general Union (policy) objectives defined by the EU Treaties.

II. Article 317(1) TFEU

Article 17(1), fourth sentence, TEU is complemented by Article 317(1) TFEU, which contains further detail on *how* the Commission is to implement the Union budget. Article 317(1) TFEU states:

> "The Commission shall implement the budget in cooperation with the Member States, in accordance with the provisions of the regulations made pursuant to Article 322, on its own responsibility and within the limits of the appropriations, having regard to the principles of sound financial management. Member States shall cooperate with the Commission to ensure that the appropriations are used in accordance with the principles of sound financial management."

Article 317(1) TFEU underscores the importance of Member States' involvement in the implementation of the Union budget, notably through shared management; it further highlights the central importance of the Financial Regulation, as an instrument adopted on the basis of Article 322(1) TFEU, which contains specific rules on budget implementation; it establishes the Commission's independence in implementing the budget ("on its own responsibility") as well as the adherence to the spending margins set by the budget authority and the principles of sound financial management, which in turn are spelled out in greater detail in the Financial Regulation. Hence, it can be argued that Article 317 TFEU further defines the Commission's prerogatives concerning the implementation of the Union budget, as established by Article 17(1), fourth sentence, TEU.

Historically speaking, Article 205 TEC, as introduced by the Treaty of Rome, established: "The Commission shall, in accordance with the provisions of the regulations adopted pursuant to Article 209, implement the budget on its own responsibility and within the limits of the appropriations made." Subsequently, the Treaty of Maastricht added that budget implementation must occur according to the "principles of sound financial management".[11] The Treaty of Amsterdam then added a second sentence to Article 205(1) TEC:[12] "Member States shall cooperate with the Commission to ensure that the appropriations are used in accordance

11 Cf. Art. G, point 73, of the EU-Treaty (Maastricht).
12 The Treaty of Amsterdam also re-numbered Art. 205 TEC to Art. 274 TEC.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

with the principles of sound financial management."[13] Finally, the Treaty of Lisbon introduced a reference to the Commission's responsibility *to cooperate with the Member States* when implementing the Union budget into the first sentence of Article 317(1) TFEU.

Systematically speaking, Article 317 TFEU is under Chapter 4 concerning the implementation of the budget and discharge, which is integrated into Title II titled *Financial Provisions*. It should be noted that Title II is structured in an almost *chronological order* concerning the overall lifecycle of the Union budget. Chapter 1 contains provisions on own resources, Chapter 2 then contains detailed rules on the MFF, Chapter 3 concerns the annual budget, Chapter 4 the implementation of the budget (and the discharge), Chapter 5 provides common rules, and Chapter 6 contains specific rules on combating fraud. From a structural, systematic perspective, it becomes apparent that the implementation of the Union budget by the Commission is dependent on the *establishment* of the budget in the first place, which includes the creation of revenue (= own resources), an overarching multi-annual budgetary planning (MFF) and the adoption of the annual budget. Based on this framework, the Commission can then implement the budget for which it bears accountability to the European Parliament (and the Council). Notably, and following Article 319(1), first sentence, TFEU, the European Parliament, acting on a recommendation from the Council, must grant (annual) discharge concerning the implementation of the budget. At the same time, it should be recalled that both the MFF and the annual budget are based on Commission proposals, which illustrates that the Commission is not merely executing what has been decided by the European Parliament and the Council, but it is actively involved in the different stages of the budget lifecycle.

Importantly, it is the Commission that must be granted discharge by the European Parliament pursuant to Article 319(1), first sentence, TFEU in respect of the implementation of the entire budget – and not, for example, the Member States that implement most of the Union budget through shared management. This underscores the single overall responsibility of the Commission for the implementation of the budget, as expressed in Article 317(1) TFEU. While different management modes can be used for the implementation of the budget, and thus the concrete *actor* and *level* implementing the budget can differ, it is generally the Commission's task to initiate the process of budget implementation by adopting *financing decisions* (cf. for example Article 110 Financial Regulation). Through these *financing decisions* the specific framework for and details on the implementation of the budget will be set-out – in line with legislative requirements and the available appropriations, as determined by the annual budget. These financing decisions also serve as basis for reserving corresponding appropriations in the budget, based on which concrete legal commitments can then be made.

13 Cf. Art. 2, point 50, Treaty of Amsterdam.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. The Implementation of the Union budget in the Financial Regulation

The Financial Regulation provides detailed rules on the implementation of the Union budget. It is based on Article 322(1) TFEU and binds the Commission in the exercise of its prerogatives as explicitly underscored by Article 317(1) TFEU.

Article 2(7) of the Financial Regulation defines, at legislative level, budget implementation as "the carrying out of activities relating to the management, monitoring, control and auditing of budget appropriations". Article 2(7) Financial Regulation further specifies that these activities must be carried out in accordance with the methods of budget implementation provided for in Article 62 Financial Regulation, which are considered in the following sub-sections.[14]

1. Management modes for budget implementation (Article 62 Financial Regulation)

Article 62 Financial Regulation lists three different management modes applicable to budget implementation: *direct, shared* and *indirect* management. At the outset it should be highlighted that Article 62(1) Financial Regulation specifies that the *Commission* must implement the budget following one of the three management modes. Therefore, the specific management mode chosen does not affect the Commission prerogatives under Articles 17 TEU and 317 TFEU.

The Commission can implement the budget *directly* itself (Article 62(1), first subparagraph point (a), Financial Regulation), notably through its own departments, including Union delegations, and EU executive agencies, which are specifically set up for this task. Under direct management, it is thus the Commission itself that performs the necessary operations for implementing the budget.

Furthermore, the Commission can also implement the budget through *shared management* with the Member States (Article 62(1), first subparagraph point (b), Financial Regulation). Following this management mode, the Commission relies on the Member States to implement the Union budget. This is the management mode for example in the context of certain parts of cohesion policy or the common

14 Pursuant to Art. 59(1) Financial Regulation, the Commission is to confer to the Union institutions the required powers for implementing their respective parts of the Union budget, cf. *Inghelram*, in: Kuijper/Amtenbrink/Curtin/De Witte/McDonnell/Van den Bogaert (eds.), p. 335. This only concerns appropriations in relation to their administrative autonomy (Art. 58(2), point (e), Financial Regulation) and does not cover operative (programme) appropriations, which fall under the Commission's responsibility. The following considerations relate specifically to the latter category of expenditure.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

agricultural policy (CAP).[15] The Commission retains the final responsibility and must thus ensure that efficient EU controls are in place that guarantee Member States' compliance with the applicable EU rules, including the principles of sound financial management.

A peculiar and somewhat hybrid case is that of the Recovery and Resilience Facility (RRF). This facility, although serving also cohesion objectives, is implemented in direct management, but with Member States acting as the beneficiaries, and carrying much of the responsibility in the context of a performance-based implementation model.[16] Essentially the same model was also chosen for the implementation of the Social Climate Fund.[17]

Finally, and if provided for by the basic act, the Commission can also implement the budget *indirectly* (Article 62(1), first subparagraph point (c), Financial Regulation) and thereby entrust specific budget implementation tasks to, for example, EU decentralized agencies, third countries or an international organisation. As certain budget implementation tasks are delegated, the actors implementing on behalf of the Commission must comply with specific rules such as the avoidance of conflicts of interests, as well as compliance with transparency standards and requirements for effective internal controls. To that end, the Commission may require an (ex-ante) *pillar assessment*, which certifies that the actor complies with the requirements under the Financial Regulation (cf. Article 157 thereof).

Within the limits provided for by the basic act, the choice *for* a specific management mode is set out in the *financing decision*, as required by Article 110(2), second subparagraph point (c), Financial Regulation. Considering operational expenditure not implemented through *shared management*, the Commission will adopt such financing decision and determine whether the budget will be implemented directly or indirectly.

In relation to shared management, the Commission relies on the Member States to implement certain policies according to specific budget-allocation rules laid down by the legislator. For example, agricultural expenditure in the Member States is the task of the respective national bodies, working in accordance with rules established at EU level. For the Structural Funds[18] the European Parliament and

15 For cohesion, cf. Art. 7(1) Regulation (EU) 2021/1060 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund Plus, the Cohesion Fund, the Just Transition Fund and the European Maritime, Fisheries and Aquaculture Fund and financial rules for those and for the Asylum, Migration and Integration Fund, the Internal Security Fund and the Instrument for Financial Support for Border Management and Visa Policy (Common Provisions Regulation), OJ L 231 of 30 June 2021, p. 159; for agriculture (namely the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) and the European Agricultural Guarantee Fund (EAGF)), cf. Arts. 5(1) and (2), as well as Art. 6 Regulation (EU) 2021/2116 on the financing, management and monitoring of the common agricultural policy, OJ L 435 of 6 December 2021, p. 187.

16 Arts. 8 and 22(1) Regulation (EU) 2021/241 establishing the Recovery and Resilience Facility, OJ L 57 of 18 February 2021, p. 17. Cf. *Mantl/Tritz*, EuZW 2021/23, pp. 1022 f.

17 Arts. 11 and 21(1) Regulation (EU) 2023/955 establishing a Social Climate Fund and amending Regulation (EU) 2021/1060, OJ L 130 of 16 May 2023, p. 1.

18 Cf. Art. 175(1) TFEU.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

the Council decide on the total amounts to be paid and the conditions of implementation. Member State administrations then choose which projects to finance and take responsibility for day-to-day management. Working together with the Member States, the Commission ensures that EU funds are correctly spent. Importantly, as the Commission bears the ultimate responsibility (cf. Article 317(1) TFEU), it is essential that the Commission ensures that the Member States put in place strong and efficient controls.[19]

As apparent from the different *management modes* available, the Commission is involved to a varying degree in the day-to-day management of EU funding and it may, in fact, rely on national, EU or international actors to implement (parts) of the EU budget. Nevertheless, and independent of the management mode applicable, it is the Commission that carries the ultimate responsibility for the implementation of the Union budget vis-à-vis the European Parliament (cf. Article 319(1), first sentence, TFEU). To that end, the Commission carries out targeted controls and retains the power to suspend or refuse payments (cf. for example Article 63(8) Financial Regulation). At the same time, implementing partners at the national, EU or international level (both in shared and indirect management) commit to ensuring effective budgetary safeguards.

2. Direct Management through Executive Agencies

In the context of direct management, the Commission has the possibility to rely on executive agencies to implement specific budget implementation tasks in the context of Union programmes. The framework for the establishment of such executive agencies can be found in Council Regulation (EC) No 58/2003.[20] As defined in Article 2, point (a), of that regulation, an executive agency is "a legal entity established in accordance with [Council Regulation (EC) No 58/2003]" that is entrusted with powers to implement all or parts of an EU programme on behalf and under the responsibility of the Commission.

The creation of an executive agency is contingent on a positive "cost-benefit analysis" regarding the possibility to outsource certain budget-related management tasks,[21] and its establishment is subject to the Comitology examination procedure.[22] Council Regulation (EC) No 58/2003 specifies that only non-discretionary powers that do not translate into political choices can be entrusted to executive agencies

19 See in more detail *Mantl/Tritz*, EuZW 2021/23, p. 1025.

20 Council Regulation (EC) No 58/2003 laying down the statute for executive agencies to be entrusted with certain tasks in the management of Community programmes, OJ L 11 of 16 January 2003, p. 1.

21 Cf. Recital 6 Council Regulation (EC) No 58/2003.

22 Art. 3(3) in conjunction with Art. 24(2) Council Regulation (EC) No 58/2003 as well as Art. 5 Council Decision 1999/468/EC laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission, OJ L 184 of 17 July 1999, p. 23, and now Art. 5 and Recital 21 Regulation (EU) No 182/2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers, OJ L 55 of 28 February 2011, p. 13.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

and it further determines that such entrustment can only occur for a limited period of time.[23] Finally, executive agencies implement the entrusted tasks for the Commission under direct management – and the Commission decides, consequently, on the composition of the steering committee, it appoints the executive director and it has clear supervisory obligations.[24] For the current MFF, six executive agencies were created.[25]

Consequently, budget implementation through an executive agency must be strictly distinguished from budget implementation by other Union bodies, for example decentralized agencies. The latter are responsible for executing the tasks assigned to them through their mandate laid down in secondary law, and the Commission can decide to entrust additional budget implementation tasks to them through indirect management as far as the entrustment is *compatible* with the mandate of the decentralized agency. However, when entrusting certain budget implementation tasks through indirect management to a decentralized agency, it is the latter that has the primary responsibility for the tasks of implementation while the Commission ensures that adequate controls and verifications are in place.

An interesting example is also the European External Action Service (EEAS) established on the basis of Article 27(3) TEU. Since this Service is not part of the Commission, it cannot directly implement the management of Union programmes in the field of external relations, which remains a responsibility of the Commission.[26] For this purpose, the Commission established a specific service, the Foreign Policy Instruments Service (FPI), which works closely and is collocated with the EEAS, but remains under the responsibility of the Commission.

IV. Conclusions on the EU legal framework for EU budget implementation

The analysis of the EU primary and secondary law framework of EU budget implementation reveals the central position of the Commission, which bears the ultimate responsibility for budget implementation at EU level. As explained, the way in which this responsibility is carried out differs based on the *management mode* that is applied for specific operational expenditure. While under direct management it is the Commission that executes the budget itself through its departments or through specifically established executive agencies, the Commission must ensure adequate and effective controls and verifications in relation to operational expenditure that is implemented through shared or indirect management.

23 Cf. Art. 6(1) Council Regulation (EC) No 58/2003.
24 Art. 20 Council Regulation (EC) No 58/2003.
25 Commission Implementing Decision (EU) 2021/173 establishing the European Climate, Infrastructure and Environment Executive Agency, the European Health and Digital Executive Agency, the European Research Executive Agency, the European Innovation Council and SMEs Executive Agency, the European Research Council Executive Agency, and the European Education and Culture Executive Agency, OJ L 50 of 15 February 2021, p. 9.
26 Art. 9 Council Decision 2010/427/EU establishing the organisation and functioning of the European External Action Service, OJ L 201 of 3 August 2010, p. 30.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. The implementation of the Union budget and the powers of the European Parliament and the Council

As highlighted, the implementation of the Union budget by the Commission does not take place in an institutional vacuum but must respect the prerogatives of the European Parliament and the Council as the Union's main political institutions.[27] Acting together, they are both the budgetary authority and the co-legislators of the Union. Moreover, they have certain powers as regards the adoption of delegated and implementing acts in accordance with Articles 290 and 291 TFEU. This section examines the principles that govern the articulation of these powers with the power to implement the budget vested in the Commission.

I. Budget implementation and the powers of the budgetary authority

The implementation of the Union budget presupposes that there is a budget which has been adopted and which can then be implemented by the Commission. Article 317(1) TFEU accordingly provides that the Commission implements the budget within the limits of the appropriations set out therein. The procedure for adopting the Union's annual budget is set out in Article 314 TFEU which provides that the Parliament and Council, acting jointly as budgetary authority, adopt the budget in accordance with a special legislative procedure.[28] The annual budget must comply with the multiannual financial framework adopted in accordance with Article 312(2) TFEU.

Pursuant to Article 310(2) TFEU, the Union's budget shall authorise the expenditure for the annual budgetary period in accordance with the Financial Regulation, which contains further details as regards the structure and presentation of the budget. Notably, the budget is to include separate sections for each institution detailing its revenue and expenditure.[29] However, while for the other institutions the expenditure concerns in essence their administrative expenditure, the section for the Commission contains the operational budget of the Union, divided into titles by policy area and chapters corresponding to specific programmes and activities.[30] It is within the limits of the appropriations contained in the annual budget that the Commission thus implements the budget.

27 This article does not focus on the powers of other institutions which may also be of relevance for budget implementation, notably those of the Court of Justice, which in accordance with Art. 19(1) TEU ensures that the law is observed in the application of the Treaties, including in the area of budget implementation, or those of the Court of Auditors (Arts. 285 et seq. TFEU).

28 While the role of the Parliament in the budgetary procedure used to be controversial, this debate has quieted down since the Treaty of Lisbon, which simplified the budgetary procedure inter alia by abolishing the distinction between obligatory and non-obligatory expenditure (cf. *Magiera*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 314 AEUV, para. 11).

29 Art. 46 Financial Regulation, with the exception in relation to the European Council and the Council which share one section.

30 Cf. Art. 47(2) Financial Regulation.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

There is only a limited number of exceptions that allow the Commission to act without or outside the limits set by the annual budget. One case provided for in the Treaties is the case that at the beginning of the financial year, the budget has not been definitively adopted.[31] In this case, Article 315 TFEU provides a system of "provisional twelfths", according to which a sum equivalent to not more than one twelfth of the budget appropriations of the preceding financial year may be spent each month.

Moreover, there can always be emergencies and unforeseen events which may require changes in priorities and unforeseen expenditure. Therefore, there is a need to provide for a certain degree of flexibility in the implementation of the budget, and this has become even more important in recent times. In this regard, Article 317(3) TFEU indicates that the Commission may, within the limits and conditions of the Financial Regulation, transfer appropriations from one budget chapter or subdivision to another. The further details are set out in the Financial Regulation, which gives the Commission within certain narrow limits the possibility to carry out transfers itself, whereas in other cases, the proposal may need to be submitted to the Parliament and Council.[32] Where a transfer of appropriations within those narrow limits is not sufficient, a proposal for an amending budget will ultimately be required.

Finally, there are also specific instruments which address financial needs which are not fully foreseeable. Examples for this are for instance the European Globalisation Adjustment Fund for Displaced Workers,[33] which offers support to displaced workers and self-employed persons whose activity has ceased in the course of major restructuring events, as well as the European Union Solidarity Fund,[34] which allows to provide support in reaction to emergency situations such as natural disasters and public health emergencies. Because of the unforeseeable nature of the expenditure concerned, both are financed over and above the MFF ceilings from a special reserve contained in the budget.[35] Before the Commission can thus approve the requested funding, it must make a proposal to the Parliament and the Council to mobilise the required funds.[36] It is noteworthy, however, that the requirement of prior mo-

31 This possibility has been used several times over the years, but last in 2013 (cf. *Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 315 AEUV, para. 4).

32 Cf. Arts. 30 and 31 Financial Regulation for the substantive and procedural conditions.

33 Regulation (EU) 2021/691 on the European Globalisation Adjustment Fund for Displaced Workers (EGF), OJ L 153 of 3 May 2021, p. 48.

34 Council Regulation (EC) No 2012/2002 establishing the European Union Solidarity Fund, OJ L 311 of 14 November 2002, p. 3, as amended.

35 These modalities are set out in points 9 and 10 Interinstitutional Agreement of 16 December 2020 between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on budgetary discipline, on cooperation in budgetary matters and on sound financial management, as well as on new own resources, including a roadmap towards the introduction of new own resources, OJ L 433I of 22 December 2020, p. 28. The same modality is also foreseen in point 11 for the Brexit Adjustment Reserve set up by Regulation (EU) 2021/1755 establishing the Brexit Adjustment Reserve, OJ L 357 of 8 October 2021, p. 1.

36 Art. 15 Regulation (EU) 2021/691; Art. 4(3) Regulation (EC) No 2012/2002.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bilisation of the funds by the Parliament and Council does not strictly speaking constitute an involvement in budget implementation; rather it can be seen as a further concretisation of the Union's budget and the flexibilities contained therein, which the legislator has chosen to reserve to itself.

II. Budget implementation and the powers of the legislator

The existence of appropriations in the budget is however not in principle sufficient for the Commission to implement the budget. Article 310(3) TFEU provides that the implementation of the expenditure provided for in the budget shall require the prior adoption of a legally binding Union act providing for a legal basis for Union action, except in cases provided for in the Financial Regulation.

The principle that a basic act is required for the implementation of the budget was only formally enshrined in the Treaties through the Lisbon Treaty. However, the principle as such has been previously established. Notably, after initial controversy, it was recognised first in a joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission of 30 June 1982, which provided that "the implementation of appropriations entered for significant new Community action shall require a basic regulation".[37] This principle was subsequently included in the Financial Regulation.[38] However, what was to be considered "significant new Community action" continued to give rise to disputes, which resulted eventually in the judgment of the Court of Justice in Case C-106/96.[39] In this case, the United Kingdom had challenged a decision of the Commission to fund European projects seeking to overcome social exclusion, despite the fact that the Council had not prolonged the previously existing legal basis for funding such projects. In its judgment, the Court stressed that "the requirement that a basic act must be adopted before an appropriation is implemented derives directly from the scheme of the Treaty, in accordance with which the conditions governing the exercise of legislative powers and budgetary powers are not the same".[40] It further stressed that "because implementation of expenditure on the basis of the mere entry of the relevant appropriations in the budget is an exception to the fundamental rule that a basic act must first be adopted, it cannot be assumed that Community action is non-significant and the Commission must therefore clearly demonstrate that the planned measure is not

37 Point IV.3 c) Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission on various measures to improve the budgetary procedure, OJ C 194 of 28 July 1982, p. 1. Cf. on this also *Ehlermann/Minch*, EuR 1981/1, pp. 25ff.; *Forman*, Revue d'intégration européenne 1985/2-3, pp. 139ff.

38 Council Regulation (Euratom, ECSC, EEC) No 610/90 applicable to the general budget of the European Communities, OJ L 70 of 16 March 1990, p. 1 (inserting the principle in Art. 22(1) of the Financial Regulation).

39 ECJ, Case C-106/96, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Commission of the European Communities*, judgment of 12 May 1998, ECLI:EU:C:1998:218. On this case, cf. *Hervey*, CMLR 1999/5, pp. 1079–1090.

40 ECJ, Case C-106/96, para. 28.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

significant Community action".[41] Since the projects in question were covered by previously existing Council decisions, the Court considered that they could neither be considered preparatory actions, nor pilot projects, but rather had to be regarded as significant new Community action, and the Court thus annulled the Commission decision.[42]

Today, the requirement of the adoption of a basic act and the exceptions thereto are codified in Article 58 of the Financial Regulation. According to this provision, a basic act is not required inter alia for appropriations for pilot projects of an experimental nature designed to test the feasibility of an action and its usefulness, appropriations for preparatory actions designed to prepare proposals with a view to the adoption of future actions, appropriations for one-off actions, or for actions for an indefinite duration, carried out by the Commission by virtue of tasks resulting from its prerogatives at institutional level pursuant to the TFEU and to the Euratom Treaty, and appropriations for the operation of each Union institution under its administrative autonomy.

The Financial Regulation also clarifies the meaning of the "basic act". According to Article 2(4) of the Financial Regulation, "'basic act' means a legal act, other than a recommendation or an opinion, which provides a legal basis for an action and for the implementation of the corresponding expenditure entered in the budget or of the budgetary guarantee or financial assistance backed by the budget," and which may take the form of a regulation, a directive or a decision within the meaning of Article 288 TFEU, or one of the acts in the field of Common Foreign and Security Policy (CFSP). Most frequently, the relevant basic act will be a legislative act adopted by Parliament and Council following the ordinary legislative procedure. However, acts adopted according to a special legislative procedure, or non-legislative acts, may equally be basic acts.[43]

The degree of detail prescribed in the legislative or other act will by definition be higher than the short indications that can be provided in the general budget. According to the Interinstitutional Agreement on budgetary discipline, the legislative act will set out a financial envelope for the programme from which the Parliament, the Council and the Commission commit to not depart in the budget procedure beyond certain limits, save exceptional cases.[44] It will also define the basic purposes and types of actions to be funded. It may also define, in accordance with the

41 Ibid., para. 30.
42 Ibid., paras. 34, 37.
43 E.g. acts adopted under Art. 122 TFEU: Council Regulation (EU) 2016/369 on the provision of emergency support within the Union, OJ L 70 of 16 March 2016, p. 1; Council Regulation (EU) 2020/672 on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak, OJ L 159 of 20 May 2020, p. 1; or Council Regulation (EU) 2025/1106 establishing the Security Action for Europe (SAFE) through the Reinforcement of the European Defence Industry Instrument, OJ L 2025/1106 of 28 May 2025.
44 Cf. point 18 Interinstitutional Agreement of 16 December 2020, which sets the limit at 15% for the entire duration of the programme concerned.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Financial Regulation,[45] in further detail eligibility conditions, selection procedures, management modes and implementation modalities. However, the degree of detail may vary and depend to a certain extent on the discretion of the author of the act, i.e. most frequently the legislator. At the same time, the legislator can typically not prejudge the detailed decisions on projects and beneficiaries to be selected, which remain in the realm of budget implementation. The scope for implementation will typically be wider, the wider the scope and/or the longer the duration of the programme is. Thus, despite the requirement of a prior legal basis, given that most basic acts envisage a programme of actions to be implemented over a certain period of time, such legal bases will normally leave a significant room for decisions to be taken in the implementation of the act.

III. Budget implementation vs. delegated and implementing powers

However, even where the legislative act leaves room for subsequent concretisation, this does not yet mean that this has to be necessarily considered as budget implementation in the sense of Article 317(1) TFEU and thus a prerogative of the Commission. Indeed, since the Lisbon Treaty, Articles 290 and 291 TFEU provide, on the one hand, for delegated acts to amend or supplement legislative acts, and, on the other hand, for implementing acts to ensure, whenever required, uniform conditions for implementing legally binding Union acts. This article now examines how delegated and implementing powers relate to the Commission's prerogative to implement the budget.

1. Delegated acts

According to Article 290(1) TFEU, a legislative act may delegate to the Commission the power to adopt non-legislative acts of general application to supplement or amend certain non-essential elements of the legislative act. According to Article 290(2) TFEU, legislative acts shall explicitly lay down the conditions to which the delegation is subject, which may – and typically do – include that the delegated act may enter into force only if no objection has been expressed by the European Parliament or the Council within a period set by the legislative act. Accordingly, whereas the Parliament (and Council) are not involved in the adoption of implementing acts pursuant to Article 291 TFEU as explained below, they enjoy an important role under Article 290 TFEU.

The distinction between delegated and implementing acts, and notably the notion of "supplementing" and "implementing" within the meaning of Articles 290 and 291 TFEU, has given rise to considerable controversy in practice and academic

45 Exceptionally, a basic act may derogate from the Financial Regulation, but shall do so explicitly with due justification (cf. Art. 3(2) Financial Regulation).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

writing.[46] However, in its case-law, the Court of Justice has clarified that "the EU legislature has discretion when it decides to confer a delegated power on the Commission pursuant to Article 290(1) TFEU or an implementing power pursuant to Article 291(2) TFEU", and, "consequently, judicial review is limited to manifest errors of assessment as to whether the EU legislature could reasonably have taken the view" that a matter to be regulated constitutes supplementing or implementing the legislative act.[47]

By contrast, it appears that there remains a conceptual distinction to be drawn between supplementing (let alone amending) a legislative act which constitutes the basis for budget implementation, and the act of budget implementation itself. By definition, supplementing a legislative act does not entail powers of budgetary execution, but rather entails a quasi-legislative action of providing further details, which however remain within the domain of what the legislator could have provided for itself, but chose to delegate to the Commission. Provisions concerning the specific management of appropriations, including the selection of specific actions and beneficiaries should thus never be the subject of delegated acts. This is all the more so since delegated acts are adopted under the concrete control of the legislators, including the European Parliament. However, it is at the same time the European Parliament that, together with the Council on whose recommendation it acts, monitors the execution of the budget by granting discharge to the Commission in accordance with Article 319 TFEU. It is thus important that the powers of the legislator and the Commission in the implementation of the budget remain separate and distinct.

However, despite this conceptual distinction, a certain grey zone may still appear to exist here. For instance, the Court of Justice has accepted that the Commission may be authorized to adopt delegated acts to detail certain funding priorities.[48] While these funding priorities were relevant as the basis for budget implementation, they were subsequently to be implemented through work programmes.[49] Accordingly, the delegated act merely fleshed out the content of the legislative act, but did not enter the domain of budget implementation.

2. Implementing powers

It is with regard to the implementing powers covered by Article 291 TFEU that the distinction with budget implementation becomes particularly difficult and gives rise to frequent discussion between the institutions.

46 Cf. *Buchet*, Cahiers de droit européen 2018/3, pp. 205–250; *Stelkens*, EuR 2012/5, pp. 511–545.

47 ECJ, Case C-427/12, *European Commission v European Parliament and Council of the European Union*, judgment of 18 March 2014, ECLI:EU:C:2014:170, para. 40. On this judgment, cf. *Ritleng*, CMLR 2015/1, pp. 243–258.

48 ECJ, Case C-286/14, *European Parliament v European Commission*, judgment of 17 March 2016, ECLI:EU:C:2016:183, para. 47.

49 Ibid., para. 51.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

According to Article 291(2) TFEU, where uniform conditions for implementing legally binding Union acts are needed, those acts shall confer implementing powers on the Commission, or, in duly justified specific cases, on the Council. Where considered appropriate, the exercise of implementing powers by the Commission can be made subject to the mechanisms of control laid down on the basis of Article 291(3) TFEU in Regulation 182/2011 (the "Comitology Regulation").[50] This regulation provides in essence that the exercise of the implementing power is subject to the prior opinion of a committee composed of representatives of the Member States in the context of an advisory or examination procedure. In the context of the examination procedure, a negative opinion of the committee shall in principle prevent the Commission from adopting the act.[51]

Under the comitology procedure, it is thus the Commission which adopts the implementing act. Moreover, the Council and Parliament are not directly involved in the procedure,[52] which rather involves control by a committee composed of representatives of the Member States. However, the differences between an implementing power under Article 291 TFEU, and the power to implement the budget, are highly significant. First of all, the control mechanisms of the comitology regulation cannot be applied to measures of budget implementation within the meaning of Article 317(1) TFEU. Secondly, and equally importantly, if a measure is qualified as an implementing act within the meaning of Article 291(2) TFEU, this has the important consequence that the Council may reserve itself the power to exercise the implementing power under certain conditions. Of course, according to Article 291(2) TFEU this must be done only "in duly justified specific cases", and the Court of Justice has stated that this "requires a detailed statement of the reasons why that institution is entrusted with the adoption of measures implementing a legally binding act of the Union".[53] In practice, the Court accepted such a justification in a matter concerning value-added tax "on account of the impact, sometimes significant, that such measures could have on the budgets of Member States".[54] It is not evident that such a justification could always be transposed to matters concerning the implementation of Union funding programmes, as the impact on nationals budgets may be less direct or more limited. However, other considerations may be invoked in support of an attribution of powers to the Council. In any

50 It should be noted that implementing acts within the meaning of Article 291 TFEU do not need to be made subject to comitology procedures; it remains a discretionary choice of the legislator whether to apply the control mechanism, but it cannot apply any others.

51 For the details, cf. Arts. 5 and 6 Regulation (EU) No 182/2011.

52 According to Art. 11 Regulation (EU) No 182/2011, Parliament and Council have a right of scrutiny which however relates only to the question whether a draft implementing act exceeds the implementing powers conferred on the Commission.

53 ECJ, Case C-695/20, *Fenix International*, judgment of 28 February 2023, ECLI:EU:C:2023:127, para. 37; ECJ, Case C-440/14 P, *National Iranian Oil Company v Council*, judgment of 1 March 2016, ECLI:EU:C:2016:128, paras. 49 and 50; first established in ECJ, Case 16/88, *Commission v Council*, judgment of 24 October 1989, ECLI:EU:C:1989:397, para. 10.

54 ECJ, Case C-695/20, para. 39. On this judgment, cf. also *Chamon*, CMLR 2023/6, pp. 1683–1704.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

event, the mere possibility of a reservation of powers to the benefit of the Council illustrates the legal significance of the distinction between budget implementation in the sense of Article 317(1) TFEU and implementation within the meaning of Article 291(1) TFEU.

Therefore, the question arises of how to define, and distinguish, the two types of *implementation*. This is a question which has frequently led to disagreements in the practice of the institutions, and occupied the Court of Justice already several times, without the borderline yet becoming fully clear.

The first such case to reach the Court, Case 16/88, concerned a dispute between the Commission and the Council in the fisheries sector.[55] In a Council Regulation on the coordination and promotion of research in the fisheries sector, the Council had reserved to itself the power to adopt the research programmes, acting on the basis of a Commission proposal. The Council also granted the Commission the power of concluding research contracts and supervising the results. The Commission's decisions concerning the execution of the programmes were subject to a comitology procedure, which under the rules applicable at the time meant the Council could take the decision itself in case of unfavourable decision from the management committee. The Commission challenged the Council Regulation arguing that it encroached upon the Commission's powers of budgetary implementation granted by the Treaty.

Advocate-General Darmon in his conclusions sided with the Commission, based on a reasoning that focused on the notion of budgetary commitments as part of the Commissions power to implement the budget, and thus proposed to annul the Council act.[56] By contrast, in its judgment, the Court of Justice held that the notion of implementing powers may concern the adoption of general implementing rules but also the application of rules to individual cases.[57] Such implementing powers could be subject to comitology procedures.[58] The Court then considered the plea raised by the Commission's argument that the Council encroached upon the Commission's prerogatives and assessed it against two main arguments. Firstly, it held that "the Commission's power to implement the budget is not such as to modify the division of powers resulting from the various provisions of the Treaty which authorize the Council and the Commission to adopt generally applicable or individual measures within specific areas […], and from the institutional provisions […]".[59] Secondly, the Court added that, "even though an individual measure may almost inevitably entail the commitment of expenditure, the two must be distinguished – particularly since the power to adopt the administrative decision and the power to commit the expenditure may be entrusted, within the internal organization of each

55 On this case, cf. *Forman*, CMLR 1990/4, pp. 872–882.
56 Opinion AG *Darmon*, Case 16/88, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities*, ECLI:EU:C:1989:280, paras. 25 ff.
57 ECJ, Case 16/88, para. 11.
58 Ibid., paras. 12–13.
59 Ibid., para. 16.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

institution, to different officials".[60] For these reasons, the Court concluded that "the Commission [was] wrong to maintain that the Council cannot confer upon it under the third indent of Article 145 the power to adopt individual measures when such measures have financial implications".[61] For the Court, that interpretation "rules out the possibility that commitments of expenditure might in themselves and irrespective of any substantive decision impose legally binding obligations on the Community vis-à-vis third parties".[62]

While this judgment influenced the subsequent practice, it has not definitively settled the question. For once, the judgment, while accepting the possibility of the Council to take decisions even in cases concerning individual contracts, did not attempt to provide a positive definition of the content of the Commission's power to implement the budget under Article 317(1) TFEU. In that respect, a certain nuance was added already in the above-mentioned Case C-106/96, *United Kingdom v Commission*, where the Court further clarified that "in the system of the Treaty, any implementation of expenditure by the Commission in principle presupposes, in addition to the entry of the relevant appropriation in the budget, an act of secondary legislation (commonly called the 'basic act') from which the expenditure derives".[63] In this judgment, the Court thus clearly distinguishes between (i) the prerogatives of the Commission to implement the budget, (ii) the prerogatives of the legislature to adopt a basic act that contains the substantive decision, and (iii) the prerogatives of the budgetary authority to adopt the Union budget.

Moreover, the legal framework of the Union Treaties has significantly evolved since 1989. On the one hand, the Commission's role to execute the budget and manage the programmes was explicitly recognised in Article 17(1) TEU, as introduced by the Treaty of Lisbon. At the same time, account needs to be taken also of the introduction of Articles 290 and 291 TFEU and the evolving case-law on these provisions.

In Case C-521/15, *Spain* v *Council*, the Court held that Article 291(2) TFEU "relates solely to legally binding acts of the European Union which lend themselves in principle to implementation by the Member State" and which "must, for a particular reason, be implemented by means of measures adopted […] by the Commission or the Council, for the purpose of ensuring that they are applied uniformly".[64] In this judgment, the Court considered that the power to impose a fine on a Member State could not be considered as a power in the sense of Article 291(2) TFEU, as that power did not "lend itself in the slightest to implementation by the Member States themselves".[65] While this judgment was rendered in a different legal context, and did not directly concern implementing powers in the budgetary sphere, it

60 Ibid., para. 17.
61 Ibid., para. 18.
62 Ibid., para. 19.
63 ECJ, Case C-106/96, para. 22.
64 ECJ, Case C-521/15, *Spain v Council*, judgment of 20 December 2017, ECLI:EU:C:2017:982, para. 48.
65 Ibid., para. 49. On this judgment, cf. *Chamon*, CMLR 2018/5, pp. 1495–1520.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nonetheless shows that the scope of Article 291(2) TFEU should be targeted to cases in which implementation by the Member States could be considered, and is not primarily intended to cover matters of budget implementation.

The issue of implementing powers in the budgetary field returned to the Court in more direct form in the recent judgment concerning the validity of the General Conditionality Regulation.[66] In this case, Hungary had challenged the General Conditionality Regulation[67] by arguing *inter alia* that the institutional balance was affected by the fact that the Council was to adopt, on a proposal from the Commission, an implementing decision adopting appropriate measures to protect the Union budget in the event of rule of law deficiencies affecting the implementation of the budget. In response, following in this regard the conclusions of the Advocate-General,[68] the Court distinguished the concept of "budget implementation" in a broader sense, which includes "the financial rules which determine 'in particular the procedure to be adopted for implementing the budget', within the meaning of Article 322(1)(a) TFEU", from the notion of 'budget implementation' within the meaning of Article 317 TFEU. The latter would be a narrower notion including the "activities relating to the management, monitoring, control and audit of budget appropriations",[69] as defined in Article 2(7) of the Financial Regulation. Thus, the Court found that "the horizontal conditionality mechanism established by the contested regulation forms part of a conception of budget implementation that goes beyond that which […] falls within the Commission's powers in cooperation with the Member States, in accordance with the first paragraph of Article 317 TFEU".[70] The Court concluded that in this specific case the legislature was granting an implementing power in order to ensure uniform conditions for the implementation of those financial rules, and that granting it to the Council was duly justified.[71]

It thus becomes clear from this judgment that the notion of budget implementation within the meaning of Article 317 TFEU covers at the very least the definition provided by the Union legislature in Article 2(7) of the Financial Regulation which entails: "the carrying out of activities relating to the management, monitoring, control and auditing of budget appropriations in accordance with the methods provided for in Article 62 [of that Regulation]".

The Court thus clarified that implementing powers for the adoption of acts with implications for the implementation of the budget may lawfully be conferred pursuant to Article 291(2) TFEU, provided that they do not undermine the institutional prerogatives of the Commission to execute the budget as provided for by

66 ECJ, Case C-156/21, *Hungary v European Parliament and Council*, judgment of 16 February 2022, ECLI:EU:C:2022:97. Poland challenged the regulation in a parallel case (ECJ, Case C-157/21, *Poland v European Parliament and Council*, judgment of 16 February 2022, ECLI:EU:C:2022:98), but it did not make the same plea.

67 Regulation (EU, Euratom) 2020/2092.

68 Opinion AG *Campos Sánchez-Bordona*, Case C-156/21, *Hungary v European Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2021:974, paras. 252 ff.

69 ECJ, Case C-156/21, paras. 186–187.

70 Ibid., para. 187.

71 Ibid., paras. 188–189.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Union primary law. The aforementioned case-law clarifies that the Commission's budget implementation prerogatives are framed by the Union budget, the relevant basic act, including, where appropriate, the relevant delegated and implementing acts, as well as wider budget implementation rules adopted on the basis of Article 322 TFEU.

Nevertheless, it should be observed that Article 62(3) of the Financial Regulation, which is included in the definition of budgetary implementation contained in Article 2(7) of the Financial Regulation referred to by the Court in the judgment on the General Conditionality Regulation, provides as follows: "The Commission is responsible for budget implementation in accordance with Article 317 TFEU and shall not delegate those tasks to third parties, where such tasks involve a large measure of discretion implying political choices." This implies that the implementation of the budget by the Commission is not an activity of a purely accounting or mechanical nature. On the contrary, it is clear that this activity includes a large measure of discretion and political choices. This is also in line with the fact that the Commission is a political institution which, according to Article 17(1) TEU, promotes the general interest of the Union and has the autonomous task of executing the budget and managing programmes. These tasks can therefore not be limited to tasks of a merely technical or accounting nature.

This is also confirmed by the fact that only the Commission, unlike the Council, is acting under the political control of the European Parliament. In accordance with Article 319 TFEU, the discharge for the implementation of the operation budget is granted to the Commission. This is further confirmation that budget implementation tasks should be reserved to the Commission.[72]

IV. Interim conclusion on the legal framework underpinning budget implementation

The assessment has established that, under the current EU Treaties, a distinction must be made between the *budget implementation prerogatives* of the Commission, enshrined in Article 17(1), fourth sentence, TEU and Article 317(1) TFEU, and the European Parliament and the Council's prerogatives to adopt the EU budget and EU legislation. Further to that, it has been established that the legislator can provide detail on wider *budget implementation* modalities, including the question whether implementing acts might be required for the adoption of work programmes. At the same time, should a legislative act not further provide detail on what requirements are to apply for budget implementation steps (in relation to operational, programme expenditure), it would be for the Commission to set out the necessary elements in an own Commission decision pursuant to Article 110 of the Financial Regulation.

72 In the same sense, cf. already Opinion GA *Darmon*, Case 16/88, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities,* ECLI:EU:C:1989:280, para. 46.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

As will be further elaborated in the following section, the concept of *budget implementation* in itself is vague and can, in fact, be understood in a broad and in a narrow sense. Obviously, the conception of *budget implementation* has implications for the understanding of the primary law prerogatives of the Commission in that regard. Based on the case-law of the CJEU, it appears that only *budget implementation in the narrow sense* falls within the prerogatives of the Commission pursuant to Article 17(1), fourth sentence, TEU and Article 317(1) TFEU.[73] Regarding broader budget implementation questions the legislator retains discretion, for example by foreseeing the adoption of an implementing act, insofar as the prerogatives of the Commission under the Treaties are fully respected.

D. Specific cases of budget implementation: the practice under the current MFF (2021-2027)

Based on the general principles and the institutional framework set out, the practical implementation of these *primary law* requirements under the current MFF through the various EU programmes and instruments are now considered. Specifically, the focus rests on analysing the legal requirements and the institutional responsibilities of the Commission – as well as partly the Council – in relation to *budget implementation* tasks (understood in a broad sense) foreseen by a selection of current EU secondary law instruments.

To that end, the following section examines the *design* of different stages of budget implementation in relation to a range of legislative instruments. First, the adoption of work programmes (and financing decisions) will be considered (D.I.), before then considering the subsequent, downstream budget implementation steps, with a particular focus on disbursement (D.II.), and, finally, the general and programme-specific conditionalities as means to (temporarily) suspend the release of EU funds (D.III.).

I. Budget implementation in the broad sense: Work Programmes

Article 110(1) of the Financial Regulation determines that budgetary commitments generally require the adoption of a financing decision, which constitutes at the same time the corresponding work programme. As previously established, the legislator enjoys discretion when determining the procedural rules applicable to the adoption of work programmes.[74] The arrangement is thus programme-specific and depends on the details provided by the *basic act*. Under the current MFF, most programmes foresee the adoption of work programmes through a Commission implementing act in the sense of Article 291 TFEU subject to comitology.

73 Cf. ECJ, Case 16/88, *Commission v Council,* judgment of 24 October 1989, ECLI:EU:C:1989:397, paras. 11–13.

74 As previously highlighted and accepted by the Court, cf. ECJ, Case C-156/21, paras. 188–189.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

While Article 110(2) of the Financial Regulation provides that the financing decision shall at the same time constitute the work programme, it should also be noted that it is only the work programme as such which constitutes budget implementation in the broad sense, whereas the financing decision, which constitutes the authorisation to enter into budgetary and legal commitments, should be regarded as budget implementation in the narrow sense. This subtle difference is taken into account in Article 110(2) Financial Regulation through the indication that, where the relevant basic act provides for specific modalities for the adoption of a financing decision or a work programme or both – such as a comitology procedure – those modalities shall be applied to the part of the financing decision constituting the work programme.

1. Commission Implementing Decision with comitology: Horizon Europe

One illustrative example of a basic act that foresees the adoption of work programmes by Commission implementing act subject to comitology is Council Decision (EU) 2021/764, which establishes the Specific Programme implementing Horizon Europe (hereinafter: "Horizon Europe").[75] Article 13(1) Horizon Europe clarifies that the programme is to be implemented through work programmes, adopted pursuant to Article 13(2) of that decision. This provision, in turn, specifies that the Commission is to adopt separate work programmes by means of implementing acts in relation to explicitly named Horizon Europe actions and following the legislative conditions specified by the legislator.[76] It should further be noted that the adoption of work programmes via implementing acts has been made subject to comitology (notably the examination procedure provided for in Article 14(4) Horizon Europe, which refers to the Comitology Regulation and to Article 5 Regulation (EU) No 182/2011), except for the JRC multi-annual work programme (cf. Article 13(2), point (d), Horizon Europe).

Furthermore, Article 13(3) Horizon Europe provides for additional requirements to those generally foreseen in Article 110 Financial Regulation, which must be respected by the Commission when drafting the respective work programme and corresponding financing decision. The Commission must, for example, set indicative amounts per action and mission (Article 13(3), point (a), Horizon Europe) or considerable detail on the selection procedure, including the weighing of award criteria (Article 13(3), point (b), Horizon Europe). It is hence apparent that the legislator imposes on the Commission specific obligations regarding the required detail contained in the Commission implementing decision – and thus the financing

75 Council Decision (EU) 2021/764 establishing the Specific Programme implementing Horizon Europe – the Framework Programme for Research and Innovation, and repealing Decision 2013/743/EU, OJ L 167I of 12 May 2021, p. 1.

76 In particular, Art. 13(2) Horizon Europe includes requirements to take into account the opinion of certain specific bodies in the field of research in the preparation of certain of the work programmes.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

decision – going beyond the otherwise applicable minimum requirements set out in Article 110(2) Financial Regulation.

Based on the concrete example of the Horizon Europe programme, several more general observations in relation to *budget implementation* can be made. First, the Horizon Europe programme was established by the legislator, here the Council following a special legislative procedure based on Article 182(4) of the TFEU. The resulting Council Decision (EU) 2021/764 constitutes a basic act in the sense of Article 58 of the Financial Regulation, which provides the overarching legislative framework. Second, the MFF provides the maximum annual amounts of EU spending for the various headings of the budget, including heading 1 concerning "Single Market, Innovation and Digital", which covers the Horizon Europe programme.[77] Third, within the legislative framework (i.e. Council Decision (EU) 2021/764 as basic act) and the budgetary framework (MFF and annual budget), the Commission can then proceed and draw up the specific work programmes through Commission implementing decisions pursuant to Article 13 of Council Decision (EU) 2021/764, in principle, subject to comitology. These implementing decisions constitute work programmes (and financing decisions) in the sense of Article 110 of the Financial Regulation based on which concrete budgetary and, subsequently, legal commitments can be made.

A range of other EU programmes follow a similar approach concerning budget implementation as Horizon Europe, notably to subject wider budget implementation questions such as the adoption of work programmes to the adoption of Commission implementing acts under comitology. Some examples include:

- Regulation (EU) 2021/694 concerning the Digital Europe Programme (DEP), which aims at supporting and accelerating the digital transformation of the European society and economy. In relation to the *Specific Objectives* to be implemented through direct management, the Commission is to adopt work programmes in the sense of Article 110 of the Financial Regulation by means of implementing acts subject to the examination procedure, as specified in Article 24(6) Regulation (EU) 2021/694. It should also be noted that certain Specific Objectives are to be implemented through indirect management, with details provided as to what actor should be entrusted with these budget implementation tasks (cf. Article 4(2) Regulation (EU) 2021/694 in relation to Specific Objective 1 as well as Article 6(2) Regulation (EU) 2021/694 in relation to Specific Objective 3).
- Regulation (EU) 2021/1153[78] regarding the Connecting Europe Facility (CEF) aims at building, modernising and completing trans-European networks in the transport, energy and digital sector. The CEF-Regulation establishes that CEF "shall be implemented by work programmes referred to in Article 110 of the

77 Council Regulation (EU, Euratom) 2020/2093 laying down the multiannual financial framework for the years 2021 to 2027, OJ L 433I of 22 December 2020, p. 11, as apparent from Annex II.

78 Regulation (EU) 2021/1153 establishing the Connecting Europe Facility and repealing Regulations (EU) No 1316/2013 and (EU) No 283/2014, OJ L 249 of 14 July 2021, p. 38.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Financial Regulation" (Article 20 Regulation (EU) 2021/1153). It further specifies that the Commission is to adopt these work programmes by means of implementing acts subject to the examination procedure, as detailed in Article 20(3) Regulation (EU) 2021/1153.

- Regulation (EU) 2021/947 concerning the Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument – Global Europe (NDICI),[79] is based on a two-stepped budget implementation process. This comparably more complex implementation process can be explained due to the specific thematic context of NDICI, as it relates to neighbourhood policy, as well as the relatively large financial envelope. In a first step the *multiannual indicative programmes* are adopted by the Commission through implementing acts, subject to the examination procedure pursuant to Article 16(1) of Regulation (EU) 2021/947.[80] Subsequently, in a second budget implementation step, and based on the established broad geographic and thematic programming documents,[81] the Commission then establishes concrete (multi-)annual action plans and measures by means of implementing act pursuant to Article 25(1) of Regulation (EU) 2021/947 again subject to the examination procedure in the sense of Article 5 of Regulation (EU) No 182/2011.[82] Recital 78 of Regulation (EU) 2021/947 clarifies that these action plans and measures constitute work programmes and thus financing decisions under the Financial Regulation.[83]

These four examples – notably Horizon Europe, CEF, DEP and NDICI – display the most common features of budget implementation under the current MFF in relation to programmes that are (mainly) managed directly by the Commission. First, all four programmes are established by, and their core features are laid down in a legislative act in a detailed manner. This legislative act constitutes the *basic act* in the sense of Article 58 of the Financial Regulation. Second, the respective programme's financial envelope is guaranteed by the MFF, the annual budget as well as the tentative envelope mentioned directly in the programme-specific legislative act. And third, it is the Commission that devises via implementing acts the concrete plan on how the available budget is to be spent in light of the legislative priorities.

This last aspect constitutes budget implementation in a broad sense, as the Commission adopts work programmes in the sense of Article 110 of the Financial Regu-

79 Regulation (EU) 2021/947 establishing the Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument – Global Europe, amending and repealing Decision No 466/2014/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EU) 2017/1601 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EC, Euratom) No 480/2009, OJ L 209 of 14 June 2021, p. 1.

80 These multiannual indicative programmes are divided into two separate sets of plannings based on the financial envelop set out in Art. 6(2) Regulation (EU) 2021/947, notably, *geographic* programming in the sense of Art. 14 and *thematic* programmes in the sense of Art. 15 Regulation (EU) 2021/947.

81 Cf. Art. 23(2) Regulation (EU) 2021/947.

82 Cf. Art. 25(1), second sentence, Regulation (EU) 2021/947.

83 NDICI bears similarities with Regulation (EU) 2021/1529 establishing the Instrument for Pre-Accession assistance (IPA III), OJ L 330 of 20 September 2021, p. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lation. These provide the overall overview of what specific activities are envisaged to be implemented in a given year, and they instruct the Commission's Directorate Generals – or other implementing actors – on how operational expenditure is to be implemented. Together with the work programmes, the Commission also adopts financing decisions, which qualify as budget implementation in the narrow sense, and which provide the basis to the various authorising officers to make concrete budgetary (and subsequently legal) commitments.

2. Commission Implementing Decision without comitology: the example of cohesion policy and agriculture

Further to the previous examples, certain Union acts foresee the adoption of Commission implementing decisions without, however, prescribing comitology. This is for example the case in relation to the adoption of cohesion programmes pursuant to Article 23(4) Regulation (EU) 2021/1060. The *national* cohesion programmes are prepared by the Member States pursuant to Article 21 of Regulation (EU) 2021/1060, they are subsequently reviewed by the Commission and, finally, approved by an implementing decision, as indicated. Similarly, Article 118(6) Regulation (EU) 2021/2115[84] establishes that the Common Agricultural Policy (CAP) Strategic Plan, as proposed by the Member States and following a dedicated review by the Commission, is approved by Commission implementing decision without comitology.

Arguably, given that Member States are drawing up the respective programmes and given the high number and specific nature and focus of such programmes, the involvement of a committee involving all Member States might be perceived as less relevant. As stated, Member States are closely involved in the drawing up of the respective acts, and responsible for their subsequent implementation through shared management, and thus no additional oversight at the stage of adoption of the Commission implementing decision seems warranted in these specific cases.

3. Examples of Council Implementing Acts for budget implementation in the broad sense

While generally the Commission is tasked with adopting work programmes and financing decisions for Union programmes (operational expenditure), some deviations from this approach emerged specifically in relation to recent EU instruments. These include, for example, SURE, the RRF, the Ukraine Facility, and most recently

84 Regulation (EU) 2021/2115 on support for strategic plans to be drawn up by Member States under the common agricultural policy (CAP Strategic Plans) and financed by the European Agricultural Guarantee Fund (EAGF) and by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) and repealing Regulations (EU) No 1305/2013 and (EU) No 1307/2013, OJ L 435 of 6 December 2021, p. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

SAFE. Furthermore, the Western Balkans Facility will be considered for comparative purposes in relation to the Ukraine Facility.

a) SURE Regulation

Council Regulation (EU) 2020/672 was one of the first emergency measures following the COVID-19 outbreak, and it established the European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE). In relation to the implementation of SURE, Article 6(1) Council Regulation (EU) 2020/672 determines, regarding the handling of Member States' requests for financial assistance through loans, that this assistance would be made available pursuant to a Council implementing decision based on a Commission proposal. Article 6(2) Council Regulation (EU) 2020/672 details the Commission's obligation in relation to preparing the corresponding proposal for such Council implementing decision.

Hence, different to the examples mentioned in the previous subsections, under SURE it is the Council that takes the decision subsequent to which "financial assistance shall be made available".

b) RRF Regulation

Regulation (EU) 2021/241 was also adopted during the COVID-19 pandemic to boost the EU recovery process with the aim to create a stronger and more resilient EU. In essence, the facility empowers the Commission to raise funds for EU investments through borrowing on the capital markets. In relation to the non-repayable grant component, which is implemented through direct management by the Commission pursuant to Article 8 Regulation (EU) 2021/241, the facility requires that national recovery and resilience plans are adopted by Council implementing decision following a Commission proposal, as established by Article 20 Regulation (EU) 2021/241. It is important to underscore that the national recovery and resilience plans set out the specific reforms and investment projects for the respective Member State including "the milestones and targets, and the financial contributions" (cf. Article 20(2) Regulation (EU) 2021/241).

Following the adoption of these national recovery and resilience plans, the Commission then signs an agreement with the Member State concerned, which is to constitute the "individual legal commitment within the meaning of the Financial Regulation".

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Ukraine Facility Regulation

Regulation (EU) 2024/792[85] establishes the Ukraine Facility, which aims at supporting Ukraine's recovery, reconstruction, restoration and modernisation due to the on-going war, with a view of also supporting the required reforms for the envisaged EU accession. Under the facility, it is again the Council, upon a proposal from the Commission, that adopts in accordance with Article 19 of Regulation (EU) 2024/792 an implementing decision approving the "Ukraine Plan", which contains all the detail on *inter alia* the financial support granted, the reforms and investments agreed as well as the applicable timetable. Subsequently and pursuant to Article 38 of Regulation (EU) 2024/792, the Commission is then tasked with adopting work programmes in the sense of Article 110 of the Financial Regulation by means of implementing acts subject to the examination procedure in order to lay down the details for implementing the support under the facility and thus specifically the Ukraine Plan.

Hence, while the Commission retains the responsibility to adopt the *formal* work programmes and financing decisions, the Council considerably limits the Commission's discretion, as the *Ukraine Plan* sets out in considerable detail what projects will be supported and what disbursement modalities are to be respected.

Interestingly, the European Parliament, the Council and the Commission have adopted a joint declaration that underscored the exceptional nature of the Ukraine Facility.[86] That declaration specifies that the facility constitutes "an exceptional medium-term instrument of high geopolitical importance adapted to the uncertainty and unprecedented challenges of supporting a country at war with direct implications for the security of the Union." Given this specific context, the "objectives, financing and governance arrangements agreed for the Ukraine Facility respond to the exceptional and specific context and challenges in relation to which this particular Facility has been adopted," and the Facility "should not therefore be considered as a precedent for future instruments of economic assistance to third countries." Arguably, the institutions themselves acknowledge the particularities of the found solution, also in relation to budget implementation.

d) Western Balkans Facility Regulation

Regulation (EU) 2024/1449[87] establishes the Reform and Growth Facility for the Western Balkans, which supports and incentivises the Western Balkans enlargement partners' preparation for EU membership with a particular focus on economic con-

85 Regulation (EU) 2024/792 establishing the Ukraine Facility, OJ L 2024/792 of 29 February 2024.

86 OJ C C/2024/1969 of 29 February 2024, Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission relating to the exceptional nature of the Ukraine Facility.

87 Regulation (EU) 2024/1449 on establishing the Reform and Growth Facility for the Western Balkans, OJ L 2024/1449 of 24 May 2024.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vergence. Different to the Ukraine Facility, the "Reform Agenda" per beneficiary (comparable to the *Ukraine Plan*) is to be adopted by a Commission implementing decision subject to the examination procedure, as specified in Article 15 Regulation (EU) 2024/1449. Recital 43 Regulation (EU) 2024/1449 also specifies that these Commission implementing decisions constitute work programmes in the sense of the Financial Regulation.

e) SAFE Regulation

Council Regulation (EU) 2025/1106 establishes the Security Action for Europe (SAFE) through the Reinforcement of the European Defence Industry Instrument, which provides financial assistance to Member States in order to enable them to implement urgent, major public investments in support of the European defence industry in light of the current "crisis situation". Under the instrument, Member States may submit duly substantiated requests for financial assistance (together with a *European defence industry investment plan*), as foreseen by Article 7 of Council Regulation (EU) 2025/1106. This request is then assessed by the Commission (Article 8(1) of Council Regulation (EU) 2025/1106), and, in case the Commission concludes that all conditions are fulfilled, it will submit a proposal for a Council implementing decision (Article 8(2) of Council Regulation (EU) 2025/1106). The Council can then approve the request for financial assistance by adopting an implementing decision, which specifies *inter alia* the loan support to be paid, and the form of pre-financing awarded. Subsequently, it is again for the Commission to conclude the loan agreement and operational arrangements with the requesting Member State based on the Council implementing decision.[88]

f) Conclusion on SURE, the RRF, Ukraine Facility, Western Balkans Facility and SAFE Regulation

Considering the five mentioned examples, it was outlined that under SURE, the RRF, the Ukraine Facility and the SAFE Regulation the legislator foresaw the adoption of Council implementing acts for fleshing out considerable detail on how to implement the available budget under the respective instrument – including for example specific projects, milestones or deadlines. Only under the Western Balkans Facility, the adoption of the "Reform Agendas" – which is largely comparable to the national recovery and resilience plans under the RRF, the Ukraine Plan under the Ukraine Facility and the requests under the SAFE instrument – is left to the Commission. Two possible reasons for this distinction might be, first, the political sensitivity in relation to the specific instrument (cf. COVID-19 recovery, Ukraine support, and defence) and, second, the amounts at stake. However, it can also be

88 Article 10 Council Regulation (EU) 2025/1106. Of note, Art. 9(1) of Council Regulation (EU) 2025/1106 empowers the Commission to "*borrow the necessary funds on the capital market or from financial institutions*" in order to finance SAFE loan support.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

noted that despite the requirement to duly motivate the attribution of implementing powers to the Council,[89] the legislative acts remain largely silent on the point.

II. Budget implementation in the narrow sense, notably disbursement decisions

As already indicated, the concept of wider budget implementation tasks, considered in the previous subsection, must be distinguished from the budget implementation prerogatives of the Commission according to the EU Treaties. The Financial Regulation provides a definition of the term *budget implementation*. According to Article 2, point (7), of that regulation, budget implementation "means the carrying out of activities relating to the management, monitoring, control and auditing of budget appropriations in accordance with the methods provided for in Article 62". Article 62 then lists the three management modes available for budget implementation, notably direct, indirect and shared management. As clarified by the CJEU, this *budget implementation* falls squarely within the prerogatives of the Commission enshrined in Article 317 TFEU.[90] To distinguish the different layers of budget implementation, the present contribution refers to budget implementation as defined in Article 2, point (7), of the Financial Regulation as *budget implementation in the narrow sense*.

Depending on the management mode, the downstream budget implementation may include a variety of tasks. These include the organisation of award procedures and the selection of projects and beneficiaries to be funded – if not already identified in the work programme – the selection of implementing partners in indirect management, the conclusion of the appropriate legal commitments, the disbursement of funds, and the control of their correct spending, including possible recovery actions. All these actions are the prerogative of the Commission, which it carries out on the basis of the provisions of the Financial Regulation and the relevant basic acts.[91]

Certain variations have occurred, however, in recent times as regards disbursement decisions, particularly in the context of the facilities considered in section IV.1.c) above, where sometimes large amounts are at stake. In principle, disbursement decisions concern the institutional act required to release the committed budget appropriations once the payments conditions are fulfilled, following the assessment by the Commission – or rather the relevant authorising officer. For a payment to be made, a prior budgetary commitment is required (which is made following the adoption of a financing decision) as well as the conclusion of a legal commitment (for example, by signing a grant agreement or a procurement contract). The authorising officer will then consider whether the agreed payment conditions

89 Cf. ECJ, Case 16/88, para. 10.
90 ECJ, Case C-156/21, para. 187.
91 A rare and isolated exception to this rule can be found in Art. 11(2) Regulation (EU) 2021/697 establishing the European Defence Fund, OJ L 170 of 12 May 2021, p. 149, according to which award decisions are taken by the Commission by implementing act with comitology.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(i.e. completing of agreed conditions or delivery of agreed output) are met, which justify the disbursement of the corresponding funds as set out in Article 111(3) Financial Regulation. If all conditions are met and the expenditure can be validated, the authorising officer issues a "validation decision". Subsequently, a payment order is issued (cf. Article 111(5) Financial Regulation) which will then be implemented by the accounting officer pursuant to Article 115 Financial Regulation.

Disbursement decisions are, thus in principle, reserved to the Commission, as they enable the Commission to monitor and verify compliance with the agreed conditions, thereby complying with the sound financial management obligations applicable to the Commission. It should be noted that depending on the management mode, the payment recipient and the verification exercise differs. In the context of direct management, the Commission will directly release the funds to the beneficiary or the contractor. In the context of indirect management or shared management, it is the entity entrusted with budget implementation tasks or the Member State that will receive the payment.

Given the Commission's constitutional responsibility for the sound implementation of the Union budget, it seems that these disbursement decisions in relation to operational (programme) expenditure can in principle not be delegated to or executed by a different (institutional) actor. As emphasised, the decision on whether funds should be released following verification that the contract or the agreement is properly executed gives the Commission overall oversight and control – which can justify the parliamentary scrutiny of the Commission's budget implementation actions in the context of the discharge procedure. However, among recent funding instruments both the Ukraine Facility as well as the RRF do not follow this traditional approach. Regarding the Ukraine Facility, it should be noted that Regulation (EU) 2024/792 contains specific rules on the disbursement of (non-repayable) support. Pursuant to Article 26 of Regulation (EU) 2024/792 the Commission is to assess whether the various payment conditions are fulfilled, but it is the Council that adopts the subsequent payment decision via implementing act.[92]

Considering now the RRF, it is the Commission that is tasked with assessing duly justified payment requests submitted by the Member States as detailed in Article 24 Regulation (EU) 2021/241. It should be, however, noted that the Commission must submit its preliminary positive assessment to the Economic and Financial Committee pursuant to Article 24(4) Regulation (EU) 2021/241 for an opinion. This opinion must be taken into account by the Commission when making its final disbursement decision. Furthermore, Article 24(5) Regulation (EU) 2021/241 requires the adoption of a Commission implementing decision subject to comitology for the disbursement decision.

Overall, it can thus be argued that disbursement decisions concerning operational (programme) expenditure fall within the Commission's institutional prerogatives under Article 317(1) TFEU. This enables the Commission to exercise overall control over budget implementation (as it can refuse payment in case agreed require-

92 Art. 26(4) Regulation (EU) 2024/792.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ments are not fulfilled), thereby justifying the budget scrutiny in the context of the annual discharge procedure. The assessment has revealed, however, that both the Ukraine Facility – despite the explicit acknowledgment that no precedent would be set by this facility – as well as the RRF deviate from this standard practice, as enshrined in Articles 111-116 Financial Regulation. Notably, under the Ukraine Facility, disbursement is made by the Council and under the RRF disbursement requires the adoption of an implementing act (and thus reliance on Article 291 TFEU instead of Article 317 TFEU). While both examples appear to deviate from the established legal framework as confirmed by the case-law of the CJEU, it is noteworthy that in the more recent case of the Western Balkans Facility, the power to decide on disbursement remained with the Commission, which may be explained in light of the different political sensitivity as well as the significantly different amounts at stake.[93]

III. General and programme-specific conditionalities

A separate topical issue that also relates to the implementation of the budget concerns the general and programme-specific conditionalities that are applied to uphold EU values, including in particular the rule of law. In short, EU funding is tied to the *ex ante* fulfilment of certain EU values, including specifically the rule of law.

Regarding the general conditionality regime, established by Regulation (EU, Euratom) 2020/2092, a mechanism is introduced to take dedicated measures against a Member State – such as suspension of payments or financial corrections – in order to protect the EU financial interests in light of rule of law violations (cf. Article 3 Regulation (EU, Euratom) 2020/2092). Pursuant to Article 6 Regulation (EU, Euratom) 2020/2092, the Commission assesses whether the conditions for adopting dedicated measures are fulfilled and engages in a dialogue with the respective Member State. If the Commission considers that the conditions continue to be met and that no adequate remedial measures were proposed by the Member State (cf. Article 6(9) Regulation (EU, Euratom) 2020/2092), the Commission submits a proposal for an implementing act to the Council. The Council then adopts the corresponding implementing decision (cf. Article 6(1) Regulation (EU, Euratom) 2020/2092) as well as ultimately lifts such implementing measure once the concerns are remedied (cf. Article 7 Regulation (EU, Euratom) 2020/2092). As previously explained, the CJEU clarified that such horizontal conditionality regime is not undermining the institutional balance established by the EU Treaties.[94]

Stemming from the cited jurisprudence, it can be established that the possibility to suspend payments and to implement financial corrections across programmes may in certain cases be reserved to the Council and thus does in principle not

93 Cf. Art. 21(3) Regulation (EU) 2024/1449. The same model was followed most recently in Regulation (EU) 2025/535 establishing the Reform and Growth Facility for the Republic of Moldova, OJ L of 21 March 2025.

94 ECJ, Case C-156/21, paras. 183–187.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

conflict with the Commission's prerogatives under Article 317(1) TFEU. Rather, the (budget) legislator is empowered to establish such framework pursuant to Article 322(1) TFEU and it may confer implementing powers on the Commission – or if duly justified also on the Council – in this regard. Such horizontal framework corresponds to the *implementation of the budget* in the broad sense within the realm of the legislator's responsibilities.

In addition to this *general* framework, programme-specific conditionalities were introduced, for example, in relation to the RRF, the Ukraine Facility, the Western Balkans Facility, but also the horizontal as well as thematic enabling conditions in relation to shared management spending.

The RRF contains programme-specific economic conditionality as established in Article 10 Regulation (EU) 2021/241, which in fact links the RRF Facility with the applicable EU rules concerning sound economic governance. Pursuant to Article 10(1) Regulation (EU) 2021/241 the Commission must propose the (partial) suspension of commitments and payments to the Council in case the Council adopted a decision establishing that a Member State has not effectively corrected an excessive deficit pursuant to Article 126(8) and 126(11) TFEU. Further to that, the Commission *may* also propose the (partial) suspension under Article 10(2) Regulation (EU) 2021/241 where the Council acted in relation to excessive imbalance procedures or the macroeconomic adjustment programme concerning a Member State as well as in the context of Regulation (EC) No 332/2002.[95] Once the Commission decides to propose the suspension of commitments and/or payments, it is then the Council that has to act by adopting an implementing act.[96] Hence, in the context of the RRF the horizontal EU rules concerning the general conditionality mechanism and the economic governance are applicable.[97] Procedurally, for both conditionalities it is the Commission that conducts the required (preparatory) assessments and subsequently the Council has to adopt the corresponding implementing act (if deemed appropriate).

A different, more instrument-specific conditionality was introduced in the context of the Ukraine as well as the Western Balkans Facility. Considering first the Ukraine Facility, Article 5(1) Regulation (EU) 2024/792 establishes a list of preconditional principles which includes "that Ukraine continues to uphold and respect effective democratic mechanisms, including a multi-party parliamentary system and the rule of law, and to guarantee respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities." Fulfilment of these principles is a "precondition" for any financing under the Facility, as established by Article 16(2) Regulation (EU) 2024/792. To that end, the Commission is tasked with continuously monitoring fulfilment of the precondition (Article 5(2) Regulation (EU) 2024/792) and it must

95 Council Regulation (EC) No 332/2002 establishing a facility providing medium-term financial assistance for Member States' balances of payments, OJ L 53 of 23 February 2002, p. 1.

96 Pursuant to Art. 10(3) Regulation (EU) 2021/241 the "reversed majority" applies.

97 Similarly, and for completeness, Art. 19 Regulation (EU) 2021/1060 also foresees the application of macroeconomic conditionality in the context of cohesion funding.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

inform the Council about the compliance status prior to the adoption of a Council disbursement decision.[98]

The Western Balkans Facility replicates this precondition with slightly more elaborate wording in Article 5(1), point (a), Regulation (EU) 2024/1449. Further to that, Article 5(1), point (b), Regulation (EU) 2024/1449 contains a specific precondition for Serbia and Kosovo regarding the process of normalising their relations. It is again the Commission that monitors the fulfilment of these preconditions (cf. 5(2) Regulation (EU) 2024/1449). Furthermore, the Commission must reflect in its evaluation of the *Reform Agendas* whether these "appropriately [address] potential risks in compliance with the preconditions and payment conditions."[99] Finally, prior to the release of funds, which under the Western Balkans Facility is authorised through a Commission decision, the Commission must verify that the preconditions are still fulfilled (cf. Article 21(2) Regulation (EU) 2024/1449).

Hence, under both facilities, the release of funds is subject to compliance with core EU values, that correspond to the foundational values enshrined in Article 2 TEU. The monitoring of and the compliance assessment with these preconditional requirements is done by the Commission. As pointed out, given the different institutional design, it is either the Council (Ukraine Facility) or the Commission (Western Balkans Facility) that must then confirm fulfilment of these preconditional requirements prior to the release of any funds. Obviously, both facilities fall within the accession-context, and the EU funds are thus used to foster alignment with core EU values, such as democracy, the rule of law and protection of minorities.

Finally, in the context of cohesion funding, Regulation (EU) 2021/1060 ("Common Provisions Regulation") contains *enabling conditions* that must be fulfilled before the Commission can reimburse a corresponding payment request submitted by a Member State (cf. Article 15(4) Regulation (EU) 2021/1060). Article 15(6) Regulation (EU) 2021/1060 clarifies that the enabling conditions must remain fulfilled and that Member States must inform the Commission in case of possible changes, based on which the Commission may then consider suspending the reimbursement of payment requests. There are four horizontal enabling conditions for which Annex III to Regulation (EU) 2021/1060 lists specific fulfilment criteria that are self-assessed by the Member States subject to Commission review. In addition to these *horizontal conditions*, which apply across the different Member States' programmes and to all specific objectives, there are also sixteen *thematic enabling conditions* which apply to the European Regional Development Fund (ERDF), European Social Fund Plus (ESF+) as well as the Cohesion Fund as set out in Annex IV to Regulation (EU) 2021/1060. These thematic conditions are sector-specific and thus tailored to a specific objective, such as for example "ERFD: Enhancing digital connectivity" and the enabling condition being "national or regional broadband plan" with then specific fulfilment criteria. As apparent from the enabling conditions framework, Article 15 Regulation (EU) 2021/1060 provides the

98 Cf. Art. 5(2) in conjunction with Art. 26(3) and (4) Regulation (EU) 2024/792.
99 Cf. Art. 15(4), point (g), Regulation (EU) 2024/1449.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Commission with a strong tool to halt disbursement of EU funds in case related concerns are observed and established.[100]

Taken together, the analysis shows that both the general as well as the programme-specific conditionalities may entail, but do not necessarily require, the adoption of implementing acts. The recourse to Article 291 TFEU seems justified where the aim of these conditionality mechanisms is to create *uniform conditions* for the implementation of EU law or – put differently – where the effectiveness of conditionality mechanisms depends on establishing a binding and uniform decision that prevents the release of Union funding until the corresponding concerns are adequately addressed.

Moreover, as apparent from the analysis, in three instances the Council is empowered to adopt these implementing decisions (cf. the general conditionality regime, the RRF, and the Ukraine Facility) and in two instances the Commission adopts these implementing acts (Common Provisions Regulation and the Western Balkans Facility). In relation to the general conditionality mechanism as established by Regulation (EU, Euratom) 2020/2092, the CJEU has confirmed the legislator's reasoning notably that Council implementing acts are justified given the "importance of the financial effects of those measures"[101] specifically given their cross-cutting nature across various programmes. Similarly, it can be argued that in light of the uncertainties and the required flexibility in relation to Ukraine, which entail ad hoc political decision-making, the Council must be exceptionally empowered to take the decision on fulfilment of the preconditions. One may apply a similar reasoning in relation to the RRF, which concerns considerable financial investments in relation to a crisis-situation which might require additional political steer. By contrast, the Western Balkans Facility does not involve the same level of uncertainties – compared to Ukraine in light of the on-going war. Considering the horizontal enabling conditions, one could argue that empowering the Commission to decide on their fulfilment via implementing act instead of the Council renders the mechanism less political. Moreover, their approval by the Commission is also coherent with the fact that they are closely linked to the approval and implementation of the programmes, which are approved by the Commission by implementing act without comitology.

IV. Conclusions on the practical examples

The analysis of various spending programmes under the current MFF has revealed that the legislator enjoys considerable discretion when devising budget implementation processes in the broad sense. As highlighted, both the general programming required based on pre-defined priorities as well as the subsequent adoption of the work programme can require the adoption of an implementing act subject to comi-

100 Whereas programme approval decisions pursuant to Art. 24 Regulation (EU) 2021/1060 are taken by implementing act, this is not the case for decisions under Art. 15 Regulation (EU) 2021/1060.

101 ECJ, Case C-156/21, paras. 188–189; Cf. reasoning provided by the legislator in Recital 20 Regulation (EU, Euratom) 2020/2092.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tology. As clarified by the CJEU, this does not conflict with the Commission's prerogatives under Article 317 TFEU.[102] It was highlighted that the RRF, the Ukraine Facility and SAFE reserve the adoption of implementing acts to the Council, which can be explained due to the sensitive context to which these legislative acts correspond as well as the financial volumes concerned.

Similarly, general conditionality mechanisms through which payments may be temporarily suspended form part of the budget implementation process in the broad sense. Consequently, the legislator enjoys discretion when devising the concrete implementing modalities in light of Article 322(1) TFEU. As highlighted, the various mechanisms entail the adoption of an implementing act in order to guarantee uniform application. Depending on the political sensitivity, either the Council might be exceptionally empowered to adopt these implementing acts, or the Commission is tasked with this.

These *wider* budget implementation tasks are to be distinguished from the Commission's prerogatives under Article 317(1) TFEU, which include specifically "activities relating to the management, monitoring, control and auditing of budget appropriations in accordance with the methods provided for in Article 62" as defined in Article 2, point (7), of the Financial Regulation.[103] It was outlined that *inter alia* disbursement decisions fall within this definition and these should be reserved to the Commission. In this regard, the RRF provides an exception as it foresees the adoption of disbursement decisions through Commission implementing acts. Although not intended as a precedent, the Ukraine Facility provides a further peculiar exception, as it foresees a Council implementing decision to approve the disbursement of funding. However, in more recent practice, notably the case of the Western Balkans Facility, a return to the more traditional approach according to which disbursement decision are the prerogative of the Commission can be noted.

E. Budget implementation in the future MFF (2028-34)

On 16 July and 3 September 2025, the European Commission presented its proposals for the next MFF, which will cover the period from 2028 to 2034.[104] As mentioned, given the significant policy challenges and budgetary constraints for the Union budget, a significant emphasis in the design of the proposals was placed on flexibility and efficiency in budget implementation.[105] It is therefore interesting to consider how the questions examined in this article have been addressed in the new proposals. Evidently, given the complexity and volume of the new package, the ambition is not to present an exhaustive or definite analysis, but rather to illustrate some salient features of interest for the current topic. In any event, the

102 ECJ, Case C-156/21, para. 187.
103 Ibid., paras. 186–187.
104 For a list of the proposals adopted on 16 July 2025: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/eu-budget/long-term-eu-budget/eu-budget-2028-2034_en#factsheets (5/2/2026).
105 COM(2025) 570 final, p. 1–2.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

final outcome of the legislative processes, which will take some time, will have to be awaited for a more definitive appraisal.

I. The structure of the new basic acts: Consolidation and simplification

A major emphasis of the new MFF proposals is on the consolidation and simplification of the Union's spending programmes. While under the current MFF there are 40 funding programmes, each established by separate basic acts with own financial envelope and implementation mechanisms,[106] this number will be significantly reduced. This reduction is achieved by consolidating a number of current spending programmes into single basic acts.[107]

Probably the most salient consolidation is reflected in the proposal for a European Fund for economic, social and territorial cohesion, agriculture and rural, fisheries and maritime prosperity and security (National and Regional Partnership Plans – NRPP Fund Regulation).[108] This fund, which regroups and consolidates in a single framework the current funds in the field of cohesion policy (notably the European Fund for Regional Development, the European Social Fund, and the Cohesion Fund), the funds in the field of agricultural policy and fisheries, and de facto also replaces the current RRF,[109] is a major innovation of the proposals for the next MFF. It will have a financial envelope of 865 billion Euro, which will be allocated across Members States.[110] It will then be implemented through national and regional partnership plans which will be prepared by Member States, and approved by Council, based on a proposal by the Commission.[111] Each plan will have to allocate adequate funding to all the relevant objectives, and contain milestones and targets for the measures to be supported,[112] thus following in essence the performance-based model of the current RRF. However, unlike the RRF, the new fund shall mainly be implemented according to the principles of shared management,[113]

106 For a list of the current funding programmes: https://commission.europa.eu/funding-tenders/find-funding/eu-funding-programmes_en (5/2/2026).

107 In parallel, the number of MFF headings (apart from the heading dedicated to administration) is reduced from currently six to three, covering 1) Economic, Social, and Territorial Cohesion, agriculture and rural and maritime prosperity and security, 2) Competitiveness, Prosperity and Security, and 3) Global Europe, cf. proposal for a new MFF Regulation, *European Commission*, Proposal for a Council Regulation laying down the multiannual financial framework for the years 2028 to 2034, COM(2025) 571 final.

108 *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the European Fund for economic, social and territorial cohesion, agriculture and rural, fisheries and maritime, prosperity and security for the period 2028-2034 and amending Regulation (EU) 2023/955 and Regulation (EU, Euratom) 2024/2509, COM(2025) 565 final.

109 Although the financing model of the RRF through NGEU will not be continued.

110 For the details, cf. Art. 10 COM(2025) 565 final in conjunction with Annex I (allocation key).

111 Further on that see the next subsection.

112 For the requirements on the plan, cf. Art. 22 COM(2025) 565 final.

113 Art. 5 COM(2025) 565 final.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

thus to this extent remaining in line with the current implementing mode in the fields of cohesion, agriculture, and fisheries.[114] The NRPP Fund will also contain a new facility, to be implemented in shared, direct or indirect management,[115] which will replace inter alia the current EU Solidarity Fund with its specific mobilisation mechanisms.[116]

This consolidation of funds and their integration into a common implementation framework was possible to the extent that all the legal bases involved are procedurally compatible. Moreover, Article 177(1) TFEU also allows the legislator to proceed to a grouping of the structural funds. At the same time, the structural funds foreseen by the Treaties continue to exist, albeit within the context of a single implementation framework. This is illustrated by the fact that there are accompanying regulations setting out further rules for certain of the funds.[117] Moreover, for certain funding programmes in the field of asylum, migration and home affairs, where the legal bases are not compatible due to the variable geometry decision-making in Council applying in the field of Justice and Home Affairs, basic acts with own financial envelopes are foreseen.[118]

114 In addition, the NRPP Fund also comprises a Facility, with an envelope of almost 72 billion euro, which finance a range a support measures, including crisis support measures. These measures can be implemented through direct, indirect or shared management, and provide a further element of flexibility in response to crisis and emergency situations in the field of cohesion policy. For further details, cf. Art. 26 and Annex XV COM(2025) 565 final.

115 Art. 26 ff. and Annex XV COM(2025) 565 final.

116 Cf. Council Regulation (EC) No 2012/2002.

117 Cf. *inter alia European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the European Social Fund as part of the National and Regional Partnership Plan set out in Regulation (EU) […] [NRPPlan] establishing conditions for the implementation of the Union support to quality employment, skills and social inclusion for the period from 2028 to 2034, COM(2025) 558 final containing a proposal for a Regulation establishing the European Social Fund as part of the National and Regional Partnership Plan, *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the European Fund for Regional Development including for European Territorial Cooperation (Interreg) and the Cohesion Fund as part of the Fund set out in Regulation (EU) […] [NRP] and establishing conditions for the implementation of the Union support to regional development from 2028 to 2034, COM(2025) 552 final with a proposal establishing the European Fund for Regional Development including for European Territorial Cooperation (Interreg) and the Cohesion Fund as part of the National and Regional Partnership Plan, or *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the conditions for the implementation of the Union support to the Common Agriculture Policy for the period from 2028 to 2034, COM(2025) 560 containing a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the conditions for the implementation of the Union support to the Common Agricultural Policy.

118 Cf. e.g. *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Union support for asylum, migration and integration for the period from 2028 to 2034 COM(2025) 540 final.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Another significant element of consolidation is represented by a proposal for a regulation establishing a European Competitiveness Fund (ECF).[119] This new fund will have an indicative financial envelope of 234 billion Euro, and will provide support to the Union's competitiveness in the areas of clean and industrial decarbonisation, health, biotech, agriculture and bioeconomy, digital leadership, resilience, security, defence and space.[120] The new fund replaces or repeals about 10 funding programmes under the current MFF. The ECF shall be implemented through work programmes in direct or indirect management.[121] Next to the ECF, Horizon Europe shall be maintained as a separate basic act with its own financial envelope, but shall be closely coordinated with the prior.[122] An additional new basic act implying a significant consolidation of basic acts is the new Single Market and Customs Program, which will replace several currently existing basic acts in the field of the internal market, customs, tax, and anti-fraud.[123] In the field of external relations, a Global Europe Regulation[124] will replace the current NDICI basic act. In line with the overall objective of simplification, the proposed Global Europe Regulation will also incorporate and replace the current Instrument for Preaccession[125] as well as the Ukraine, Western Balkans and Moldova Facilities.

The overall effect of this consolidation of basic acts is to achieve more efficiency and flexibility in the implementation of the Union's funding programmes, by allowing flexibility in the allocation to specific priorities within the envelope of a larger programme, or by avoiding the need to proceed budgetary transfers in order to respond to new or changing policy priorities.[126] It can be noted that in several

119 *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on establishing the European Competitiveness Fund ('ECF'), including the specific programme for defence research and innovation activities, repealing Regulations (EU) 2021/522, (EU) 2021/694, (EU) 2021/697, (EU) 2021/783, repealing provisions of Regulations (EU) 2021/696, (EU) 2023/588, and amending Regulation (EU) [EDIP], COM(2025) 555 final.

120 Cf. Arts. 3 and 4 COM(2025) 555 final.

121 Art. 12(1) and (2) COM(2025) 555 final.

122 *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing Horizon Europe, the Framework Programme for Research and Innovation, for the period 2028-2034 laying down its rules for participation and dissemination, and repealing Regulation (EU) 2021/695, COM(2025) 543 final.

123 *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Single Market and Customs Programme for the period 2028-2034 and repealing Regulations (EU) 2021/444, (EU) 2021/690, (EU) 2021/785, (EU) 2021/847 and (EU) 2021/1077 COM(2025) 590 final.

124 *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing Global Europe, COM(2025) 551 final.

125 Regulation (EU) 2021/1529.

126 A further element of flexibility is introduced via the proposal for a new Interinstitutional Agreement (*European Commission*, Proposal for a Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on budgetary discipline, on cooperation in budgetary matters and on sound financial management, COM(2025) 572 final), which provides in Article 10 that the budgetary authority may depart by 20% from the amount to the indicated envelope for the duration of the programme concerned, compared to currently 15%.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

proposed basic acts, the objectives are defined at a relatively high level, which leaves flexibility for the programming level. However, provided essential elements are defined in the basic act, it is a policy choice of the legislator in how much detail to frame the spending programmes, and how much leeway to leave to programming and budget implementation in order to achieve more flexibility and agility in the subsequent implementation of Union funding programmes.

II. Budget implementation in the future MFF

This now allows to turn our attention to the modalities in terms of responsibility for programming and budget implementation in the proposals for the new MFF.

In that regard, of particular interest is the NRP Fund proposal. Given the very large financial volume, scope and political importance, it is evident that particular attention is paid to the governance arrangement for the implementation of this Fund. Moreover, as seen above, the Commission has, with this fund, combined instruments that are currently marked by starkly different models of implementation in terms of the roles of the Council and the Commission: whereas under the RRF model, it is the Council that approves the RRF plans, and even disbursements, in the field of cohesion policy and agriculture it is the Commission alone that is in charge of the approval of programmes or plans.

In its proposal for the new fund, it appears that the Commission has tried to steer a middle course between the existing models. As a consequence, as regards the approval of the plans, the Commission's proposal foresees that where a plan complies with the requirement of the regulation, the Commission shall propose an implementing decision to the Council laying down certain core elements of the plan, namely the total Union contribution, the amount of loan support, and the list of measures covered by the Union contribution and loans contained in the NRP plan.[127] Once the Council has adopted the implementing decision, the Commission shall then adopt a financing decision including *inter alia* the milestones and targets in relation to the implementation of the measures, the corresponding pay-out values, and the Union contribution per year.[128] Similarly, like under cohesion policy, the Commission shall also be subsequently responsible for the assessment of payment requests.

A similarly hybrid solution was also chosen for the horizontal conditions applicable under the Fund. According to the Commission's proposal, the new fund will, like the current cohesion funds, contain a horizontal condition concerning effective mechanisms to ensure compliance with the Charter of Fundamental Rights in the implementation of the Fund ("Charter Horizontal Condition"). As under the current Regulation (EU) 2021/1060, it is proposed that it shall be the Commission that is responsible for deciding on the non-fulfilment of this condition, and on

127 Art. 23(4) COM(2025) 565 final.
128 Art. 23(7) COM(2025) 565 final.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

possible consequences.[129] However, as a new element, the proposal also foresees a condition concerning the respect of the principles of the rule of law ("rule of law horizontal condition"). With regard to this condition, in line with the model currently applicable under the General Conditionality Regulation,[130] it shall be the Council, acting by implementing act upon a proposal from the Commission, that shall decide on the non-fulfilment of this condition.[131] However, given the potential overlap between the Charter and the Rule of Law Horizontal Conditions, it is also provided that where a breach may concern both conditions, the procedure concerning the Rule of Law Horizontal Condition shall be activated with priority, giving thus priority to the Council.[132]

While particular solutions were thus devised for the purposes of the NRP Fund, the implementing modalities for the remaining basic acts remain largely in line with current practice as regards the procedures for programming and responsibility for budget implementation. Notably, work programmes are generally adopted by the Commission, often by implementing act following an examination or advisory procedure. For instance, in the case of the ECF, the adoption of work programmes is usually foreseen following an advisory procedure, but in certain cases, notably relating to defence, also following an examination procedure.[133] In other cases only an examination procedure[134] or only advisory procedure,[135] and sometimes no comitology,[136] is foreseen. As regards the downstream budget implementation mechanism, the proposals follow largely establish practice as described. However, further issues may come to light in the course of the legislative process.

F. Conclusion

The interpretation and application of European Union law always has to take into account its political and policy context, and in no area is this truer than in the field of budgetary law. At the level of the Treaties, EU budget law is governed by

129 Art. 8 COM(2025) 565 final.
130 Regulation (EU, Euratom) 2020/2092.
131 Art. 9(4) COM(2025) 565 final.
132 Art. 8(8) COM(2025) 565 final.
133 Art. 15(3) and (4) COM(2025) 555 final. Art. 15(5) and (6) COM(2025) 555 final foresee to adopt immediately applicable implementing acts without prior comitology in certain cases of urgency.
134 Cf. Art. 4(2) (a) – (c) of the proposal for the Horizon Europe Specific Programme, COM(2025) 544 final.
135 Cf. Art. 12 of *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Connecting Europe Facility for the period 2028-2034, amending Regulation (EU) 2024/1679 and repealing Regulation (EU) 2021/1153, COM(2025) 547 final.
136 Cf. *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnugn des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung des Binnenmarkt- und Zollprogramms für den Zeitraum 2028-2034 und zur Aufhebung der Verordnungen (EU) 2021/444, (EU) 2021/690, (EU) 2021/785, (EU) 2021/847 und (EU) 2021/1077, Art. 11 COM(2025) 590 final.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a limited number of provisions which set out relatively high-level principles and limitations. At the same time, the Union has developed a considerable acquis of secondary law and practice which has grown in density and complexity over time, reflecting the increasing challenges for the Union's budget. By contrast, the Court of Justice has had limited occasion to weigh in on questions of budgetary law, and case-law as well as academic writing has equally remained sparse. As a consequence, as illustrated in the present article, EU budget law is very much shaped by the practice of the institutions, to whom primary law leaves quite some flexibility in defining the modes and modalities of budget implementation.

However, while serving policy and sometimes political objectives, budget execution is at the same time a matter in which the principles of sound financial management must be scrupulously respected. It is therefore not coincidental that the Treaties have conferred the task of budget implementation to the European Commission as an institution which is independent, acts in the interest of the Union as a whole, and remains under the political scrutiny of the Parliament and the Council. Without prejudice to the responsibilities of the Parliament and Council as Union legislator and budgetary authority, it is therefore also in the very interest of the Union that the prerogative of the Commission to execute the budget is duly respected. The correct delineation and balancing of the powers of the Parliament, the Council and the Commission in the budgetary field is thus of considerable importance both for the institutional balance in the Union, and for the success of its policies.

A clear understanding of the guiding principles is therefore necessary to steer the practice of the institutions and achieve a framework for the attainment of the Union's objectives. While the present article has shown that there is a leeway of the legislator in defining what constitutes budget implementation in the context of a concrete basic act, it has also been shown that there is a hard core of budget implementation acts in the narrow sense which should remain reserved to the Commission, and that this room does not only concern purely technical matters. At the same time, while the legislator can go into considerable detail in framing budgetary implementation in the broader sense, it may also leave this room to the Commission when deciding on further priorities in work programmes, possibly with the assistance of comitology committees. In fact, in many cases this flexibility may also be in the interest of increased speed and agility in terms of the delivery of the objectives of the Union's budget, particularly when faced with crises or emergencies that are not foreseeable at the time of adoption of the basic act. It is here where a policy space exists for the legislator to balance the desired precision and control at the level of the basic act and the necessary flexibility at implementing level.

It is hoped that the present article can contribute to a better understanding of these questions, which are – given the political importance of the Union budget for the political priorities of the Union – likely to occupy the institutions in the coming years, including but not only in the upcoming legislative process on the new MFF.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Bibliography

BIEBER, ROLAND, *Art. 315 AEUV*, in: von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin; Terhechte, Jörg Philipp (eds.), Europäisches Unionsrecht. Article-by-Article Commentary, 7th edition, Baden-Baden, 2015

BUCHET, ANTOINE, *La réforme des pouvoirs conférés à la Commission européenne, entre métamorphose et réminiscence*, Cahiers de droit européen, 2018, Vol. 54(3), pp. 205–250

CHAMON, MERIJN, *Case Note: Only Fans of the Council's implementing powers in Luxembourg*, Common Market Law Review, 2023, Vol. 60(6), pp. 1683–1704

CHAMON, MERIJN, *Case Note: Fining Member States under the SGP, or how enforcement is different from implementation under Article 291 TFEU: Spain v. Council*, Common Market Law Review, 2018, Vol. 55(5), pp. 1495–1520

EHLERMANN, CLAUS-DIETER; MINCH, MARY, *Conflicts between Community Institutions within the Budgetary Procedure – Article 205 EEC*, Europarecht, 1981, Vol. 16(1), pp. 23–42

FORMAN, JOHN, *Case Note: Case 16/88, Commission, supported by Parliament v. Council, Judgment of 24 October 1989*, Common Market Law Review, 1990, Vol. 27(4), pp. 872–882

FORMAN, JOHN, *Implementing the Community Budget*, Revue d'intégration européenne, 1985, Vol. 8 (2/3), pp. 139–156

HERVEY, TAMARA, *Case Note: Case C-106/96, United Kingdom v. Commission (Poverty 4) [Court of Justice of the European Communities]*, Common Market Law Review, 1999, Vol. 36(5), pp. 1079–1090

INGHELRAM, JAN, *Budget and Finances*, in: Kuijper, Pieter Jan; Amtenbrink, Fabian; Curtin, Deirdre; De Witte, Bruno; Mcdonnell, Alison; Van Den Bogaert, Stefaan (eds.), The Law of the European Union, 5th edition, Alphen aan den Rijn, pp. 313–356

KILPATRICK, CLAIRE, *Explaining and Remedying the Near Absence of the Budget in EU Law Scholarship*, Common Market Law Review, 2024, Vol. 61(3), pp. 623–654

MAGIERA, SIEGFRIED, *Art. 314 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (eds.), Das Recht der Europäischen Union. Article-by-Article Commentary, 86th edition, München, 2025

MANTL, LEOPOLD; TRITZ, CHRISTINA, *Ein neuer Finanzierungsrahmen für die Kohäsion in der EU*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2021, Vol. 32(23), pp. 1019–1025

RITLENG, DOMINIQUE, *Case Note: Case C-427/12, European Commission v European Parliament and Council of the European Union [Court of Justice of the European Union]*, Common Market Law Review, 2015, Vol. 52(1), pp. 243–258

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

STELKENS, ULRICH, *Art. 291, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten -zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 290 und Art. 291 AEUV*, Europarecht, 2012, Vol. 47(5), pp. 511–545

© Frederik Behre and Bernd Martenczuk

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Investment Arbitration and the Conceptual Limits of EU State Aid Law

Lena Hornkohl and Dionysios Pelekis*

Contents

A. Introduction 275
B. Setting the Scene 277
I. The Measure 277
II. Incompatible by Definition 278
III. Extraterritoriality 279
IV. State Aid as a Defence and Moral Hazard 282
C. Imputability 282
I. From Treaty Consent to Imputed Awards? 283
II. 'Original Sins' and the Limits of Imputability 286
III. A Few Words on State Resources 289
IV. Conclusion on Imputability 290
D. Advantage 290
I. Normal Market Conditions and the Reference Framework 290
II. The Compensatory Nature of Investment Arbitration Awards 291
III. When Compensation Reflects Unlawful Aid 293
IV. Illegality Is Not Advantage 296
V. Conclusion on Advantage 298
E. Selectivity 299
F. National Courts, Standstill, and Anti-Enforcement 302
G. Conclusion 306

* Lena Hornkohl is an Assistant Professor (Tenure Track) for European Law at the University of Vienna, Austria, and a Postdoctoral Researcher (*Habilitandin*) at the University of Heidelberg (Germany). Dionysios Pelekis is an Assistant Professor at Utrecht University, The Netherlands, and also works as a procurement consultant for Corvers Commercial & Legal Affairs. Corresponding emails: lena.hornkohl@univie.ac.at; d.pelekis@uu.nl. This article is based on *Hornkohl/Pelekis*, Investitionsschiedsverfahren und staatliche Beihilfen im Nachgang zu *Antin*, NZKart 2025/11, 590 – 596 but was subsequently modified. AI-assisted tools were employed exclusively for proofreading the text. All substantive content, analysis, and interpretation are the work of the authors. In accordance with the ASCOLA declaration of ethics, we have nothing else to disclose.

 DOI: 10.5771/1435-439X-2026-2-274

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abstract

This article revisits the uneasy junction where investment arbitration intersects with EU State aid law, examining whether, and in what circumstances, such arbitral awards and their payment or enforcement can fall within Article 107(1) TFEU. Using the Commission's decision in *Antin* as its central case study, it focuses on two elements of the notion of aid that have become particularly salient in this context: imputability and advantage. It argues that the Commission's reasoning is strained on both counts. Treaty accession, incorporation into national law, and voluntary compliance may involve sufficiently clear State conduct, but arbitral awards, judicial recognition, and involuntary enforcement sit far less comfortably within orthodox imputability analysis. Equally, compensation for loss does not become an advantage merely because the arbitral route is regarded as incompatible with EU law. Selectivity, in turn, is shown to suffer from the same issues stemming from definitional oscillation. The article also shows that *Antin's* remedial logic is vulnerable. By extending Article 108(3) TFEU towards a general anti-enforcement mandate, including with respect to third-country proceedings, the decision exposes a mismatch between the internal logic of EU State aid law and the external operation of the ICSID enforcement regime, undermining the very effectiveness the Commission champions.

Keywords: State aid; investment arbitration; ISDS; intra-EU ISDS; *Antin*; imputability; advantage; enforcement; extraterritoriality; Article 108(3) TFEU.

A. Introduction

The collision of two rational systems does not produce clarity, but confusion. Few areas of law illustrate this better than the relationship between international investment arbitration and EU law, a relationship that has become one of the most contentious and unsettled in contemporary legal discourse. That confusion stems from the uneasy coexistence of two complex and in-themselves rational legal principles: on the one hand, the autonomy and supremacy of EU law; on the other, the international obligations freely undertaken by (Member) States under bilateral and multilateral investment treaties. The resulting friction creates a complicated landscape, involving not only doctrinal questions, but also issues of jurisdiction, authority, and enforcement.

When the European Court of Justice (ECJ) decided *Achmea,*[1] *Komstroy*,[2] and *PL Holdings*,[3] it did more than close the door on intra-EU bilateral investment treaties (BITs); it opened a new one into legal uncertainty, including in the relationship be-

1 ECJ, Case C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158.
2 ECJ, Case C-741/19, *République de Moldavie v Komstroy LLC*, ECLI:EU:C:2021:655.
3 ECJ, Case C-109/20, *Republiken Polen v PL Holdings Sàrl*, ECLI:EU:C:2021:875.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tween investment arbitration and State aid law. The *Micula*[4] saga and the European Commission's decision in *Antin*[5] are among the first attempts to shed light into the darkness; but themselves require further contextualisation.

Antin concerns an International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention[6] arbitral award rendered against Spain in favour of Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V., both Luxembourg-incorporated investors in two Spanish concentrated solar power plants developed under Spain's 2007 renewable energy support scheme (Royal Decree 661/2007). Between 2012 and 2014, Spain progressively modified and ultimately repealed that scheme through successive measures, culminating in a new regulatory regime predicated on a 'reasonable rate of return' benchmark.[7] The arbitral tribunal found Spain in breach of the fair and equitable treatment standard under Article 10(1) Energy Charter Treaty (ECT)[8] and awarded the claimants damages of approximately EUR 101 million plus interest.[9] By its Decision of 24 March 2025, the Commission classified the 'award and, in any event, its implementation' as unlawful State aid incompatible with the internal market, ordered Spain not to pay said award, and required it to prevent the claimants or any assignees from seeking recognition, enforcement, or execution of the award within the Union or in third countries.[10]

This article takes this decision and examines the relationship between investor-state dispute settlement (ISDS) arbitration and State aid, specifically analysing whether, and if so in what circumstances, such awards, or their payment or enforce-

4 Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania – Arbitral award *Micula v Romania* of 11 December 2013, OJ L 232 of 4/9/2015, p. 43; ECJ, Case C-638/19 P, *European Food and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2022:50, para. 135; GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, paras. 125-136.

5 Commission Decision (EU) 2025/1235 of 24 March 2025 on the State aid SA.54155 (2021/NN) implemented by Spain – Arbitration award to Antin, OJ L 1235 of 2025 (hereafter: *Antin*).

6 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1965) 575 UNTS 159.

7 Royal Decree-Law 9/2013 of 12 July 2013; Royal Decree 413/2014 of 6 June 2014; Ministerial Order IET/1045/2014 of 16 June 2014. See further *Pérez-Bernabeu*, EStAL 2025/3, p. 246.

8 Energy Charter Treaty (1994) 2080 UNTS 95.

9 *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award (15 June 2018).

10 *Antin*, Articles 1-4.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ment ('implementation'),[11] can constitute State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU. Drawing on the reasoning in *Antin*, and the wider relevant case law, we examine whether different arbitration-related acts can qualify as aid, or satisfy the conditions of that notion, bearing in mind that the conditions of Article 107(1) TFEU are cumulative.[12] Rather than seeking to address all possible scenarios, we focus particularly on the sequence running from a Member State's voluntary agreement to enter into the ECT and the ICSID Convention, through the rendering of an ICSID/ECT award, to that award's payment, judicial recognition or enforcement, and execution against assets (whether voluntary or coercive). The analysis is organised around the two elements of the notion of aid that bear most of the analytical weight in this context, namely imputability (Section C.) and advantage (Section D.), with shorter treatment of selectivity (Section E.) and of the decision's remedial architecture, including its anti-enforcement reach (Section F.).

B. Setting the Scene

Before delving into the main discussion, we will set out some points, which deserve to be addressed at the outset to provide the relevant context.

I. The Measure

The first, and most important, of those points informs the approach and structure of this article as a whole and has to do with the determination of the actual measure being analysed under the prism of State aid. On this point, the *Micula* case law, which is a core element of the Commission's reasoning, is more layered than sometimes assumed. In its 2022 judgment, the ECJ held that aid must be regarded

11 It is important to note that the terminology in this area is not entirely straightforward: recognition, registration, declaration of enforceability, enforcement, execution against assets, payment, and voluntary compliance are not identical concepts. Under the ICSID Convention, the distinction is structural: Article 54(1) obliges each contracting state to recognise the award as binding and to enforce the pecuniary obligations it imposes as if it were a final judgment of its own courts, without any merits review; Article 54(3) then provides that execution against assets is governed by the law in force in the state in which execution is sought, including that state's rules on sovereign immunity. Recognition and enforcement in the Article 54(1) sense are thus juridical and declaratory steps – they domesticate the award and give it executory force – whereas execution is the subsequent physical compulsion, which turns on domestic law and remains beyond the ICSID Convention's harmonising reach. The Commission in *Antin* tends to use the broader language of 'implementation' so as to capture not only payment, but also the legal pathways through which payment may later be compelled (see, e.g., *Antin*, recitals 72-76, 243-248). In the context of the State-aid-centric analysis of this paper, we likewise use 'implementation' as a shorthand, but where precision matters we distinguish between payment or voluntary compliance by the Member State, judicial recognition or enforcement, and execution against assets.

12 See, e.g., ECJ, Case C-482/99, *France v Commission* (*Stardust Marine*), ECLI:EU:C:2002:294, para. 68.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

as 'granted' at the moment the beneficiaries are conferred the right to receive it – namely, upon adoption of the award – even where payment follows at a later stage.[13] After the case was referred back to it, the General Court (GC) in 2024 clarified that the Commission's decision had identified the aid measure as the implementation of the award, i.e. the payment of the sums due by Romania, and not the award itself.[14] The result is a distinction between (i) the moment at which aid is to be regarded as granted for the purposes of Article 107(1) TFEU – linked by the ECJ to the award – and (ii) the measure properly so called, which the GC anchors in the payment. This distinction is particularly relevant, both in practical and doctrinal terms: what is assessed under the four conditions of Article 107(1) TFEU is the measure, whereas what must not be put into effect under Article 108(3) TFEU is its implementation. Nonetheless, both the GC and ECJ effectively stated that the aid measure is the payment of the sums owed under the award but explicitly *not* the award itself.[15] That was what the Commission, in its 2014 Decision, defined as the measure, and what the judicial saga has consistently treated as the measure.[16] This is despite the Commission, seemingly, attempting to expand that definition to include the award itself, perhaps as a single measure.[17]

Looking at the reasoning in *Antin*, this attempted expansion seems calculated; as does the attempt, within *Antin*, to collapse the *Micula* distinction. In *Antin*, the measure is defined as the award *and/or* its implementation.[18] This distinction, and the proper identification of the measure, is not a purely academic exercise, being significant both for the assessment as to the existence of aid, and for the enforcement of State aid law, provided aid actually exists. As shown below, the proper identification of the measure, and of its limits, is essential for the imputability, advantage, and selectivity analyses.

II. Incompatible by Definition

A further important consideration is that, where an intra-EU investment arbitration award and/or its implementation is characterised as new aid arising from an intra-EU arbitral entitlement incompatible with EU law, such aid is liable to encounter significant, potentially insurmountable, difficulties as regards compatibility. In fact,

13 ECJ, Case C-638/19 P, *European Food and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2022:50, paras. 124-125.

14 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, paras. 125-136.

15 ECJ, Case C-638/19 P, *European Food and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2022:50, para. 135; GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, paras. 125-136.

16 Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015, OJ L 232 of 4/9/2015, p. 43, part 3.

17 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, para. 132.

18 The Commission itself tip-toes between 'and' and 'or'; see, e.g., *Antin*, recitals 205, 230 and 235.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

such aid is very likely by definition incompatible with the internal market, as it breaches the non-contravention principle of compatibility,[19] as a result of the *Achmea* reasoning. It also lacks, by definition, incentive effect and necessity, as it compensates for past events.[20] This impossibility of compatibility, while not affecting the assessment as to the existence of aid, underscores the importance of that assessment being watertight, as that assessment becomes the only justiciable part.

III. Extraterritoriality

Arbitration under the ICSID Convention is, structurally, a transnational enforcement regime, not exhausted in or limited to EU fora. It is predicated on the principle that an award must be recognised and enforceable in any contracting state.[21] Indeed, intra-EU ICSID awards have been recognised in extra-EU courts.[22] That is of particular relevance, as the *Antin* decision itself expressly proceeds on the basis that enforcement steps have been, and may continue to be, taken outside the Union, including in the United States, Australia, and the United Kingdom.[23] Yet, those same proceedings expose the limits of the Commission's approach to *Antin*, and to the broader issue of ISDS and State aid. Under Articles 54(1), (3) ICSID Convention, the binding force of an award, as well as its recognition and enforcement, are treated separately from execution. While awards have binding force under Article 53(1), and contracting states must accord recognition and enforcement per Article 54(1) ICSID Convention, execution against assets must be guaranteed but remains subject to domestic rules per Article 54(3) ICSID Convention.[24]

This distinction between recognition, enforcement, and execution is important. Its tripartite nature has been affirmed in both Australia and the United Kingdom, where the courts have treated treaty accession as sufficient for recognition and enforcement, while preserving immunity from execution as a separate question.[25] The United States position is functionally similar, as the federal courts' task is to accord the award full faith and credit and enter an enforcement order tracking it, whereas any later resort to asset-directed measures remains a distinct matter of

19 ECJ, Case C-284/21 P, *Commission v Anthony Braesch and Others*, ECLI:EU:C:2023:58, para. 96; ECJ, Case C-204/97, *Portugal v Commission*, ECLI:EU:C:2001:233, para. 41; ECJ, Case C-594/18 P, *Austria v Commission*, ECLI:EU:C:2020:742, para. 45; ECJ, Case C-59/23 P, *Paks II*, ECLI:EU:C:2025:125, paras. 52-55.

20 See, e.g., ECJ, Case C-349/17, *Eesti Pagar AS*, ECLI:EU:C:2019:172.

21 Articles 53 and 54 ICSID Convention.

22 See, e.g., *Blasket Renewable Investments LLC v Kingdom of Spain* [2025] FCA 1028; *Blasket Renewable Investments LLC v Kingdom of Spain*, No. 23-7038 (D.C. Cir. 2024); *Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L. v Kingdom of Spain* [2025] US District Court, District of Columbia 18-1753.

23 *Antin*, recitals 72-76. See also Article 3.

24 ICSID Convention, Articles 53-55.

25 *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg* [2023] HCA 11, paras. 42-45, 66, 75; *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg* [2026] UKSC 9, [84]-[88], [91]-[95].

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

judgment execution and immunity.[26] Recognition and enforcement, in ICSID terms, give the award domestic legal effect and render its pecuniary obligations enforceable as if they were contained in a final domestic judgment, whereas execution refers to the distinct, subsequent coercive process directed against assets. Thus, the award and its binding force create the underlying pecuniary entitlement as between the parties; recognition and enforcement translate that entitlement into domestically enforceable form; and execution seeks, where necessary, to satisfy it through coercive measures against assets.

In the *Antin*-related proceedings, as in other Spanish renewables cases, third country courts have shown no real willingness to allow EU-law objections, including those framed in terms of State aid or comity, to displace the logic of the ICSID enforcement system.[27] In practical terms, that means that once recognition, enforcement, or execution is pursued outside the Union, the investor is no longer operating within a legal environment in which EU law is controlling (or even relevant); it is operating in one where the award is treated as presumptively enforceable and executable by virtue of treaty accession and domestic law.

That point is salient for this analysis, as what EU (State aid) law may regulate directly is the conduct of the Member State, and above all, whether it may pay, settle, voluntarily comply with the award, or otherwise place State resources at the disposal of the award creditor. What it cannot, however, directly regulate is the judicial act of a third-country court recognising or registering the award under its own legal order. That is why the extra-EU dimension creates a difficulty not merely of enforcement, but of legal characterisation. If recognition abroad is treated as though it were *itself* the implementation of aid, the concept of implementation is moved, and stretched, from the Member State's own conduct towards the independent conduct of foreign courts/states. Such a move may be understandable from the perspective of effectiveness, but it is difficult to square either with the ordinary logic of Article 108(3) TFEU or with the structure of the ICSID Convention or third States' autonomy.[28]

The same point also limits how far the primary law autonomy line, on which the Commission's reasoning heavily relies, can be pushed. Articles 4(3) and 19 TEU, and 267 and 344 TFEU, as well as the post-*Achmea* case law, may explain why the Union rejects intra-EU investment arbitration as a matter of internal constitutional

26 22 USC § 1650a; *Infrastructure Services Luxembourg SARL v Kingdom of Spain*, Memorandum Opinion and Order, Civil Action No. 18-1753 (LLA) (DDC, 12 August 2025), pp. 9-10, sec. B 'Full Faith and Credit'.

27 *Infrastructure Services Luxembourg SARL and another v Kingdom of Spain*, Memorandum Opinion and Order, Civil Action No. 18-1753 (LLA), United States District Court for the District of Columbia, 12 August 2025.

28 It was precisely the fact that third countries cannot be subject to EU State aid rules and precisely Article 108(3) TFEU that warranted the EU to create the Foreign Subsidies Regulation (Regulation (EU) 2022/2560), connecting to the economic behaviour of undertakings in the internal market. See *Hornkohl*, JECLAP 2023/3, pp. 137-151.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

order.[29] They do not, however, by themselves transform EU courts into effective supervisors of third-country ICSID enforcement. Even if those provisions justify resistance within the Union to the legal effects of intra-EU awards, it does not follow that they create a broad, freestanding entitlement to halt recognition proceedings in foreign jurisdictions whose courts are applying their own treaty-implementation rules. In that sense, the extra-EU cases reveal not simply a practical obstacle, but a conceptual one, namely that the Commission's anti-enforcement model presupposes a degree of extraterritorial control that EU law does not, in fact, possess.[30] The pending challenge to Article 3 of the *Antin* decision, which deals precisely with that, only underlines that novelty and contestability.[31]

It is in this context that awards have already been granted to extra-EU investors; in at least one case, payment has already been made.[32] Specifically, Spain, in June 2025, satisfied a USA judgment enforcing an award,[33] stemming from the same core dispute as *Antin*. This raises a practical question, especially since reputable Spanish news sources reported that the Commission approved the payment,[34] following Spanish (Eurocontrol) assets being seized in Belgium, following a court order.[35] Since the Commission may have authorised Spain to pay, and at least implicitly acquiesced to that payment, a key question arises as to whether this is because no aid was ultimately considered to have been granted (given the extra-EU dimension), or because such aid was somehow treated as compatible. This factual pattern calls into question a core part of the Commission's reasoning. Given that dimension, and despite the Commission's pleas, the effectiveness of State aid law does not seem able to be safeguarded in practice; and thus, should not be used to buttress otherwise unconvincing argumentation. The relevance of the extraterritorial dimension, and the complications it can create especially in relation to State aid enforcement are further analysed in Section F.

29 *Achmea*, paras. 32-37, 42, 45-46, 56-60; *Komstroy*, paras. 42-52, 65-66; *PL Holdings*, paras. 47-56; cf. ECJ, Case C-333/19, *Romatsa*, ECLI:EU:C:2022:749, paras. 42-44.

30 On the growing role of extraterritorial EU law, see *Hornkohl*, in: Buxbaum (ed.), Extraterritoriality in Comparative Perspective, 2025, pp. 413-454.

31 *Antin*, Article 3; GC, Case T-365/25, *Antin v Commission*, pending.

32 *Blasket Renewable Invs., LLC v Kingdom of Spain*, 2024 WL 4298808 (D.D.C. Sept. 26, 2024); Reuters, Spain pays first arbitration award in long-running renewable subsidies dispute, available at: https://www.reuters.com/sustainability/boards-policy-regulation/spain-pays-first-arbitration-award-long-running-renewable-subsidies-dispute-2025-06-05/ (24/4/2026). See also *Žižáková*, EStAL 2025/3, p. 273.

33 *Blasket Renewable Investments LLC v Kingdom of Spain*, Notice of Satisfaction of Judgment, Civil Action No. 23-cv-2701 (RC), United States District Court for the District of Columbia, 4 June 2025.

34 Cinco Días, España afronta el primer laudo por el recorte de las renovables, available at: https://cincodias.elpais.com/companias/2025-06-05/espana-afronta-el-primer-laudo-por-el-recorte-de-las-renovables.html (24/4/2026).

35 *Blasket Renewable Investments LLC v Kingdom of Spain*, Judgment, Brussels Court of Appeal, 17th Chamber, role no. 2024/QR/30, 18 June 2024; Cinco Días, La justicia belga eleva de 32 a 80 millones el embargo a España por los laudos de las renovables, available at: https://cincodias.elpais.com/companias/2024-07-25/la-justicia-belga-eleva-de-32-a-80-millones-el-embargo-a-espana-por-los-laudos-de-las-renovables.html (24/4/2026).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. State Aid as a Defence and Moral Hazard

The final point we want to raise before beginning the analysis on the conditions and enforcement of State aid is that the aid regime is being used as a defence by Member States. This is nothing new;[36] and seems to an extent to apply in this context.[37]

Effectively, Spain in particular, is rewarded for not notifying the 2007 scheme which sits at the heart of *Antin*; and is using State aid law to shield itself from liabilities it incurred under investment treaties. In a detailed reading of *Antin*, this becomes even more pronounced, as, at every turn, Spain's position aligns with its interest to not pay the award: it does not dispute the characterisation of the 2007 scheme as unlawful aid[38] (even though it is almost certainly existing),[39] does not raise compatibility arguments, and in general seems to actively be deploying State aid as a shield. While this is in no way decisive as to existence or not of aid, or even, given the point made above, to its compatibility, Spain's behaviour seems, inadvertently, to have weakened the reasoning in the decision, by at the very least not allowing for a full appraisal of the 2007 scheme.

C. Imputability

Imputability effectively attributes a given measure to the State,[40] and it is one half of the State resources criterion (the other being a burden being placed on those resources).[41]

The Commission's reasoning in *Antin* is quite straightforward. It emphasised that the State's actions enabled and permitted the award, since Spain had voluntarily signed and ratified the ECT and the ICSID Convention, incorporating these treaties into its legal order.[42] By doing so, Spain consented to investment arbitration for ECT disputes; the award was rendered possible only by Spain's decision to enter these treaties.[43] Further, any act of complying with or paying the award would also be imputable, as, per the *Micula* reasoning, a State is necessarily involved if it pays compensation awarded by an arbitral tribunal;[44] a position buttressed by the *Achmea* and *Komstroy* derived incompatibility of the award with EU law, which

36 See, e.g., *Ølykke*, EStAL 2016/4, p. 286.
37 *Pérez-Bernabeu*, EStAL 2025/3, p. 244.
38 *Antin*, recital 215.
39 *Pérez-Bernabeu*, EStAL 2025/3, pp. 249-251.
40 See, e.g., ECJ, Case C-482/99, *France v Commission* (*Stardust Marine*), ECLI:EU:C:2002:294.
41 See, e.g., ECJ, Case C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack v Nurhan Sidal*, ECLI:EU:C:1993:907.
42 *Antin*, recitals 187-188.
43 *Antin*, recitals 187-188.
44 *Antin*, recital 191; GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, paras. 201-221.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

precludes any valid obligation to implement it.[45] This argumentation, however, is not as solid as it first may appear.

I. From Treaty Consent to Imputed Awards?

Before addressing the pitfalls of *Antin*'s reasoning, it is worth recalling *Stardust Marine*. There, the Court made clear that imputability cannot be inferred merely from the fact that a measure was taken by a public undertaking controlled by the State; even where the State is in a position to exercise dominant influence, actual involvement in the adoption of the measure cannot simply be presumed.[46] Instead, imputability must be inferred, if at all, from a set of indicators pointing to public involvement in the concrete measure at issue.[47] That basis is directly relevant in this context, as, even if one accepts that Spain's entry into the ECT and the ICSID Convention was itself imputable, *Stardust Marine* suggests that such original State involvement cannot, without further indicators, simply be projected forward onto the later award, its judicial recognition, or its coercive enforcement.

Further, in the context of arbitration, the ECJ has unequivocally ruled that *contractual* arbitration awards, and their judicial recognition, enforcement, or execution, cannot be seen as being imputable to the State; and neither can a court judgment on the award itself.[48] The same applies to compliance with them, absent a further discretionary State act. What, in turn, can be imputable in such situations is the *choice* of a Member State to enter into the arbitration, and the conclusion of such an arbitration agreement.[49] The ECJ caveated this, stating that the outcome 'could' have been different, if the arbitration procedure in its entirety was imposed by the Member State as a scheme to circumvent State aid,[50] and tried to distinguish between contractual and investment arbitration.[51] Specifically, the distinction was predicated on the fact that the latter does not reflect the freely expressed wishes of the parties.[52] The ECJ even seems to suggest that because of that original voluntary

45 *Antin*, recitals 195-196.
46 ECJ, Case C-482/99, *France v Commission* (*Stardust Marine*), ECLI:EU:C:2002:294, paras. 51-52.
47 ECJ, Case C-482/99, *France v Commission* (*Stardust Marine*), ECLI:EU:C:2002:294, paras. 55-56.
48 ECJ, Case C-701/21 P, *Mytilinaios v DEI and Commission*, ECLI:EU:C:2024:146, paras. 113-114.
49 ECJ, Case C-701/21 P, *Mytilinaios v DEI and Commission*, ECLI:EU:C:2024:146, paras. 113-114, 119.
50 ECJ, Case C-701/21 P, *Mytilinaios v DEI and Commission*, ECLI:EU:C:2024:146, para. 114.
51 ECJ, Case C-701/21 P, *Mytilinaios v DEI and Commission*, ECLI:EU:C:2024:146, paras. 106-111, 114.
52 ECJ, Case C-701/21 P, *Mytilinaios v DEI and Commission*, ECLI:EU:C:2024:146, para. 109.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

act, the award and its content should not be analysed under the lens of State aid, meaning that that voluntary agreement was the only analysable element.[53]

Yet, in *Antin*, the Commission bases the construct of imputability upon Spain's original agreement to enter into investment treaties, and, bearing in mind how the ECT operates, the investors themselves *chose* arbitration;[54] it was not imposed upon them. Equally, it is difficult to argue that in the context of investment arbitration the arbitral route is 'imposed'; if it were, defences as to the appropriateness of forum[55] or cooling off periods could not exist.[56] Especially in the context of Spanish renewables, given the 2019 measure which was predicated upon investors dropping the arbitral proceedings,[57] both the non-imposition of arbitration as a scheme, and the free will of the parties as to the path to follow are evident.

Beyond this, it is important to examine the nature of court judgments within imputability. In *DOBELES*, the ECJ explicitly stated that the establishment as such of State aid cannot result from a judicial decision, as establishing aid effectively requires (a series of) positive actions outside the scope of judicial authority.[58] Where national law confers a right entailing State aid – for example, a right to a higher payment for electricity generated from renewable energy sources – proceedings seeking full entitlement to that right do not constitute a request for the court to grant aid, but rather a claim for the unpaid portion of that aid.[59] The analysis of the ECJ clearly suggests that the effect of such a judgment is purely declaratory;[60] it does not create or grant aid, it merely states that one party is entitled to receive a sum which may correspond to aid, and requires the other party to pay it.[61] Thus, sums allocated by a court cannot be aid distinct from any original advantage;[62] the court merely confirms the existence of such a right and is called to define it.[63]

The Commission's reasoning in *Antin* seems to disregard this notion, arguing that the judicial recognition of an award would be imputable,[64] even though that recognition would simply be a recognition of an entitlement, and not its creation. Bearing in mind *DEI*,[65] and the commentary on it, as well as *DOBELES*,[66] it would

53 ECJ, Case C-701/21 P, *Mytilinaios v DEI and Commission*, ECLI:EU:C:2024:146, para. 119.
54 See, e.g., *Cameron*, pp. 196-222.
55 See, e.g., *Blackaby/Partasides/Redfern*, para. 11.130.
56 *Cameron*, p. 212.
57 *Pérez-Bernabeu*, EStAL 2025/3, p. 246.
58 ECJ, Joined Cases C-702/20 and C-17/21, *DOBELES HES and Sabiedrisko pakalpojumu regulēšanas komisija*, ECLI:EU:C:2023:1, para. 76.
59 ECJ, Joined Cases C-702/20 and C-17/21, *DOBELES HES and Sabiedrisko pakalpojumu regulēšanas komisija*, ECLI:EU:C:2023:1, para. 79.
60 *Žižáková*, EStAL 2025/3, pp. 263-265; *Zöchling*, in: Jaeger/Haslinger (eds.), Beihilferecht – Jahrbuch 2025, pp. 393-394.
61 *DOBELES*, para. 75.
62 *DOBELES*, para. 78.
63 *Biagioni*, European Papers 2022/2, p. 540.
64 *Antin*, recital 190.
65 ECJ, Case C-701/21 P, *Mytilinaios v DEI and Commission*, ECLI:EU:C:2024:146, para. 114.
66 *DOBELES*, paras. 74-79.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seem that an investment arbitration tribunal cannot, by analogy, itself create or grant aid;[67] but only confirm the existence of a right to it.[68]

The Commission, in substance, argues that the tribunal in *Antin* did not grant aid to which the applicants were entitled, but rather compensated the investors for loss of profit caused by the 2013 modification (and eventual repeal) of the 2007 scheme.[69] On this reading, the award does not confirm a pre-existing entitlement under national law; it compensates for the withdrawal of an (alleged) advantage. Two things must be said in response to this argument. First, as a matter of imputability, the point is not dispositive. Whether the award compensates for wrongdoing or confirms an underlying right, it does not *create* that underlying legal position *ex nihilo*, as it would have to do in order to constitute an act attributable to the State. Second, and more importantly, the Commission's argument is only internally coherent if the 2007 scheme itself constitutes unlawful aid, because only then can compensation for its withdrawal be treated as the reinstatement of unlawful aid, thereby removing the case from the scope of *Asteris*.[70] That characterisation is itself, however, doubtful and insufficiently substantiated in the Decision, as discussed at length in Section D.III. For the purposes of imputability, what matters is that the Commission's own framing confirms what we argue here: the award does not create an entitlement out of nothing, but confirms and operationalises a compensatory claim grounded in (alleged) State wrongdoing. Therefore, a court judgment's confirmation of an arbitral award cannot itself be imputable.

The GC in its latest *Micula* judgment (under appeal), implicitly, seems to also recognise that reasoning, stating that the independence of the tribunal is irrelevant because the measure is not the award, but its implementation.[71] This conclusion is further reinforced by the possibility of such a judgment in a State different from the respondent, as, in such a situation, a judgment of, *e.g.*, a UK or French court would be imputable to, *e.g.*, Spain. This is where the Commission's reasoning becomes relevant: it treats Spain's original, voluntary acceptance of investment treaties as the basis for imputability, effectively attributing a foreign judgment to the Spanish State. Arguably, however, this interpretation stretches the notion of imputability to its limits.[72] This is especially true bearing in mind that the courts of ICSID contracting states can indeed recognise and enforce an award; yet the idea of a USA, Australian, or British court's judgment being somehow attributable to an EU Member State is untenable.

This overall complicated situation is compounded by the unclear construction of the measure. If the aid only comes into existence by virtue of the issuance of the

67 *Zöchling*, in: Jaeger/Haslinger (eds.), Beihilferecht – Jahrbuch 2025, pp. 393-395.
68 *Biagioni*, European Papers 2022/2, p. 540.
69 *Antin*, recitals 208-215.
70 See below, Section D.III.
71 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, para. 220.
72 *Fahner*, ICSID Review 2022/3, p. 682; *Pérez-Bernabeu*, Intertax 2023/3, p. 224; *Fahner*, LIEI 2021/4, p. 345.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

award, which is the position clearly stemming from *Micula* and *Antin* (even if the measure itself is different, it is still borne of the award itself) as that is the point where the right to compensation crystallises,[73] then the same imputability problems follow through to every subsequent step. However, as argued, such an award is difficult to impute to the State; and the same applies to the judicial recognition or enforcement of the award, especially in non-domestic contexts, and to its execution.

II. 'Original Sins' and the Limits of Imputability

From the Commission's reasoning in *Antin*, it follows that something further is imputed, and that this imputability is effectively carried through to the award of an independent tribunal, one with no connection to the State, and even to the involuntary execution of that award. This element is the State's original entering into an international investment treaty, from which all other events stem; 'but for' that original choice, there would be no right to compensation confirmed by an arbitral award, and there would be no award to comply with, enforce, or execute.[74] However, for that attribution to be even remotely acceptable, the measure cannot be *just* the award or its execution/implementation;[75] the aid measure has to be the entirety of the scheme, to borrow from *DEI*, of ISDS arbitration, or in other words the underlying investment protection agreement. Nonetheless, the 'but for' argument seems to collapse, since the award (and therefore also its judicial enforcement or execution) confirm rights which exist not solely because of the entry into investment treaties, but also due to the State's wrongdoing within the context of those treaties. In relation to *Antin, e.g.*, the argument that 'but for' the ECT and ICSID being applicable there would be no rights can also be formulated as 'but for' the repeal of the 2007 scheme there would have been no rights; or 'but for' the form of the repeal there would have been no rights.

Even if implicitly, *Antin* seems to confirm this in its attempts to establish imputability, effectively stating that the only reason why the award was even possible was Spain's entering into the ECT and ICSID Convention, meaning, by extension, that the original imputability of that action decades ago suffices to impute all of that action's results and consequences. Interestingly, the Commission invokes the 'effectiveness' of State aid law to make that extension of imputability, arguing that unless this 30-year-old chain is recognised, State aid law can be circumvented. As noted above, however, the effectiveness of EU law in this context already seems endangered, and stretching imputability not just normatively but also temporally will not change that. If anything, the Commission's implied insistence on a two-tier regime vis-à-vis intra- and extra-EU situations, only serves to *weaken* that effectiveness.

73 ECJ, Case C-638/19 P, *European Food and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2022:50, para. 124.
74 *Antin*, recitals 187-188, 193-195.
75 *Zöchling*, in: Jaeger/Haslinger (eds.), Beihilferecht – Jahrbuch 2025, pp. 393-395.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nonetheless, the implication that the conclusion of international investment treaties constitutes a necessary element of, and precondition for, the eventual imputability of the award, its enforcement, and its execution reveals a further key point: namely, the need to incorporate that original choice into national law.[76] This process of incorporation makes those international treaties part of the normal applicable national regime and it is absolutely necessary for the construct of imputability, in the Commission's reasoning, to stand. The theorisation of the entering into the investment treaties as part of the aid measure is therefore vital for the synthetic measure's characterisation as aid. In other words, for the Commission's argument regarding imputability to work, there would need to be a series of occurrences, starting with the imputable entering into the underlying ISDS scheme and culminating in the award and/or its implementation (enforcement, payment, execution), with the original event imbuing all subsequent ones with imputability, and all those events sandwiched between them disregarded.

However, this does not appear to be the Commission's reasoning – the entering into the investment treaties is not treated as part of the aid measure.[77] Further, looking at the relevant case law, it would be virtually impossible to construe this chain of events, or even measures, as being so closely linked that they cannot be separated,[78] especially since the subject-matter, context, and nature of those various measures,[79] or the foreseeability of the subsequent ones,[80] does not tie them together.[81] Yet, somehow, imputability is carrying through.

Put differently, the analysis presupposes a form of 'original sin'. That initial defect is then said to taint subsequent events. Returning to the declaratory nature of judicial decisions, no distinct basis has been advanced for the imputability of arbitral awards. Rather, their imputability is derived from, and interconnected with, the underlying ISDS framework, as well as the compensatory character of arbitral proceedings. In those circumstances, it is arguable that the award is itself declaratory in nature. It confirms a right arising from the initially imputable decision to establish the ISDS mechanism, together with a series of subsequent acts. The award, while formally giving rise to the aid by crystallising the right to compensation, is also regarded by the Commission as a conduit for the rights and obligations embodied in the investment treaties, which are themselves imputable to the State.

Yet, the rights it confirms stem from other measures, which are not self-contained in or created by the award. This situation also highlights an incongruity between the ECJ and GC in *Micula*. The former unequivocally held that aid must be regarded as granted at the moment of the adoption of the award, meaning that the adoption of

76 *Antin*, recitals 186-191.
77 *Antin*, part 5.
78 GC, Case T-565/19, *Oltchim SA v Commission*, ECLI:EU:T:2021:904, paras. 94-95, 137; ECJ, Joined Cases C-399/10 P and C-401/10 P, *Bouygues SA and Bouygues Télécom SA v Commission*, ECLI:EU:C:2013:175, paras. 103-104.
79 GC, Case T-1/12, *France v Commission*, ECLI:EU:T:2015:17, paras. 45-48.
80 GC, Case T-732/16, *Valencia Club de Fútbol, SAD v Commission*, ECLI:EU:T:2020:98, para. 169.
81 See also *Žižáková*, EStAL 2025/3, pp. 264-265.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

the award creates the aid or grants the aid at that moment (even if the actual aid is the payment, as the adoption of the award establishes the right to said payment).[82] The GC, analysing imputability when the case was referred back to it, instead focused on the execution itself, confirming that the Commission, in its decision, had framed the measure as the implementation of the award, rather than the award itself.[83] The result is that, to make the award imputable to the State, it is necessary either to look back at the enactment of the ISDS scheme or to look forward to actions taken to implement; but not to locate imputability in the award itself. Notably, the Commission's own reasoning in *Antin* implicitly acknowledges this, as it does not seek to anchor imputability in the payment viewed in isolation, but in the combined chain of treaty accession and incorporation, the resulting award, and the (eventual) implementation. That chain, however, is precisely the 'original sin' construct examined above, with all the difficulties it entails.

For the imputability of compliance with the award, whether voluntary or coercively pursued, the same basic logic permeates the argument: that imputability exists by virtue of that original sin. Voluntary compliance or payment, absent a court order, nonetheless, still contains within it a further, positive, action on behalf of the State, thusly making it likely imputable. However, this logic does not seem to follow when it comes to judicial recognition or enforcement and to (coercive) execution against assets. Execution is a mechanical consequence of *res judicata* and of separation of powers, in line with the ECJ's case law.[84] Where the judiciary has no discretion to arbitrarily confer benefits (*e.g.*, ICSID Convention Article 54(1)'s 'as if final judgment' obligation, similar to national judgments), any resource outflow results from the adjudicative path, not from State policy. Execution therefore contains no level of discretion, while voluntary compliance can be imputable, since the choice to comply with international law obligations, especially since those lack a valid basis in the eyes of EU law, can in itself be deemed imputable.[85]

Any order or action taken by courts merely recognises and confirms an *existing* right; a right whose existence, in the form of the award, is not itself imputable. This chain is further strained if we consider execution in non-domestic, even non-EU, courts, and moves against assets held abroad, as has already happened. Thus, the argument that coercive execution is imputable hinges on two elements: the imputability of the original enactment of the scheme, and the lack of lawful basis for any rights under EU law. The lack of a legal basis is effectively what, in the Commission's eyes, imbues voluntary implementation, and even domestic court execution, with an imputable character; despite the latter element being questionable given the nature of such proceedings. The Commission claims that not taking steps

82 ECJ, Case C-638/19 P, *European Food and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2022:50, para. 124.
83 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, para. 220.
84 *DOBELES*, paras. 75-78.
85 *Fahner*, ICSID Review 2022/3, pp. 672-686.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to prevent such forced execution is also, in itself, imputable,[86] which stretches the notion beyond its logical conclusion. This point has not, however, been examined by the Union Courts. In *Micula*, the General Court did not treat coercive execution as 'voluntary', *inter alia* dismissing the foreign-seizure scenario as irrelevant because it had not materialised at the time of the contested decision.[87] Despite this being a hypothetical in *Micula*, the Commission seeks to use that part of the judgment to bolster its claims.[88] What was still hypothetical in *Micula*, is no longer so in the post-*Antin* enforcement landscape, with the Brussels Court of Appeal authorising third-party attachment against amounts owed by Eurocontrol to Spain, and Spain subsequently satisfying the USA final judgment enforcing the award.[89] That sequence underlines the relevance of the distinction being made here; once third-country courts and third-state enforcement machinery intervene, the path from award to payment is no longer reducible to a single act of the Member State, and the claim that failure to prevent such coercive enforcement is itself imputable becomes even more strained, as such coercive execution can no longer be avoided. In other words, it seems logically impossible to impute a court judgment or order in another State, or any actions by that State's courts to give effect to such an order, as being imputable to a given Member State.

III. A Few Words on State Resources

Before concluding on imputability, a brief point ought to be made on its twin sub-criterion of placing a burden on State resources. The reasoning of the Commission, that *Antin* is seeking to enforce the award, therefore creating a serious risk that Spain will have to invest State resources in the payment of the award, and that such risk suffices for the finding of the presence of State resources,[90] is circular, and clashes with the determination of the measure itself. In the absence of 'implementation', the award cannot then, in the Commission's logic, be aid. Implicitly, the Commission falls into the position, necessarily, that it is the 'implementation' that constitutes aid, not the award.

However, fact that a payment would ultimately draw on resources attributable to the State does not by itself establish that the measure by which the payment is brought about is imputable in the sense required by Article 107(1) TFEU. In other words, judicial recognition, enforcement and execution are rather difficult to deem imputable; and the award by itself is virtually impossible to theorise as

86 *Antin*, recital 190.
87 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, paras. 213-219.
88 *Antin*, recital 190.
89 Brussels Court of Appeal, Judgment of 18 June 2024, role no. 2024/QR/30; *Blasket Renewable Investments LLC v Kingdom of Spain*, Notice of Satisfaction of Judgment, Civil Action No. 23-cv-2701 (RC) (DDC, 4 June 2025).
90 *Antin*, recital 200.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

placing a burden on State resources. Therefore, the Commission seems to rely on a combination of the two as the aid measure, obfuscating the modalities of either.

IV. Conclusion on Imputability

In short, imputability in the investment arbitration context is not a unitary question, but one that depends on the specific act under examination. Treaty accession, incorporation into national law, and voluntary compliance may involve sufficiently clear State conduct; arbitral awards, judicial recognition, and coercive enforcement much less so. The weakness of *Antin* lies precisely in its attempt to bridge that divide by projecting the original State act of entering the treaty framework onto later adjudicative and enforcement acts that are not, in themselves, acts of the Member State. This underscores the importance of the precise determination of the measure.

D. Advantage

Nonetheless, even assuming the award and/or its implementation can be deemed to be imputable, their classification as aid would, likely, stumble upon the advantage criterion.[91] Advantage refers to any benefit received outside the course of normal market conditions,[92] or the mitigation of costs normally borne.[93]

I. Normal Market Conditions and the Reference Framework

First off, the concept of normal market conditions must be, even if briefly, discussed. Normal conditions are not some metaphysical concept; rather they are derived from the relevant frame of reference in the national legal regime. This means that the potentially beneficial application of normal rules does not necessarily create or confer an advantage.[94] Therefore, the concept does not apply to a duty to pay or repay sums; or the normal, standard application of a rule in line with market conditions.[95] Equally, the existence of a statutory system which lays down such a framework is not in itself a departure from normal market conditions either, if the

91 Opinion AG *Wahl*, Case C-15/14 P, *Commission v MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt*, ECLI:EU:C:2015:32, para. 47.
92 ECJ, Case C-39/94, *SFEI and Others v La Poste and Others*, ECLI:EU:C:1996:285, para. 60.
93 ECJ, Case C-387/92, *Banco Exterior de España v Ayuntamiento de Valencia*, ECLI:EU:C:1994:100, para. 13.
94 ECJ, Case C-200/97, *Ecotrade v Altiforni e Ferriere di Servola*, ECLI:EU:C:1998:579, para. 36; ECJ, Case C-480/98, *Spain v Commission*, ECLI:EU:C:2000:559, para. 18.
95 ECJ, Case 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Denkavit italiana*, ECLI:EU:C:1980:100, para. 31.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

payment of sums is an inherent feature of that system.[96] Effectively, the core of the enquiry is the situation absent a specific State intervention.[97]

Since the Commission's position, as shown above, hinges on the incorporation into the normally applicable (in the relevant circumstances) national legal frameworks of investment treaties, it can be argued that the provisions of those treaties are indeed part of the normal market conditions; especially since the intervention assessed is the award and/or its implementation. Indeed, in *Antin*, the Commission seems to define those conditions as the award not being handed down on the basis of Spain's ratification of investment treaties.[98] However, this reasoning depends on treating that ratification as an intervention, and arguably a continuous one, as opposed to as part of normally applicable legal provisions in that legal and factual context. The award, and/or its implementation, are the logical, inherent consequences of that ratification and incorporation. Effectively, if a Member State introduces a general law, and that law is applied normally, it is difficult to see where the departure from normal market conditions occurs. In *Antin*, even if implicitly, it seems that a core determinant of this departure is the incompatibility of those legal provisions with EU law, and the fact that, per the *Achmea* and *Komstroy* reasoning, they are deemed to have never actually existed.

II. The Compensatory Nature of Investment Arbitration Awards

There is, however, a much more fundamental question in relation to the concept of advantage, especially with reference to *Antin*. This question relates to the nature of the compensation ordered by the award, and the fact that damages for wrongdoing generally do not constitute an advantage for the purposes of State aid.[99] Quite clearly, this is a corollary of the analysis in the preceding paragraphs; and one that deserves significant attention, if we bear in mind the nature of investment arbitration proceedings and awards.

Arbitral awards are, including in the present context, compensatory in nature and substance, and seek to redress treaty breaches and to compensate the injured party for the (alleged) wrongdoing of the other party. They are remedies (or damages) for the State's breach of international legal obligations. In the ICSID context, tribunals are limited to awarding compensation commensurate with the actual loss or damage suffered; they do not have the power to grant punitive damages. From the perspective of the tribunal, which is the entity competent to adjudicate the dispute, there has indeed been a wrong committed that is made whole with the award;[100] even if that wrong is no longer recognised by EU law. The wrong consists of the violation of the commitments undertaken and guarantees issued under international law

96 *Ecotrade*, para. 36; *Spain v Commission*, para. 18; *Denkavit italiana*, para. 31.
97 *SFEI*, para. 60.
98 *Antin*, recital 207.
99 ECJ, Joined Cases 106 to 120/87, *Asteris*, ECLI:EU:C:1988:457, paras. 23-26.
100 *Bungenberg*, ZEuS 2018/4, p. 506; *Fahner*, ICSID Review 2022/3, pp. 681-682.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

obligations.[101] This distinction constitutes a central element of the Commission's reasoning[102] and appears to follow from its expansive approach to imputability, read in light of *Achmea*. On that view, since no right existed as a matter of EU law, the tribunal's recognition and operationalisation of that right is both imputable to the State – by virtue of the original enactment – and capable of conferring an advantage.

This argument seems to be drawing a line under the *Asteris* case law, and arguing that while the compensation distinction does indeed exist, it can only exist in relation to compensation awarded on the basis of national law, and not to compensation awarded on the basis of international law.[103] However, this does not appear to constitute the normatively relevant dividing line. Rather, in light of *Asteris* and general principles of EU and Member State liability law, the decisive criterion lies in the effects of the damages. Compensation does not place the recipient in a better position, but restores them to their prior condition (*restitutio in integrum*), such that the injured party is returned to the position it would have occupied in the absence of the wrongful conduct. A reading of the case law that defines compensatory damages not by virtue of their effects, but by virtue of their basis,[104] not only misreads *Asteris* and misunderstands basic concepts of damages law, but also, more fundamentally, is at odds with the objective and effects-based conception of State aid,[105] which the Commission itself underscores and relies upon.[106] Further, on top of wrongdoing, for the purposes of the tribunal, existing, the legal basis itself was valid at the time the claim was lodged and the award issued, in the context of *Antin*. As such, it is difficult to accept that the validity of the compensation, and its characterisation as damages, is dependent on the legal basis; what matters is whether the payment is compensatory in nature and whether it follows from wrongdoing.

At this point, an important distinction exists between the substantive existence of a compensatory claim and the procedural mechanism through which that claim is pursued. *Antin* appears, at least at points, to slide between the two; part of its broader oscillatory nature. On one reading, the objection is primarily procedural. Intra-EU ECT arbitration is treated as incompatible with EU law, and the arbitral route is therefore denied legitimacy within the Union legal order.[107] On another, more far-reaching reading, the decision seems effectively to deny the substantive relevance of the wrong itself, and to treat the monetary content of the award as a freestanding economic advantage.[108] Those are, of course, not the same. Even if EU law rejects the arbitral mechanism as the appropriate route through which the claim is enforced, it does not follow, without further analysis, that the resulting payment ceases to be compensatory in nature. That is precisely why *Asteris* remains

101 *Bungenberg*, ZEuS 2018/4, p. 506; *Fahner*, ICSID Review 2022/3, pp. 681-682.
102 *Antin*, recitals 208-211.
103 *Antin*, recitals 209-211.
104 *Antin*, recitals 208-211; *Fahner*, ICSID Review 2022/3, pp. 682-683.
105 ECJ, Case C-638/19 P, *European Food and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2022:50, para. 122.
106 *Antin*, recital 204.
107 *Antin*, recitals 260-264, 278.
108 *Antin*, recitals 208-219.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

relevant. The decisive question is not whether the claim was articulated through international rather than national law, but whether the payment restores a loss or instead preserves or reinstates an unlawful aid position.[109] In that respect, the mere incompatibility of the arbitral route cannot, by itself, do all the work of the advantage analysis.[110] Despite its distinguishing differences, the judgment in *DEI* points in the same methodological direction: the arbitral context does not dispense with the need to identify carefully the relevant measure, the relevant benchmark, and the actual source of any putative advantage.[111]

If one accepts that point, a further consequence follows. Even assuming, *arguendo*, that the eventual payment of the award could under certain conditions raise Article 107(1) concerns, that question still arises at the level of *payment*, not at the level of recognition abroad as such. The practical enforcement dilemma[112] therefore confirms, rather than displaces, the compensatory analysis. Where third-country courts act independently under their respective ICSID regimes, the decisive question becomes whether compensation is paid, and on what legal basis, rather than the mere use of an arbitral mechanism. That is why the advantage enquiry cannot be cleanly separated from the anti-enforcement problem present in *Antin,* and from the broader core issue of the measure itself not being clearly defined.

III. When Compensation Reflects Unlawful Aid

Following from this analysis, the characterisation of the award's nature becomes key. Therefore, as the GC argues in *Micula*,[113] and as the Commission does in *Antin*,[114] in an almost subsidiary manner, the focus must shift to the actual characterisation and analysis of the award's content as to its compensatory nature. Of course, the view of the tribunal itself is not sufficient for that, in the eyes of EU law.[115] The core of this analysis is whether the damages compensate for the withdrawal of unlawful State aid,[116] and whether they are effectively claims under legislation as opposed to claims rooted in wrongdoing, which removes them from the scope of *Asteris*.[117] This argument hinges, effectively, on the unlawfulness or incompatibility of the underlying aid, meaning that only those awards related

109 *Asteris*, paras. 23-26. See also *DOBELES*, para. 60; ECJ, Case C-119/05, *Lucchini*, ECLI:EU:C:2007:434, para. 63; *Pérez-Bernabeu*, Intertax 2023/3, p. 219.
110 *Antin*, recitals 216-219. See also below, Section D.III.
111 ECJ, Case C-701/21 P, *Mytilinaios v DEI and Commission*, ECLI:EU:C:2024:146, paras. 96-99, 105-106, 109-110, 113-114.
112 See above, Section B.III, and below, Section F.
113 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, paras. 170-190.
114 *Antin*, recitals 208-212.
115 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, para. 177.
116 *Pérez-Bernabeu*, Intertax 2023/3, pp. 219-231.
117 *Asteris*, paras. 23-26; *DOBELES*, paras. 61-65.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to damages stemming from such aid would lose their damages character.[118] The Court has stated that this applies only where the underlying national legislation actually grants aid.[119] An interesting question, in the context of *Antin*, is what this underlying legislation which grants aid actually is: the incorporation of the ECT and ICSID, or the 2007 scheme itself? Based on the Commission's reasoning, it is clearly the 2007 scheme.[120]

Effectively, in the context of *Antin*, the Commission's position is a dual argument. The primary claim is that it does not matter whether the 2007 scheme was aid, because the Commission does not recognise any wrongdoing or any basis for compensation, so the compensation is aid. The secondary, fallback claim is that even if the characterisation of the 2007 scheme did matter, that scheme was actually unlawful aid, so the award only compensates for its loss, and is not genuine compensation.[121] This approach follows from *Micula*,[122] with one, fundamental, difference: the characterisation of the underlying unlawful aid. In *Micula*, the situation is relatively clear; yet, in *Antin*, it is not.

That divergence goes to the heart of the *Asteris* analysis. In *Micula*, the underlying tax incentive scheme had been formally characterised as State aid, and its repeal had been required by the Commission as part of Romania's pre-accession alignment with the acquis. The arbitral award compensated the claimants for the withdrawal of those previously qualified incentives. Consequently, enforcement of the award would have entailed the reintroduction of incompatible aid. The *Asteris* limitation applied in that context almost by its own force, as compensation tracked, in substance, the reinstatement of unlawful aid. In *Antin*, however, none of those premises is established at the outset. The analytical sequence is therefore reversed, as a result of the factual distinction. Rather than characterising the underlying scheme as aid, and then applying the *Micula*/*Asteris* logic to the award, the Commission characterises the award as aid and, in order to sustain that characterisation, retrospectively qualifies the 2007 scheme as unlawful aid. Whether that retrospective qualification can actually be sustained therefore becomes the pivotal question, to which we now turn.

The 2007 scheme was never investigated by the Commission until the *Antin* award was notified to it by Spain. Even when assessing its successor scheme, the 2007 scheme was not analysed.[123] The first, and only, analysis of it comes therefore in the *Antin* Decision, and consists of barely a page. As pointed out by *Pérez-Bernabeu*, this analysis is not only terse and potentially insufficient; it also speaks

118 *Pérez-Bernabeu*, Intertax 2023/3, pp. 219-231.
119 *DOBELES*, paras. 61-65; GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, paras. 173-174.
120 *Antin*, recitals 213-215.
121 *Antin*, recitals 213-215.
122 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, para. 186.
123 Commission Decision C(2017) 7384 final of 10 November 2017 on State aid SA.40348 (2015/NN) – Spain – Aid for electricity production from renewable energy sources, cogeneration and waste, OJ C 442 of 22/12/2017, p. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

volumes as to the motivations behind declaring the 2007 scheme to be unlawful aid: to transform the *Antin* award into aid itself.[124]

Beyond those motivations, and Spain's complicity, there are further, more substantive issues with the Commission's reasoning.[125] The most glaring issue is the determination of the advantage. The Commission does not in fact determine whether, or to what extent, the compensation rate exceeds normal returns; an impermissible omission, given its obligation to state reasons within the framework of the notion of advantage. An advantage must be demonstrated; it cannot be assumed, presumed or theorised.[126] Yet, the excessive nature of the compensation is not addressed in any substantive manner, beyond a mere declaration. The Commission also clearly did not take all available information into account, as it is obliged[127] in order to meet the burden and standard of proof,[128] and generally seems to have conducted a very brief analysis for the sole purpose of declaring the *award* in *Antin* an advantage. The remainder of the analysis on the 2007 scheme is not particularly developed or convincing either.[129]

The Commission's analysis on the 2007 scheme, especially in relation to the notion of state resources, creates a conflict, between *PreussenElektra*[130] and *Elcogas*.[131] That conflict is also relevant in terms of the characterisation of aid as unlawful; as under Article 1(b)(v) of Regulation 2015/1589,[132] or its predecessor Regulation 659/1999,[133] aid which when enacted was not aid but which subsequently became aid due to the evolution of the internal market without having been altered, is

124 *Pérez-Bernabeu*, EStAL 2025/3, pp. 249-256.

125 *Antin*, recital 213.

126 ECJ, Joined Cases C-331/20 P and C-343/20 P, *Volotea and easyJet*, ECLI:EU:C:2022:886, para. 132.

127 ECJ, Joined Cases C-331/20 P and C-343/20 P, *Volotea and easyJet*, ECLI:EU:C:2022:886, para. 113; ECJ, Case C-300/16 P, *Frucona Košice*, ECLI:EU:C:2017:706, paras. 29, 60-61, 71, 74-75.

128 ECJ, Case C-367/95 P, *Sytraval*, ECLI:EU:C:1998:154, para. 63; ECJ, Case C-37/13 P, *Nexans*, ECLI:EU:C:2014:2030, paras. 31-32.

129 The selectivity analysis of the 2007 scheme is extremely terse and relies on an artificially narrow definition of the reference framework, while regarding imputability, the Commission completely failed to examine the margin of discretion of the Spanish authorities, as the 2007 measure was implementing an EU Directive (Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market, OJ L 283 of 27/10/2001, p. 33), making it potentially non-imputable. In relation to the deployment of State resources, it based its analysis on a reading of the sub-criterion, which at the time of the measure was not plausible, and on case law which did not yet exist.

130 ECJ, Case C-379/98, *PreussenElektra AG v Schleswag AG*, ECLI:EU:C:2001:160.

131 ECJ, Case C-275/13, *Elcogás SA v Administración del Estado and Iberdrola SA*, ECLI:EU:C:2014:2314.

132 Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ L 248 of 24/9/2015, p. 9.

133 Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty, OJ L 83 of 27/3/1999, p. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to be considered as existing aid. This evolution, as interpreted by the ECJ,[134] includes a change in the legal framework, something which clearly occurred between *PreussenElektra*, which the 2007 scheme was designed to mirror,[135] and *Elcogas*, with which it was analogised *ex post facto*.

The question of existing aid is of particular relevance and may likewise be determined by reference to the limitation period laid down in Regulation 2015/1589.[136] In this case, more than ten years elapsed between the acquisition by the Andasol plants[137] of the rights associated with the scheme – which constitutes the relevant date[138] – and the initiation of any Commission action in respect of the 2007 scheme in July 2021. At the latest, that period lapsed in June 2019, that is two years before the Commission acted. This would make the aid existing, and therefore not unlawful or incompatible. As such, even if there was indeed aid in the 2007 scheme, its character as existing aid would not preclude compensation for it.[139]

Therefore, the determination of the 2007 scheme as (unlawful) aid, is, on its face, doubtful. In any case, the Commission cannot be said to have met its obligation to state reasons in relation to that scheme or met the standard and discharged the burden of proof. As a result, the Commission's argument centred around the unlawfulness of the 2007 scheme in relation to limiting the *Asteris* principle cannot be seen as valid, since its core premise is not substantiated.[140] Thus, since the 2007 scheme likely cannot be seen as aid, and has definitely not been proven to be aid, there are no issues with compensating for the damage suffered by Antin as a result of its repeal.

IV. Illegality Is Not Advantage

A final point that ought to be made in relation to the notion of advantage in *Antin* relates to an overly general statement made by the Commission, namely that "*since the Award is contrary to Union law for the reasons explained in Section (10.4.1), the Award has not been granted under normal market conditions. Therefore, irrespective of the qualification of the 2007 Scheme as State aid, the Award and in any event its Implementation, constitutes an advantage*".[141]

This point is extremely general, and potentially dangerous, also if generally applied beyond the ISDS context. It states, with no explanation or elaboration, that

134 ECJ, Case C-89/08 P, *Commission v Ireland*, ECLI:EU:C:2009:742, para. 71; ECJ, Joined Cases C-182/03 and C-217/03, *Belgium and Forum 187 v Commission*, ECLI:EU:C:2006:416, para. 71.
135 *Pérez-Bernabeu*, EStAL 2025/3, pp. 253-254.
136 Regulation 2015/1589, Article 17(2).
137 *Pérez-Bernabeu*, EStAL 2025/3, p. 251.
138 *European Commission*, Commission Notice on the recovery of unlawful and incompatible State aid, OJ C 247 of 23/7/2019, p. 1, para. 57.
139 See, by analogy, ECJ, Case C-653/23, *Karaman*, ECLI:EU:C:2025:517.
140 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, para. 216.
141 *Antin*, recital 216.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

any measure which contains elements which are illegal under EU law (and, by analogy, almost certainly national law) must be seen as conferring an advantage. Taken outside the context of arbitration, the breadth of this assertion becomes (even more) problematic. Consider, *e.g.*, a national measure that is found to breach the Services Directive or a fundamental freedom. Under the Commission's *Antin* reasoning, the economic effects of that measure on any undertaking benefiting from it would, by that fact alone, constitute an advantage for the purposes of State aid, irrespective of whether the measure actually places the undertaking in a position better than normal market conditions. That result sits uneasily with the objective, effects-based conception of advantage that the Commission itself claims to apply.[142]

Thus, this approach completely disregards the objective nature of State aid, and the Commission's obligation to identify an advantage, and to state reasons. It is just a blanket statement. It is also not rooted in any plausible authority. The Commission does cite the GC's latest *Micula* judgment,[143] but the paragraph cited to merely reproduces the Commission's decision in *Micula*, and has no bearing on the actual, general point being made. That paragraph states that granting compensation is an advantage, and that interest payments confer a separate advantage. Yet it is inherently limited by and to the facts of *Micula*. Neither it, nor the surrounding paragraphs of the GC's judgment address the issue of illegality transforming a measure into an advantage. Illegality under Union law is not discussed in general terms in relation to investment treaties; and how could it, since the *Micula* decision predates *Achmea* by a few years. This point seems almost like a broad refutation of the *Asteris* principle, effectively taking it and flipping it on its head, and stating that illegality not only removes the benefit of that principle, but also automatically equates to an advantage.

The broad illegality statement is not supported, either in case law, or in the logic of the concept of advantage. Bringing in the ECJ's reasoning in *Paks II*, the Commission's argument here would require it to enter into a detailed analysis of all the potential elements which could have a relevance in the determination of conformity with EU law at the existence of aid stage,[144] and, since it has engaged with those elements, also at the compatibility stage.[145] Yet, the ECJ did not make any comments at all about illegality and advantage. If anything, the Commission's reasoning here appears to sidestep the analysis in *Paks II*: the ECJ effectively held that even in the context of compatibility (where the non-conformity rule actually applies and is of paramount importance) only certain core aspects are to be assessed.[146] By contrast, on the Commission's own reasoning, and in light of its duty to state reasons in relation to the concept of advantage, it would be required to assess *all* elements relevant to the potential illegality of that advantage, irrespective

142 *Antin*, recital 204.
143 *Antin*, fn 129.
144 Due to the nature of the obligation to state reasons and the standard of proof associated with identifying an advantage.
145 ECJ, Case C-59/23 P, *Paks II*, ECLI:EU:C:2025:125, paras. 75-78, 113-116.
146 *Paks II*, paras. 61-64, 68-69, 75-76.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

of whether they are indissolubly linked to the State aid measure. Taking this at face value would also mean that any advantage thusly identified would not be able to be compatible. The Commission's illegality assertion, therefore, sits contrary to the *Paks II* judgment, as the Court never suggested that a breach of procurement law would, *ipso facto*, transform the contract award into an economic advantage within the meaning of Article 107(1) TFEU. The Commission's position in *Antin*, thus, effectively does what the Court in *Paks II* declined to do, but one step earlier in the analysis, treating a (presumed) breach of EU law as establishing the existence of an advantage, not merely as informing the compatibility assessment.

In practical terms, and by analogy with the fundamental freedoms point made above, such reasoning would imply that any directly awarded contract alleged to infringe procurement rules automatically confers a State aid advantage, irrespective of whether its price or terms deviate from market conditions. Such a conclusion is irreconcilable with orthodox advantage analysis, has not been endorsed by the Court, and is implicitly rejected by the Commission in its 2016 Notice on the Notion of aid.[147] Equally, such a statement is deeply problematic in terms of the division of competences between the Commission and the CJEU, as the CJEU alone has the jurisdiction to find that a Member State has failed to fulfil an obligation under the EU Treaties, and the Commission's views cannot be decisive for the purpose of determining whether the national legislation or the national measure that was the subject of those proceedings is consistent with EU law.[148] Yet, this pronouncement by the Commission in *Antin* seems to give it the power to do so, as part of its State aid assessment. For instance, would this mean that any measure which appears to the Commission, who lacks competence to actually reach such a final decision, to not be in line with free movement automatically transforms into an advantage? Such a position cannot be supported; by the logic of the concept of advantage, by the case law, or by the division of competences between the CJEU and the Commission. Thus, the Commission's illegality argument, if accepted, would effectively transform Article 107(1) TFEU into a residual competence for policing any Treaty or legislative breach with economic consequences; while also being incompatible with the concept of aid itself.

V. Conclusion on Advantage

In short, advantage in this context cannot be inferred merely from the existence of a pecuniary award or from the incompatibility of the arbitral route with EU law. The decisive issue remains whether the relevant payment places the recipient in a better position than normal market conditions would allow, or instead compensates for loss caused by a legally cognisable wrong. *Antin* overstates the extent to which

147 *European Commission*, Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) TFEU, OJ C 262 of 19/7/2016, p. 1, points 89-96; *Sanchez-Graells*, in: Hancher/Piernas López (eds.), Research Handbook on European State Aid Law, 2021; *Ølykke*, EStAL 2016/4, pp. 508-526; *Pelekis*, EStAL 2025/4, pp. 358-369.

148 *Paks II*, para. 105.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

illegality can substitute for that effects-based enquiry. That overreach reappears, in a different form, in the decision's selectivity analysis and, ultimately, in its remedial logic.

E. Selectivity

At this juncture, a brief point on selectivity, stemming from the preceding analysis, is warranted. Selectivity is, in many ways, the crux of the notion of State aid,[149] and relates to the limitation of the advantage.[150] It is, in other words, the necessary element of the notion of aid which delineates between general measures and aid measures, as general measures, or the secondary selective effects of general measures, fall outside the scope of Article 107(1) TFEU.[151] This very purpose of selectivity, as well as its normative centrality to the notion of aid, helps explain why the Commission declined to commit to a precise determination of the measure and sought to avoid characterising the underlying ISDS scheme as part of it. If it had done so, the measure would have come close to being general in nature, rendering its classification as aid more difficult. In other words, while the underlying ISDS scheme and the State's voluntary introduction of it are essential to the imputability analysis, they are kept outside the scope of the measure for the purposes of selectivity; most likely because their inclusion would render the measure general and reduce any advantageous effects arising from its normal operation to mere secondary economic effects.

It is notable that, in both *Antin* and *Micula*, the selectivity analysis remains relatively underdeveloped and appears to struggle to delineate the relevant measure without engaging with the underlying scheme. In *Micula*, for instance, the argument was that the BIT conferred a right to compensation, but that this was not a general rule, as it applied only to the signatories of that BIT.[152] Hence, the BIT framework formed part of, at the very least, the selectivity analysis. However, in *Antin*, this line of reasoning is less persuasive. At the time Antin lodged its claim and initiated arbitral proceedings, all EU Member States and the Union itself were parties to the ECT; as such, the argument does not hold, at least within the relevant sectors.

Instead, in *Antin*, the Commission relies on the presumption that in instances of individual aid the identification of the advantage suffices to (rebuttably) establish

149 Opinion AG *Maduro*, Case C-237/04, *Enirisorse SpA v Sotacarbo SpA*, ECLI:EU:C:2006:21, para. 49.

150 See, e.g., ECJ, Joined Cases C-78/08, C-79/08 and C-80/08, *Paint Graphos*, ECLI:EU:C:2011:550.

151 ECJ, Case C-156/98, *Germany v Commission*, ECLI:EU:C:2000:467, para. 22; Opinion AG *Jacobs*, Joined Cases C-52/97, C-53/97 and C-54/97, *Viscido and Others*, ECLI:EU:C:1998:78, para. 16; *European Commission*, Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) TFEU, OJ C 262 of 19/7/2016, p. 1, paras. 115-116.

152 GC, Joined Cases T-624/15 RENV and T-694/15 RENV, *European Food SA and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2024:659, para. 196.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selectivity.[153] The Commission applies this presumption,[154] since, by theorising the measure as the award and/or its implementation, that measure appears inherently individual. Interestingly, however, in substantiating its analysis, the Commission submits that, notwithstanding the multiplicity of awards, each constitutes a distinct and individual aid measure, conferring separate and autonomous legal rights on its beneficiaries. It further maintains that, in any event, not all beneficiaries would be capable of obtaining identical or comparable awards.[155] The Commission here comes very close to acknowledging the pivotal role of the underlying scheme by explaining that there are multiple such awards, yet carefully omits to state that they all stem from the original incorporation of investment arbitration into the national legal regime. Equally, while the specific rights are distinct, the underlying right of investment protection (or, the normal standard) from which they stem is the same. The effect of the Commission's argument is that differentiated compensation for differentiated harm under the same law makes the compensation completely independent and standalone, disregarding the basis for the compensatory rights in question.

Further, to determine whether a measure confers a selective advantage, it is necessary, and congruent with the case law, to look at the relevant context holistically.[156] In *Dirk Andres*, the Court and AG confirmed that a measure cannot be meaningfully assessed in isolation from the regulatory environment that defines its normal operation and effects, and thus that the selectivity analysis must be anchored in a careful delineation of the legal framework as a whole, rather than in the narrow inspection of an isolated provision.[157] The same applies, by analogy, to the identification of the measure more broadly: one cannot analyse the award in isolation while treating its underlying legal basis as the decisive anchor for imputability, and then disregard that same basis when it becomes inconvenient for the selectivity analysis. The Commission's approach instead artificially separates the consequences of the existence of rights from the very existence of those rights themselves. It treats the right to investment protection as unrelated to its manifestation in a compensatory award – akin to treating a tax deduction as unrelated to the tax measure that creates the entitlement,[158] or to suggesting that contractual damages are unrelated to the contract itself.

153 ECJ, Case C-15/14 P, *Commission v MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt*, ECLI:EU:C:2015:362, para. 61. See however also paras. 91-98 for the difficulties this presumption can run into in situations where the advantage is not truly and absolutely individual, as is arguably the case here.

154 *Antin*, recitals 229-230.

155 *Antin*, recital 231.

156 ECJ, Case C-203/16 P, *Dirk Andres v Commission*, ECLI:EU:C:2018:505, paras. 91-93, 103; Opinion AG *Wahl*, Case C-203/16 P, *Dirk Andres v Commission*, ECLI:EU:C:2017:1017, paras. 98-99, 109.

157 ECJ, Case C-203/16 P, *Dirk Andres v Commission*, ECLI:EU:C:2018:505, paras. 91-93, 103; Opinion AG *Wahl*, Case C-203/16 P, *Dirk Andres v Commission*, ECLI:EU:C:2017:1017, paras. 98-99, 109.

158 A position the Court squarely rejected in *Dirk Andres*.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Especially in the context of *Antin*, the wider context methodology cuts against the Commission's approach. The award cannot be assessed in isolation from the legal framework that defines its normal operation and effects; yet that is precisely what the Commission does. For instance, the 2019 Spanish law seems to, at the very least implicitly, tie together the multitude of investment arbitration claims, linking them to the same (injurious, from the perspective of energy investors) event, *i.e.*, the 2013 scheme.[159] This underscores that the Commission is indeed separating parts (the award/implementation) of a 'whole' (the ECT ISDS scheme, and the relevant Spanish laws) to assess them in isolation, as opposed to assessing that 'whole' itself; or that it is separating causes from their effects and specific occurrences from their context, making them appear isolated. The Commission's approach seems steeped in formalism and refuses to engage with the wider relevant context. It must be emphasised that the point is not that, under the Commission's chosen (albeit arguably problematic) characterisation of the measure, the award cannot be selective. Rather, the difficulty lies in the fact that the definition of the measure for the purposes of selectivity – aside from appearing artificially narrow – cannot be reconciled with the considerably broader definition adopted for the purposes of imputability and advantage.

Thus, the Commission's analysis is very much dependent on the definition of the measure; an issue that matters especially in the arbitral context. If the measure is the arbitration award and/or its implementation, the selectivity analysis becomes *ad hoc* – the award benefits the successful claimant(s), but this analysis suffers from inconsistencies with reality. If, by contrast, the measure is treated as (part of) the underlying scheme, the relevant comparator becomes who can access the legal pathway that is capable of generating the pecuniary benefit; and thus the overall analysis hinges on an institutional asymmetry. Foreign-incorporated investors with access to the ECT/ICSID pathway can obtain a pecuniary benefit that domestic investors, or investors lacking that pathway, cannot obtain in the same manner. This makes selectivity turn on access to a particular remedial architecture rather than on economic differentiation within a regulatory reference framework. That blurs the line between a selective economic advantage and the consequences of a contested jurisdictional arrangement; namely, intra-EU ECT arbitration post-*Achmea* and *Komstroy*. Effectively, the Commission's reasoning turns selectivity into a proxy for the legality of the dispute resolution mechanism itself.

Ultimately, in relation to selectivity, the Commission's own analytical selectivity becomes apparent. While the underlying scheme is necessary in relation to imputability, in order to taint any subsequent event as itself imputable, it is also, for the purposes of selectivity (and of advantage), separated from the award and/or its implementation. In other words, the measure's exact limits seem to shift depending

159 *Pérez-Bernabeu*, EStAL 2025/3, p. 246. See Royal Decree-Law 17/2019 of 22 November 2019, adopting urgent measures for the necessary adaptation of remuneration parameters affecting the electricity system and responding to the process of cessation of activity of thermal power plants; Royal Decree-Law 9/2013 of 12 July 2013, adopting urgent measures to ensure the financial stability of the electricity system.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

on the Commission's analysis, or the needs of that analysis. A conclusion appears to have been reached first and then reverse-engineered onto the conditions of the notion of aid. Selectivity in *Antin* is an(other) indicator that the decision oscillates between an *ad hoc* award-as-measure frame and an underlying scheme (or even past decisions to sign and ratify the ECT and ICSID Convention) frame. The incongruency of the overall analysis arguably shows that the Commission's intervention can be construed as not purely State aid control in the orthodox sense, but as also simultaneously being a form of system-management of intra-EU arbitration outcomes, conducted through State aid vocabulary. This can be corroborated by the breadth of the standstill remedy demanded in the decision's operative part (including anti-enforcement injunctions extending to third countries) which tracks, and indeed depends upon, that definitional oscillation.

Selectivity in *Antin* is therefore not merely a checklist element satisfied at the end of the inquiry (on the basis of a presumption); rather, it is a window into the decision's internal coherence and into the external compliance demands that coherence is being made to bear.

F. National Courts, Standstill, and Anti-Enforcement

Beyond the issues analysed above in relation to the characterisation of arbitration-related acts as aid, the operative parts of the decision, placed in the context of the extra-EU dimension of the arbitration-State aid nexus, create further uncertainty and complications, especially when taking into account the roles of Member States and foreign courts eventually faced with enforcement decisions.

Article 2 requires Spain to not pay out any of the aid identified in Article 1 and to ensure that no such payments are effected from the date of the decision. Article 3 goes further, requiring Spain to take all appropriate measures to prevent Antin, and any assignee of the award or rights under it, from seeking recognition, enforcement, or execution of the award, whether within the Union or in third countries. Article 4 then requires recovery of any payment of that aid, expressly including payments resulting from forced execution arising in third countries.[160] Read together, those provisions show that *Antin* is not merely a decision about the classification of the award under Article 107(1) TFEU; it is also a decision about the remedial consequences of that classification, and in particular about whether the standstill logic of Article 108(3) TFEU can be projected outward into an anti-enforcement mandate with extraterritorial reach.

In remedial and enforcement terms, the real difficulty lies not in repeating the familiar proposition that Article 108(3) TFEU has direct effect, but in identifying what precisely must be restrained. The case law requires national courts to draw the consequences of unlawful implementation, including suspension, interim relief, and,

160 *Antin*, Articles 2-4; recitals 285-286.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

where appropriate, recovery.[161] Yet the ordinary object of those remedies is the act by which the Member State puts aid into effect. In the present context, that object would be payment, settlement, or some other genuinely voluntary act by which State resources are made available to the award creditor. It cannot, however, be the prior third-country recognition, registration, or declaration of enforceability of the award by itself as the implementation of aid – the Commission cannot order this vis-à-vis a third state. Where Commission proceedings are pending, the task of the national court is not necessarily to determine conclusively whether the compensation constitutes aid and whether it is compatible with the internal market, but rather to preserve the practical effect of Article 108(3) TFEU pending the Commission's decision.

This is an important distinction, and follows, necessarily, from Article 108 TFEU. A foreign court's recognition or registration of an ICSID award is not an act of the Member State, nor is it, in itself, a transfer of State resources. It is, rather, the juridical precondition for possible later execution by a third state. The eventual payment may indeed be capable of amounting to implementation within the meaning of Article 108(3) TFEU. But treating recognition abroad as itself the implementation of aid collapses two analytically distinct steps: on the one hand, the independent judicial act of a non-EU court acting under its own ICSID implementing regime; and on the other hand, the subsequent disbursement of State resources. In that respect, the Commission's approach in *Antin* appears to extend the notion of implementation beyond its normal object, precisely because it seeks to capture not only payment, but the legal pathways through which payment may later be compelled.[162]

A further structural puzzle arises from the notification duty itself. If, as the Commission contends (following *Micula*), the aid must be regarded as granted at the moment of the adoption of the award, the standstill obligation under Article 108(3) TFEU is effectively foreclosed before it can actually be complied with. The award is issued by a tribunal whose timing and substance the Member State does not, and cannot, control, and whose proceedings are by definition adversarial to the State in question. The investor cannot notify, as the notification duty lies with the Member State, not the beneficiary; and by the time the Member State could act, i.e., after the award, the aid measure is, on the Commission's own logic, already in place. Any attempt to pre-empt the difficulty by notifying at an earlier stage (the arbitration, the treaty incorporation, the scheme underlying the claim) runs into the problem that, on the Commission's own framing, none of those earlier steps is 'the aid'. The result is a notification obligation without a clearly notifiable object, and a standstill obligation that the Member State is institutionally incapable of honouring

161 ECJ, Case 120/73, *Gebrüder Lorenz GmbH v Germany and Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1973:152; ECJ, Case C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires and Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon v France*, ECLI:EU:C:1991:440; ECJ, Case C-39/94, *SFEI and Others v La Poste and Others*, ECLI:EU:C:1996:285; ECJ, Case C-275/10, *Residex Capital IV CV v Gemeente Rotterdam*, ECLI:EU:C:2011:814.

162 *Antin*, Article 3; recitals 72-76, 243-248.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in the manner contemplated by Article 108(3) TFEU and the case law. That internal inconsistency follows directly from the Commission's oscillation between treating the award and/or its implementation as the measure, and it further underscores how uneasily *Antin*'s substantive characterisation sits with its remedial architecture.

Equally, despite the decision's operative part, it is by no means obvious that Article 108(3) TFEU, taken on its own, confers an individual right or protected legal position on a Member State to restrain recognition, enforcement, and execution proceedings abroad. In other words, it is not clear that the Member State is the 'beneficiary' of the standstill obligation. Based on the case law and Commission guidance, the direct effect of the standstill obligation is ordinarily framed as protecting 'individuals' or 'affected parties' against the unlawful implementation of aid, above all competitors and other third parties whose position may be harmed by unnotified aid.[163] At the same time, Article 108(3) TFEU also structures the division of labour (and competences) between national courts and the Commission. National courts are accordingly required to draw the appropriate consequences of a breach so as to safeguard those interests, while the Member State remains, in the ordinary structure of Article 108(3) TFEU, the bearer of the notification duty rather than the holder of the corresponding right.[164] That does not exclude the possibility that, in an unusual setting such as *Antin*, a Member State may invoke Article 108(3) TFEU in support of interim relief designed to avoid being compelled to pay potentially unlawful aid.[165] But if such a position exists, it is best understood as indirect and instrumental, deriving from the effectiveness of the standstill obligation and from the need to preserve the Commission's exclusive competence on compatibility, rather than as evidence that the Member State is itself the primary beneficiary of the standstill rule in the same way as affected competitors or other third parties.[166]

163 ECJ, Case C-354/90, *FNCE*, ECLI:EU:C:1991:440, para. 12; ECJ, Case C-39/94, *SFEI*, ECLI:EU:C:1996:285, paras. 40-43; *European Commission*, Commission Notice on the enforcement of State aid rules by national courts, OJ C 305 of 30/7/2021, p. 1, paras. 24-25. At a broader structural, systemic level, it can indeed be said that the standstill regime also protects other Member States, since Article 107(1) TFEU is directed to distortions of competition and effects on trade between Member States, and State aid control seeks to preserve a level playing field across the internal market. That wider systemic function does not, however, mean that other Member States occupy, in national standstill litigation, the same position as competitors or other directly affected parties relying on Article 108(3) TFEU. Other Member States can thus benefit from the standstill obligation, but they are not the direct beneficiaries of it, having other avenues of recourse than private affected parties.

164 Council Regulation (EU) 2015/1589, Articles 2-3 and recital 5; ECJ, Case C-39/94, *SFEI*, ECLI:EU:C:1996:285, paras. 41-42; ECJ, Case C-275/10, *Residex*, ECLI:EU:C:2011:814, paras. 26-29.

165 *Antin*, Articles 2-4 and recitals 285-286; *European Commission*, Commission Notice on the enforcement of State aid rules by national courts, OJ C 305 of 30/7/2021, p. 1, paras. 24-25, 67-68.

166 ECJ, Case C-39/94, *SFEI*, ECLI:EU:C:1996:285, paras. 41-43; ECJ, Case C-275/10, *Residex*, ECLI:EU:C:2011:814, paras. 26-29; *European Commission*, *Commission* Notice on the enforcement of State aid rules by national courts, OJ C 305 of 30/7/2021, p. 1, paras. 67-68.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Thus, even though the Member State is ordinarily the bearer of the notification duty and not the holder of a claim against the beneficiary, the approach endorsed by *Antin* seems to, at least implicitly, create such a claim.

The primary law autonomy provisions point in a similar, but not identical, direction. Articles 4(3) and 19 TEU, read with Articles 267 and 344 TFEU and the post-*Achmea* line of case law, explain why Member State courts must resist giving intra-EU arbitral arrangements full effect within the Union legal order. Yet those provisions do not obviously create, by themselves or in combination with Article 108 TFEU, a freestanding private law cause of action enabling a Member State to restrain third-country proceedings. Their more plausible role is indirect; not converting EU courts into supervisors of foreign ICSID enforcement but rather informing the EU-conforming interpretation of national interim relief rules where there is a sufficient Union nexus.

The strongest argument for this would be one of effectiveness; if private enforcement abroad would compel a Member State to pay potentially unlawful aid, the State must be able to seek temporary relief so as not to be forced into a breach of EU law. That argument has force, especially where proceedings within the Union are concerned. But once extended to third-country litigation, it becomes unstable, and unmoored. The practical problem is obvious and has been rendered even clearer by extra-EU judgments. EU law may require the Member State not to pay, but it cannot require US, Australian, or UK courts not to apply their own ICSID enforcement or fully-domestic execution regimes.

For the same reason, the role of national courts should be framed carefully. They can, and where necessary must, adopt interim measures in order to preserve the practical effect of the standstill obligation while Commission proceedings are pending. They may also be able, through the ordinary techniques of national procedural law interpreted in conformity with EU law, to grant anti-enforcement relief where there is a sufficient EU nexus. But that is a very different proposition from saying that national courts must guarantee, through anti-suit or anti-enforcement orders, the suspension of third-country ICSID proceedings as such. At that point, the logic of standstill risks becoming symbolic rather than effective, undermining the very effectiveness the Commission centres in its approach. That approach, in practice, seeks to preserve Union legality by controlling processes which lie, institutionally and juridically, outside the Union legal order. That, in essence, is why the anti-enforcement logic showcases the problems with *Antin*, as it reveals both the internal tension of the Commission's reasoning and the practical impossibility of fully realising it in a transnational enforcement environment.

The more disciplined position is therefore that Article 108(3) TFEU may justify restraining the Member State's own conduct, and it may justify narrowly framed interim measures designed to preserve the effectiveness of pending State aid control. What it does not justify is the reconstitution of the Member State as the holder of a broad private law entitlement to halt foreign enforcement proceedings wher-

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ever they arise. The pending challenge in *Antin* is telling in that respect.[167] The contested novelty is not simply that the Commission opposes payment, but that the Commission seeks, through Article 3 of the decision, to project the standstill obligation outward into an anti-enforcement mandate with third-country reach. That is, however, the point at which the actual effectiveness of State aid law, and the standstill obligation, become most vulnerable.

G. Conclusion

In conclusion, the current decisional and judicial trajectory does not establish any general proposition that investment arbitration awards, or their payment, enforcement, or execution straightforwardly constitute State aid. Even if the conclusions reached by the GC in *Micula*, still to be confirmed by the ECJ, are accepted in full, they remain inherently limited to and by the factual patterns of that specific case; patterns meaningfully divergent from *Antin*.[168] *Antin* was an attempt to generalise from that foundation; and an innovative one. But it is also, on examination, fragile.

The fragility begins with the difficulty in determining the measure itself, which bleeds into imputability. Imputability in the investment arbitration context is not a unitary question, but rather it varies with the specific act and element under examination. Some elements may involve sufficiently clear State conduct to be deemed imputable, but those elements related to the award and its implementation (except in the case of voluntary payment) are much harder to pin on State action. This is especially so where those elements involve adjudicative actors – tribunals or foreign courts – operating without discretion, or acting under their own legal orders entirely outside the Union's reach. *Antin* papers over that distinction by anchoring imputability in the original voluntary act and then projecting it forward across the entire subsequent sequence. That reasoning is, however, strained. The voluntary enactment cannot indefinitely taint acts which, in themselves, contain no element of State agency beyond the Member State's position as a respondent.

The advantage analysis compounds those difficulties rather than resolving them. Compensation for harm caused by a legally cognisable wrong does not become an economic advantage merely because the mechanism through which it is obtained is regarded as incompatible with EU law. The decisive question is whether the payment places the recipient in a better position than normal market conditions would allow. In *Antin*, that question is not adequately answered, as the elements relating to

167 GC, Case T-365/25, *Antin v Commission*, pending.

168 *Micula* concerned an intra-EU BIT and an underlying tax incentive scheme that had been formally characterised as aid, whose repeal was mandated by the Commission as a condition of Romania's accession, and the award compensated for the withdrawal of those previously qualified incentives. *Antin*, by contrast, rests on the multilateral ECT, in force throughout Spain's EU membership, and on a 2007 scheme never subject to a formal State aid finding until the *Antin* decision itself, and of which the characterisation is both terse and doubtful (see Section D.III). Transposing *Micula*'s reasoning directly to *Antin* therefore does considerably more work than the Commission's decision acknowledges.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

the underlying 2007 scheme are not established with the clarity required to render the compensation itself illegitimate. The Commission's broader proposition that illegality is, in effect, a sufficient proxy for advantage also fails, when read in light of *Asteris* and *DOBELES*. The overall analysis also sits in some tension with the imputability analysis, as the very incorporation into national law that is relied upon to establish State conduct simultaneously points towards a framework that operates, as regards compensation, within conditions recognisable as 'normal'.

Selectivity does not mitigate those weaknesses; it reflects them. The measure's exact contours shift depending on which condition of Article 107(1) TFEU is being addressed. The underlying ISDS scheme is invoked for imputability, creating an 'original sin', yet it is suppressed for the purposes of selectivity and advantage, where its inclusion would risk transforming the measure into a general one, or the relevant conditions into 'normal' ones. That oscillation is revealing. It suggests that the Commission separated consequences from their legal basis, and parts of a whole from the whole itself, in a manner that is formally coherent only if one does not press the analysis across all three conditions simultaneously. Selectivity in *Antin* is, therefore, a window into the decision's internal coherence (or lack thereof).

Looking at the decision overall, it seems more like a confirmation of a preconceived position, namely that there is indeed aid, rather than an open analysis; with different elements of the measure and of the notion of aid being stretched to accommodate that conclusion. The central difficulty, in other words, is not that no arbitration related act could ever result in State aid, but that the acts which most readily engage State involvement are not necessarily those that most readily confer an advantage; while the acts that most obviously crystallise pecuniary consequences, the award, judicial recognition and enforcement, and involuntary execution, are precisely those that sit least comfortably within an imputability analysis. *Antin* tries to bridge that gap by stretching measure definition, advantage, and selectivity in the same direction. That is why its reasoning has novel elements, and also why it remains fragile.

At the remedial level, the same structural tension that underpins the aid analysis surfaces in a more acute form. The standstill obligation was built to discipline the Member State; it was not designed to equip it with a transnational veto over foreign enforcement proceedings. Once the standstill logic is projected outward into anti-enforcement mandates with third-country reach, seeking to govern the independent acts of non-EU courts applying their own ICSID-implementing regimes, the logic of standstill risks becoming symbolic rather than effective, undermining the very effectiveness that the Commission champions. That, in essence, is why the anti-enforcement dimension of *Antin* showcases the decision's underlying problems: it exposes both the incoherence at the heart of the Commission's reasoning and the limits of its operational reach once the dispute moves beyond the EU's own legal order.

This overall structural weakness can be traced back to the effectively dual purpose of *Antin*; jumping off from its core nature as a State aid decision into a form of system-management of intra-EU arbitration outcomes, conducted under

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

the prism and through the vocabulary of State aid control. Through that lens, the oscillations identified across the determination of the measure, its characterisation as aid, and the reach of the remedial consequences cease to appear as analytical errors and begin to appear as something closer to structural choices. Nonetheless, the result is a decision that is simultaneously overreaching in its remedial ambition and unconvincing in its core legal reasoning and doctrinal foundations.

Bibliography

BIAGIONI, GIACOMO, The Curious Incident of the 'State Aid' Granted by an International Arbitral Tribunal, European Papers, 2022, Vol. 7(2), pp. 533–540

BLACKABY, NIGEL; PARTASIDES, CONSTANTINE; REDFERN, ALAN, Redfern and Hunter on International Arbitration, 7th edition, Oxford, 2022

BUNGENBERG, MARC, Small Tensions: EU State Aid and International Investment Law, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2018, Vol. 21(4), pp. 499–510

CAMERON, PETER D., International Energy Investment Law, 2nd edition, Oxford, 2021

FAHNER, JOHANNES HENDRIK, Compensation or Competitive Advantage? Reconciling Investment Arbitration with EU State Aid Law, ICSID Review, 2022, Vol. 37(3), pp. 672–686

FAHNER, JOHANNES HENDRIK, From State Aid to Autonomy and Back: The Commission's Continuing Campaign Against Intra-EU ISDS, Legal Issues of Economic Integration, 2021, Vol. 48(4), pp. 339–346

HORNKOHL, LENA, The Extraterritorial Application of Statutes and Regulations in EU Law, in: Buxbaum, Hannah (ed.), Extraterritoriality in Comparative Perspective, 1st edition, Leiden, 2025, pp. 413–454

HORNKOHL, LENA, Protecting the Internal Market from Subsidisation with the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?, Journal of European Competition Law & Practice, 2023, Vol. 14(3), pp. 137–151

HORNKOHL, LENA; PELEKIS, DIONYSIOS, Investitionsschiedsverfahren und staatliche Beihilfen im Nachgang zu Antin, Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2025, Vol. 13(11), pp. 590–596

ØLYKKE, GRITH SKOVGAARD, The Notice on the Notion of State Aid and Public Procurement Law, European State Aid Law Quarterly, 2016, Vol. 15(4), pp. 508–526

ØLYKKE, GRITH SKOVGAARD, State Aid as a Defence for Public Authorities? Annotation on the Judgment of the Court of Justice of the European Union (Second Chamber) of 15 November 2015 in Case C-505/14 Klausner Holtz Niedersachsen GmbH v Land Nordrhein-Westfalen, European State Aid Law Quarterly, 2016, Vol. 15(4), pp. 286–290

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

PELEKIS, DIONYSIOS, State Aid and R&D&I Procurement: An Uneasy and Unclear Relationship, European State Aid Law Quarterly, 2025, Vol. 24(4), pp. 358-369

PÉREZ-BERNABEU, BEGOÑA, The Commission's Decision in Antin: Justifying an Inconsistency or Simply a Poor Motivation?, European State Aid Law Quarterly, 2025, Vol. 24(3), pp. 244–258

PÉREZ-BERNABEU, BEGOÑA, State Aid Through Arbitration Awards: EU Law as a Ground for Non-Enforcement, Intertax, 2023, Vol. 51(3), pp. 219–231

SANCHEZ-GRAELLS, ALBERT, State Aid and Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries, in: Hancher, Leigh; Piernas López, Juan Jorge (eds.), Research Handbook on European State Aid Law, 2nd edition, Cheltenham, 2021, pp. 329-346

ZÖCHLING, JULIA, Schiedssprüche als Beihilfen. Besprechung des Urteils EuGH C-701/21 P, D.E.I., in: Jaeger, Thomas; Haslinger, Birgit (eds.), Beihilferecht — Jahrbuch 2025, Wien, 2025, pp. 387–396

ŽIŽÁKOVÁ, JOHANNA, Investment Arbitration Awards and State Aid: Defining Conditions and Enforcement Implications, European State Aid Law Quarterly, 2025, Vol. 24(3), pp. 259–274

© Lena Hornkohl and Dionysios Pelekis

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Teil II
Kinder als Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren und als gesuchte Personen nach dem Europäischen Haftbefehl

Julia Villotti*

Inhalt

A. Einleitung 311
B. Mindestvorgaben nach der RL 2016/800 312
C. Kinder als Gesuchte nach dem Europäischen Haftbefehl 315
I. Wahrung von Kinderrechten als Ausnahme von der Pflicht zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls? 316
II. Rechte von Kindern in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls 327
D. Schlussfolgerungen 328

Abstract

Der erste Teil des Beitrags zur Relevanz des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für Kinder war der Entwicklung des Kinderrechtsschutzes auf primärrechtlicher Ebene und dem kinderrelevanten Unionshandeln im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gewidmet. Die rechtliche Stellung von Kindern als Opfer von Straftaten stand dabei im Zentrum. Der vorliegende zweite Teil des Beitrags setzt sich nun mit der Stellung von Kindern auseinander, die selbst als Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren geführt werden. Dabei stellt sich unter anderem die Frage, inwieweit die spezifische Situation von Kindern im Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls berücksichtigt wird und ob von der verpflichtenden Vollstreckung aus Gründen der Wahrung von Kinderrechten abgesehen werden kann.

* 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.

 DOI: 10.5771/1435-439X-2026-2-310

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

An Area of Freedom, Security and Justice for Children? Part II
Children as suspects or accused persons in criminal proceedings and as persons sought under the European Arrest Warrant

The first part of the contribution on child related aspects of the Area of Freedom, Security and Justice was devoted to the evolution of a system of children´s rights protection at the level of primary EU law and to EU action in the field of Judicial Cooperation in Criminal Matters. The focus there was on the legal position of children as victims of criminal offences. The present second part of the contribution examines the legal position of children who themselves are suspects or accused persons in criminal proceedings and persons sought under the European Arrest Warrant. Among other questions, it considers the extent to which the specific situation of children is taken into account in proceedings for the execution of the European Arrest Warrant and whether, for reasons relating to the protection of the rights of the child, obligatory execution of a European Arrest Warrant may be declined.

Keywords: Area of Freedom, Security and Justice, Principle of Mutual Recognition, Principle of Mutual Trust, Judicial Cooperation in Criminal Matters, Rights of the Child, European Arrest Warrant, Directive 2016/800

A. Einleitung

Im Rahmen des Raus der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) und konkret der polizeilichen Zusammenarbeit in Strafsachen wird der besonderen Situation von Kindern nicht nur Rechnung getragen, wenn sie Opfer von Straftaten sind oder werden könnten,[1] sondern auch, wenn sie selbst einer Straftat verdächtigt oder beschuldigt werden. In diesem Zusammenhang sind 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[2] und der Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RbEuHb)[3] von Bedeutung. Im Folgenden werden zunächst die Mindestvorgaben nach der RL 2016/800 dargestellt (B.). Im Anschluss daran wird auf die Stellung von Kindern als Gesuchte nach dem Europäischen Haftbefehl eingegangen (C.), und zwar hinsichtlich der für Kinder relevanten Ausnahmen von der Vollstreckungsverpflichtung einerseits und der Verfahrensrechte von Kindern andererseits. Kurze Schlussfolgerungen runden den Beitrag ab (D.).

1 Siehe dazu den ersten Teil des Beitrags in ZEuS 2026/1.
2 ABl. L 132 v. 21.5.2016, S. 1.
3 ABl. L 190 v. 18.7.2002, S. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Mindestvorgaben nach der RL 2016/800

In der RL 2016/800 sind Mindestvorgaben in Bezug auf Verfahrensgarantien für Kinder vorgesehen, die verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, einschließlich derer, gegen die ein Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls nach dem Rahmenbeschluss 2002/584/JI eingeleitet wurde.[4] Sie wurde unter anderem deshalb angenommen, weil allein aufgrund des Umstands, dass sämtliche EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, 1950)[5], des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (1966)[6] sowie der Kinderrechtskonvention sind, „nicht immer ein hinreichendes Maß an Vertrauen in die Strafrechtspflege anderer Mitgliedstaaten geschaffen wird".[7]

Die Richtlinie ist unabhängig von einer förmlichen Handlung der Behörden anwendbar, sobald Kinder faktisch verdächtigt werden, also zum Beispiel von Opfern als mutmaßliche Täter:innen bezeichnet werden.[8] Ihre Anwendbarkeit erstreckt sich bis zu dem Zeitpunkt, zu dem endgültig geklärt ist, ob die Kinder eine Straftat begangen haben. Dies schließt eventuelle Verurteilungen und Entscheidungen in Rechtmittelverfahren ein.[9] Der Begriff „Kinder" in der RL 2016/800 bezeichnet Personen unter 18 Jahren. Wenn Zweifel bestehen, ob eine Person älter als 18 Jahre ist, muss sie als Kind eingestuft werden.[10] Dies gilt gemäß Art. 2 Abs. 3 RL 2016/800 auch für Personen, die bei Verfahrensbeginn Kinder waren und das 18. Lebensjahr im Laufe des Verfahrens vollenden. Auf diese Kinder sind allerdings nicht alle Bestimmungen der Richtlinie anwendbar.[11] In diesem Fall muss die Anwendung der Richtlinie oder einzelner ihrer Bestimmungen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls angemessen sein. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU ist es in diesem Zusammenhang unzulässig, wenn alle Personen, die während eines gegen sie eingeleiteten Verfahrens das 18. Lebensjahr vollenden, „allgemein und abstrakt" von den in der RL 2016/800 festgelegten Rechte ausgeschlossen werden. Die Angemessenheit der Anwendung der Richtlinie oder einzelner ihrer Bestimmungen ist nämlich unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände der Rechtssache zu ermitteln. Dazu gehören auch der Reifegrad und die Schutzbe-

4 Zur praktischen Relevanz der RL 2016/800 über Verfassungsstrategien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, ABl. L 132 v. 21.5.2016, siehe *Eckel; Körner*, NStZ 2019/8, S. 433.
5 SEV. Nr. 5.
6 999 UNTS 171.
7 ErwGr. 3 RL 2016/800.
8 Siehe dazu *Europäische Kommission*, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Richtlinie (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, COM(2024) 489 final, S. 6.
9 Art. 2 Abs. 1 RL 2016/800.
10 Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 RL 2016/800.
11 Dies gilt für Art. 5, Art. 8 Abs. 3 lit. b und Art. 15 RL 2016/800 soweit sich diese Bestimmungen auf Träger:innen der elterlichen Verantwortung beziehen.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dürftigkeit der Betroffenen.[12] Den Mitgliedstaaten steht es zudem frei, die Richtlinie auf Personen, die 21 Jahre oder älter sind, nicht anzuwenden.

Strafverfahren, an denen Kinder beteiligt sind, müssen gemäß der Richtlinie vorrangig und mit der gebotenen Sorgfalt bearbeitet werden. Kinder sind stets ihrem Alter, ihrem Reifegrad und ihrem Verständnis entsprechend zu behandeln. Ihre Würde muss geschützt werden und ihre besonderen Bedürfnisse sind zu berücksichtigen.[13] Sie haben das Recht, umgehend über die allgemeinen Aspekte des Verfahrens und die in der RL 2016/00 vorgesehenen Rechte informiert zu werden.[14] Nach der Rechtsprechung muss dies spätestens vor der ersten Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden in einfacher und verständlicher Sprache erfolgen, die den Bedürfnissen und der Schutzbedürftigkeit der Kinder Rechnung trägt. Die Vorlage eines standardisierten und für Erwachsene bestimmten Dokuments, mit dem Verdächtigte oder Beschuldigte über ihre Rechte belehrt werden, genügt diesen Anforderungen nicht.[15]

Kinder haben außerdem das Recht auf Unterrichtung der Träger:innen der elterlichen Verantwortung. Sofern Letztere nicht erreichbar sind oder dies negative Folgen für das Kindeswohl hätte, werden im Einklang mit der RL 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren[16] andere geeignete Erwachsene von den Kindern benannt, die von der zuständigen Behörde akzeptiert werden.[17] Diese dürfen sie bei Gerichtsverhandlungen und, sofern es dem Kindeswohl dient und das Strafverfahren dadurch nicht beeinträchtigt wird, auch in anderen Phasen des Verfahrens begleiten.[18] Des Weiteren haben Kinder nach Maßgabe von Art. 6 RL 2016/800 Anspruch auf Zugang zu und Unterstützung durch einen Rechtsbeistand. Sie dürfen mit dieser Person beispielsweise unter vier Augen zusammentreffen und vertraulich kommunizieren. Von der Unterstützung durch einen Rechtsbeistand kann unter anderem dann abgesehen werden, wenn dies unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht verhältnismäßig ist. Eine Unterstützung muss aber jedenfalls sichergestellt werden, wenn Kinder einem Gericht zur Entscheidung über eine Haft vorgeführt werden oder sich bereits in Haft befinden. Die Verurteilung von Kindern zu Haftstrafen, ohne dass sie von einem Rechtsbeistand unterstützt wurden, ist demnach unzulässig.[19] Der Gerichtshof hat dazu festgestellt, dass nationale Regelungen mit Art. 6 RL 2016/800 unvereinbar sind, die nicht vorsehen, dass Kinder spätestens vor ihrer ersten Befragung durch die Polizei oder andere Behörden von einem Rechtsbeistand unterstützt werden. Letzterer

12 EuGH, Rs. C-603/22, *MS*, Urteil v. 5. September 2024, ECLI:EU:C:2024:685, Rn. 131 und 133.
13 Art. 13 RL 2016/800.
14 Art. 4 RL 2016/800.
15 EuGH, Rs. C-603/22, *MS*, Urteil v. 5. September 2024, ECLI:EU:C:2024:685, Rn. 155 f. und 158.
16 Abl. L 142 v. 1.6.2012, S. 1.
17 Art. 5 RL 2016/800.
18 Art. 15 RL 2016/800.
19 Siehe auch ErwGr. 25. ff. RL 2016/800.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

muss bei der Befragung anwesend sein.[20] Die Beurteilung, ob beziehungsweise inwieweit Informationen und Beweise zu berücksichtigen sind, die in Widerspruch zu unionsrechtlichen Vorgaben erlangt wurden, obliegt nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie den Mitgliedstaaten. Diese sind aber nach ständiger Rechtsprechung an die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz gebunden.[21]

Im Hinblick auf den Schutz der Privatsphäre können die Mitgliedstaaten bestimmen, ob Gerichtsverhandlungen, an denen Kinder beteiligt sind, grundsätzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden, sie können diese Entscheidung aber auch den Gerichten überlassen.[22] Nach der RL 2016/800 haben Kinder zudem das Recht auf Prozesskostenhilfe und einen wirksamen Rechtsbehelf, auf eine individuelle Begutachtung zur Ermittlung besonderer Bedürfnisse sowie auf eine medizinische Untersuchung beziehungsweise Unterstützung durch Ärzt:innen oder andere qualifizierte Fachkräfte. Der Freiheitsentzug ist unter Berücksichtigung des Alters und der individuellen Situation der Kinder auf den kürzesten noch angemessenen Zeitraum zu begrenzen. Nach Möglichkeit ist auf alternative Maßnahmen zur Haft zurückzugreifen.[23] Kindern, die bereits inhaftiert sind, muss nach Art. 12 RL 2016/800 eine besondere Behandlung zuteil werden: Sofern möglich, dürfen sie auch nach Vollendung des 18. Lebensjahres nicht gemeinsam mit Erwachsenen untergebracht werden, es sei denn, es würde dem Kindeswohl entsprechen. Die Mitgliedstaaten müssen dafür sorgen, dass ihre gesundheitliche, körperliche und geistige Entwicklung sichergestellt und geschützt und das Recht auf Erziehung und Ausbildung, die Achtung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit, die Ausübung des Rechts auf Familienleben sowie der Zugang zu Programmen, mit denen ihre Entwicklung und Reintegration in die Gesellschaft erleichtert werden soll, gewährleistet wird.[24] Der Fokus der Regelungen liegt also klar auf dem Ziel der Wiedereingliederung der Kinder in die Gesellschaft.

Bei der Umsetzung der RL 2016/800, für die die Mitgliedstaaten bis zum 11. Juni 2019 Zeit hatten, waren weitere Unionsrechtsakte zu berücksichtigen.[25] Dies gilt unter anderem für die RL 2012/13 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, die allgemeine Vorgaben für das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren enthält. Nach den Erwägungsgründen dieser Richtlinie sollten die nationalen Behörden besondere Aufmerksamkeit auf Personen richten, die den Inhalt beziehungsweise die Bedeutung der Belehrung oder Unterrichtung altersbedingt nicht nachvollziehen können.[26] Eine weitere Richtlinie, die bei der Umsetzung zu berücksichtigen ist, ist die RL 2013/48 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des

20 EuGH, Rs. C-603/22, *MS*, Urteil v. 5. September 2024, ECLI:EU:C:2024:685, Rn. 121.
21 EuGH, Rs. C-603/22, *MS*, Urteil v. 5. September 2024, ECLI:EU:C:2024:685, Rn. 170 und 172 mit weiteren Nachweisen.
22 Art. 14 RL 2016/800.
23 Art. 7, 10, 11, 18 und Art. 19 RL 2016/800.
24 48. ErwGr. und Art. 12 RL 2016/800.
25 18. ErwGr. RL 2016/800.
26 26. ErwGr. RL 2012/13 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. L 142 v. 1.6.2012.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.[27] Sie fördert die Rechte von Kindern unter Berücksichtigung der Leitlinien des Europarats zu einer kinderfreundlichen Justiz.[28] Gemäß Art. 5 RL 2013/48 müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Träger:innen der elterlichen Verantwortung „möglichst rasch" über einen Freiheitsentzug und die Gründe dafür informiert werden, wenn es sich bei den Verdächtigen oder Beschuldigten um Kinder und damit um Personen handelt, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Von dieser Unterrichtung kann abgesehen werden, wenn es dem Kindeswohl abträglich wäre. Diesfalls sind andere geeignete Erwachsene zu informieren.[29]

Im Jahr 2024 hat die Kommission in ihrem Bericht über die Umsetzung der RL 2016/800 festgestellt, dass in einigen Mitgliedstaaten Probleme im Zusammenhang mit der Einhaltung wesentlicher Bestimmungen dieser Richtlinie bestehen. Das gilt unter anderem für die Auskunftsrechte, die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand, das Recht auf individuelle Begutachtung und die Behandlung im Fall eines Freiheitsentzugs.[30] Die Anforderung, dass eine Person als Kind gilt, wenn zweifelhaft ist, ob sie das 18. Lebensjahr vollendet hat, wurde von einem Drittel der Mitgliedstaaten nicht ausdrücklich umgesetzt.[31] Die Kommission hat daher angekündigt, Vertragsverletzungsverfahren gegen die betreffenden Mitgliedstaaten „vorrangig" weiterzuverfolgen.[32]

C. Kinder als Gesuchte nach dem Europäischen Haftbefehl

Der Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RbEuHb)[33] wurde aufgrund von Art. 31 lit. a und b sowie Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV(Amsterdam) angenommen. Er schafft ein vereinfachtes und beschleunigtes Verfahren der Übergabe von Personen, die zur Strafverfolgung oder zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen oder einer freiheitsentziehenden Maßregel gesucht werden. Damit wurden die komplexen und langwierigen Auslieferungsverfahren, unter anderem nach dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen (1957),[34] dem Europäischen Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus (1977)[35] und dem

27 Abl. L 294 v. 6.11.2013.
28 55. ErwGr. RL 2013/48; S. *Ministerkomitee des Europarats*, Leitlinien des für eine kindgerechte Justiz, verabschiedet v. 17.11.2010, abrufbar unter https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804c2f15 (14.4.2026).
29 Siehe dazu 55. ErwGr. RL 2013/48.
30 COM(2024) 489 final, S. 30.
31 COM(2024) 489 final, S. 8.
32 Bislang wurde kein Vertragsverletzungsverfahren eingebracht (Stand 21.5.2026).
33 ABl. L 190 v. 18.7.2002, S. 1; geändert durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates v. 26.2.2009, ABl. L 81 v. 27.3.2009, S. 24.
34 SEV. Nr. 24.
35 SEV. Nr. 90.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schengener Durchführungsübereinkommen (1990),[36] zwischen den EU-Mitgliedstaaten ersetzt.[37] Bei dem Rahmenbeschluss 2002/584/JI handelt es sich um die „erste konkrete Verwirklichung" des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, der vom Europäischen Rat bekanntermaßen als „Eckstein" der justiziellen Zusammenarbeit bezeichnet wurde.[38] Ausgehend von diesem Grundsatz sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 1 Abs. 2 RbEuHb zur Vollstreckung jedes Europäischen Haftbefehls verpflichtet. Ein solcher kann erlassen werden, wenn die betreffende Handlung im Ausstellungsmitgliedstaat mit einer Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens zwölf oder bei einer Verurteilung mit mindestens vier Monaten bedroht ist. Die Vollstreckung kann allerdings grundsätzlich davon abhängig gemacht werden, dass die Strafbarkeit der Handlungen, die der Ausstellung des Haftbefehls zugrunde liegen, auch nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats gegeben ist. Davon ausgenommen sind bestimmte schwere Straftaten, wie Terrorismus, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung von Kindern, Kinderpornographie und Cyberkriminalität. Hier ist die Übergabe aufgrund eines Europäischen Haftbefehls vorgesehen, ohne dass das Vorliegen der beiderseitigen Strafbarkeit geprüft werden muss. Die Straftat muss allerdings im Ausstellungsmitgliedstaat mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht sein.[39]

I. Wahrung von Kinderrechten als Ausnahme von der Pflicht zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls?

Im Rahmenbeschluss 2002/584/JI sind konkrete Ausnahmen von der Pflicht zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls vorgesehen. Demnach *kann* sie gemäß Art. 4 RbEuHb unter anderem dann abgelehnt werden, wenn die beiderseitige Strafbarkeit (nach Maßgabe von Ziff. 1) nicht gegeben ist, die betreffende Person im Vollstreckungsmitgliedstaat wegen derselben Handlung strafrechtlich verfolgt wird (Ziff. 2), die Strafverfolgung oder Strafvollstreckung im Vollstreckungsmitgliedstaat verjährt ist (Ziff. 4), oder die Person wegen derselben Handlung bereits in einem Drittstaat rechtskräftig verurteilt wurde (Ziff. 5). Im Jahr 2009 wurde mit Art. 4a RbEuHb eine zusätzliche Möglichkeit zur Ablehnung der Vollstreckung in den Rahmenbeschluss aufgenommen, und zwar, wenn die gesuchte Person nicht persön-

36 Titel III Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen v. 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, Abl. L 239 v. 22.9.2000, S. 19.

37 Siehe 5. und 6. ErwGr. sowie Art. 1 Abs. 1 und 2 RbEuHb. Dazu EuGH, Rs. C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, Urteil v. 10. November 2016, ECLI:EU:C:2016:861, Rn. 25 mit weiteren Nachweisen. Zur Entstehung und den normativen Grundlagen des Rahmenbeschlusses ausführlich *Haggenmüller*, S. 83 ff.

38 6. ErwGr. RbEuHb. Siehe EuGH, Rs. C-216/18 PPU, *LM*, Urteil v. 25. Juli 2018, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 38. Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl, *Möstl*, CMLR 2010/2, S. 432 ff.

39 Art. 2 RbEuHb.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich zur Verhandlung erschienen ist, die zur Entscheidung über die Vollstreckung geführt hat.

Nach Art. 3 RbEuHb *muss* die zuständige Justizbehörde die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls in drei Fällen ablehnen: Erstens, wenn die Straftat in dem für die Straftat zuständigen Vollstreckungsmitgliedstaat unter eine Amnestie fällt (Ziff. 1); zweitens, wenn die gesuchte Person in einem Mitgliedstaat wegen derselben Handlung bereits rechtskräftig verurteilt und die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsmitgliedstaats nicht mehr vollstreckt werden kann (Ziff. 2); die Vollstreckung darf drittens nicht erfolgen, wenn die betreffende Person nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats aus Altersgründen für die betreffende Handlung nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann (Ziff. 3). In Art. 5 RbEuHb ist schließlich vorgesehen, dass die vollstreckende Justizbehörde die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls an bestimmte Bedingungen knüpfen kann, die vom Ausstellungsmitgliedstaat erfüllt werden müssen. So kann etwa im Hinblick auf eigene Staatsangehörige verlangt werden, dass sie zur Verbüßung der im Ausstellungsmitgliedstaat verhängten Freiheitsstrafe in das Hoheitsgebiet des Heimat- und Vollstreckungsmitgliedstaats rücküberstellt werden, nachdem den Betroffenen rechtliches Gehör gewährt wurde.

Mit der Zulässigkeit der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls gegenüber einer zur Tatzeit minderjährigen Person wurde der Gerichtshof in der Rs. *Piotrowksi* befasst. Konkret stellte sich die Frage, ob Art. 3 Ziff. 3 RbEuHb so auszulegen ist, dass er die Übergabe von Personen, die nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats minderjährig sind, grundsätzlich untersagt, oder ob dies nur für Personen gilt, die noch nicht alt genug sind, um für die betreffende Handlung im Vollstreckungsmitgliedstaat strafrechtlich verfolgt zu werden.[40] Der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen darauf hingewiesen, dass zwischen dem in der Bestimmung verwendeten Begriff der strafrechtlichen Verantwortlichkeit einerseits und dem der vollen Strafmündigkeit andererseits zu unterscheiden ist. Minderjährige können zwar für bestimmte Taten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, dem allgemeinen Strafrecht unterliegen sie aber erst mit dem Erreichen der vollen Strafmündigkeit.[41] Die Festlegung dieser Altersgrenzen fällt in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Wie der Generalanwalt[42] ist auch der Gerichtshof – unter Verweis auf den Wortlaut von Art. 3 Ziff. 3 RbEuHb und die Entstehungsgeschichte der Bestimmung – zum Schluss gekommen, dass der gegenständliche Ablehnungsgrund nicht Minderjährige im Allgemeinen betrifft, sondern nur diejenigen, die nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats nicht für die dem Haftbefehl zugrunde liegende Handlung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen können. In Ermangelung einer unionsrechtlichen Harmonisierung obliegt es dem Vollstreckungsmitgliedstaat, das Mindestalter für die strafrechtliche Verantwortlichkeit für konkrete

40 EuGH, Rs. C-367/16, *Piotrowski*, Urteil v. 23. Januar 2018, ECLI:EU:C:2018:27, Rn. 27.
41 Schlussanträge GA *Bot*, Rs. C-367/16, *Piotrowksi*, ECLI:EU:C:2017:636, Rn. 31.
42 Schlussanträge GA *Bot*, Rs. C-367/16, *Piotrowksi*, ECLI:EU:C:2017:636, Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Handlungen festzulegen.[43] Bei der Entscheidung über die Übergabe von Minderjährigen hat er nur zu prüfen, ob sie dieses Mindestalter bereits erreicht haben. Eine darüberhinausgehende Prüfung von Voraussetzungen, von denen die Verfolgung oder Verurteilung in diesem Staat abhängig gemacht wird – also etwa die Persönlichkeit, der Reifegrad der Minderjährigen oder das Vorliegen von bereits getroffenen Jugendschutzmaßnahmen – ist im Rahmenbeschluss nicht vorgesehen und käme einer tatsächlichen inhaltlichen Überprüfung der gerichtlichen Entscheidung des Ausstellungsmitgliedstaats gleich. Dies wäre, so der Gerichtshof, mit dem Ziel des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI und dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung unvereinbar.[44]

Die Übergabe einer gesuchten Person kann gemäß Art. 23 Abs 4 RbEuHb auch aus schwerwiegenden humanitären Gründen ausnahmsweise ausgesetzt werden. In dieser sogenannten „humanitären Klausel" wird demonstrativ auf den Umstand verwiesen, dass „ernsthafte Gründe für die Annahme bestehen, dass die Vollstreckung offensichtlich eine Gefährdung für Leib oder Leben der gesuchten Person darstellt". Die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls muss jedoch erfolgen, sobald die schwerwiegenden humanitären Gründe nicht mehr vorliegen.

Die Nichtvollstreckung des Europäischen Haftbefehls aufgrund einer drohenden Grundrechtsverletzung im Ausstellungsmitgliedstaat ist im Rahmenbeschluss 2002/584/JI hingegen nicht ausdrücklich vorgesehen. Das Fehlen einer derartigen Bestimmung wird mit der unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu erklären sein, den anderen Mitgliedstaaten die Beachtung der Grundrechte zu unterstellen.[45] Dabei ist in Verfahren im Zusammenhang mit einem Europäischen Haftbefehl primär der Ausstellungsmitgliedstaat für die Wahrung der Grundrechte verantwortlich.[46] Gemäß Art. 1 Abs. 3 RbEuHb berührt der Rahmenbeschluss jedoch „nicht die Pflicht, die Grundrechte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie in Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegt sind, zu achten". Nach anfänglicher Zurückhaltung in den Rs. *Radu* und *Melloni*[47] hat der Gerichtshof – nicht zuletzt aufgrund des Drucks aus Karlsruhe[48] – in seinem Grundsatzurteil in der Rs. *Aranyosi und Căldăraru* eingeräumt, dass unter „außergewöhnlichen Umständen" Beschränkungen der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und

43 EuGH, Rs. C-367/16, *Piotrowski*, Urteil v. 23. Januar 2018, ECLI:EU:C:2018:27, Rn. 29 f. und 32 ff.

44 EuGH, Rs. C-367/16, *Piotrowski*, Urteil v. 23. Januar 2018, ECLI:EU:C:2018:27, Rn. 51 ff.

45 Siehe dazu z.B. EuGH, Rs. C-699/21, *EDL*, Urteil v. 18. April 2023, ECLI:EU:C:2023:295, Rn. 31.

46 EuGH, Rs. C-367/16, *Piotrowski*, Urteil v. 23. Januar 2018, ECLI:EU:C:2018:27, Rn. 50; s. auch EuGH, Rs. C-268/17, *AY*, Urteil v. 25. Juli 2018, ECLI:EU:C:2018:602, Rn. 28.

47 EuGH, Rs. C-396/11, *Radu*, Urteil v. 29. Januar 2013, ECLI:EU:C:2013:39; Rs. C-399/11, *Melloni*, Urteil v. 26. Februar 2013, ECLI:EU:C:2013:107.

48 Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat insbesondere festgestellt, dass das gegenseitige Vertrauen im europäischen Auslieferungsverkehr erschüttert werden kann; Beschluss v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des gegenseitigen Vertrauens möglich sind.[49] Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gilt demnach nicht absolut, die Mitgliedstaaten müssen sich das Vertrauen der anderen Mitgliedstaaten vielmehr dadurch verdienen, dass sie für einen entsprechenden Grundrechtsschutz sorgen.[50]

Die Rs. *Aranyosi und Căldăraru* betraf die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls in Anbetracht der möglichen Gefahr einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung im Ausstellungsmitgliedstaat und damit einer Verletzung von Art. 4 GRC. Unter Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 3 RbEuHb hat der Gerichtshof den Vollstreckungsmitgliedstaat zur Vornahme sowohl einer allgemeinen als auch einer individuellen Bewertung der Situation im Ausstellungsmitgliedstaat verpflichtet und ihm dazu konkrete Vorgaben an die Hand gegeben. Demnach muss die vollstreckende Justizbehörde, wenn sie „über objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte Angaben verfügt, die das Vorliegen systemischer oder allgemeiner, bestimmte Personengruppen oder bestimmte Haftanstalten betreffender Mängel der Haftbedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat belegen, konkret und genau prüfen [...], ob es ersthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die Person, gegen die sich [der Haftbefehl] richtet", aufgrund der Bedingungen der Inhaftierung im Ausstellungsmitgliedstaat „einer echten Gefahr" unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Sinn von Art. 4 GRC ausgesetzt wäre. Die Entscheidung über die Übergabe muss aufgeschoben werden, bis das Vorliegen einer solchen Gefahr ausgeschlossen werden kann. Ist dies nicht innerhalb einer angemessenen Frist der Fall, dann ist das Übergabeverfahren gegebenenfalls zu beenden.[51]

Die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls ist also der Regelfall, die Ablehnung nur ausnahmsweise zulässig.[52] Den zweistufigen *Aranyosi und Căldăraru*-Test hat der Gerichtshof in der Folge auch im Kontext des in Art. 47 Abs. 2 GRC niedergelegten Grundrechts auf ein faires Verfahren angewendet. In der Rs. *LM* drohte der aufgrund des Europäischen Haftbefehls gesuchten Person eine Verletzung ebendieses Grundrechts im Ausstellungsmitgliedstaat, die auf die Reform des dortigen Justizwesens zurückzuführen war. Der Gerichtshof hat ausführlich zur grundlegenden Bedeutung des Grundrechts auf ein faires Verfahren als Garant für den Schutz der unionsrechtlichen Rechte der Einzelnen und die Wahrung der in Art. 2 EUV vorgesehenen Werte Stellung genommen.[53] Davon ausgehend hat er auch in diesem

49 EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15, *Aranyosi und Căldăraru*, Urteil v. 5. April 2016, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 82; siehe bereits EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. Dezember 2014, *Beitritt der EU zur EMRK*, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 191. Ausführlich zur Rechtsprechung z.B. *Haggenmüller*, S. 225 ff.; *Mitsilegas*, Revista Brasileira de Direito Processual Penal 2019/2, S. 576 ff.

50 So *Lenaerts*, CMLR 2017/3, S. 805.

51 EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15, *Aranyosi und Căldăraru*, Urteil v. 5. April 2016, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 104. Siehe dazu *Anagnostaras*, CMLR 2016/6, S. 1675.

52 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-128/18, *Dorobantu*, Urteil v. 15. Oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:857, Rn. 48 f.; Rs. C-216/18 PPU, *LM*, Urteil v. 25. Juli 2018, ECLI: EU:C:2018:586, Rn. 41 mit weiteren Nachweisen.

53 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, *LM*, Urteil v. 25. Juli 2018, ECLI: EU:C:2018:586, Rn. 47 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fall sowohl eine allgemeine als auch eine individuelle Bewertung der Situation im Ausstellungsstaat verlangt: die vollstreckende Justizbehörde muss, sofern sie über Anhaltspunkte dafür verfügt, dass aufgrund systemischer oder allgemeiner Mängel im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Justiz eine echte Gefahr der Verletzung von Art. 47 Abs. 2 GRC droht, konkret und genau prüfen, „ob es in Anbetracht der persönlichen Situation dieser Person sowie der Art der strafverfolgungsbegründenden Straftat und des Sachverhalts, auf denen der Europäische Haftbefehl beruht, und unter Berücksichtigung der Informationen, die der Ausstellungsmitgliedstaat gemäß Art. 15 Abs 2 [RbEuHb] mitgeteilt hat, ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die besagte Person im Fall der Übergabe einer solchen Gefahr ausgesetzt sein wird".[54]

Es war unklar, ob der Gerichtshof seine Rechtsprechung zu Art. 4 und Art. 47 GRC auch auf andere Grundrechte übertragen würde. In der Rs. *GN*[55] hatte er dann erstmals die Gelegenheit, sich diesbezüglich im Hinblick auf das Recht auf Familienleben in Art. 7 GRC und die Rechte des Kindes in Art. 24 GRC zu äußern. Bei der in diesem Fall per Europäischem Haftbefehl gesuchten Person handelte es sich um eine zu diesem Zeitpunkt schwangere Frau, die bereits Mutter eines Kleinkindes war und mit diesem zusammenlebte. Es war fraglich, ob ihre Übergabe mit Art. 1 Abs. 2 und 3 RbEuHb, im Licht des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens in Art. 7 GRC und den Rechten des Kindes in Art. 24 Abs. 2 und 3 GRC vereinbar war.[56] Die den Haftbefehl ausstellende Justizbehörde weigerte sich, im Rahmen des Kommunikationsverfahrens nach Art. 15 Abs. 2 RbEuHb, der vollstreckenden Justizbehörde Informationen darüber bereitzustellen, wie Straftaten gegen Mütter, die mit minderjährigen Kindern zusammenleben, vollstreckt werden und welche Maßnahmen in Bezug auf minderjährige Kinder ergriffen werden.[57] Die Übergabe der Frau wurde in der Folge abgelehnt, weil keine Gewissheit bestand, dass die Haftregelungen im Ausstellungsmitgliedstaat mit denen des Vollstreckungsmitgliedstaats vergleichbar waren. Es war unklar, ob das Recht der Mutter auf Erhalt der Beziehung zu ihren Kindern und das Recht, für sie zu sorgen, geschützt, und die mütterliche und familiäre Fürsorge der Kinder sichergestellt wäre, wie sie in Art. 3 KRK festgeschrieben ist.[58] Der Fall unterschied sich damit auch insofern von den bis dahin an den Gerichtshof herangetragenen Rechtssachen, als nicht die Grundrechte der gesuchten Person selbst im Vordergrund standen, sondern die der von dieser Person abhängigen Kleinkinder.

Die Generalanwältin hat in ihren Schlussanträgen vorgeschlagen, die drohende Grundrechtsverletzung in Bezug auf die Mutter und die Kinder gesondert zu prüfen.[59] Die Große Kammer ist dem allerdings nicht gefolgt und hat sich mit dem Grundrecht der Mutter und den Rechten der Kinder im Wesentlichen gemeinsam

54 EuGH, Rs. C-216/18 PPU, *LM*, Urteil v. 25. Juli 2018, ECLI: EU:C:2018:586, Rn. 79.
55 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017.
56 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 31.
57 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 17 f.
58 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 19.
59 Schlussanträge GA *Ćapeta*, Rs. C-261/22, *GN*, ECLI:EU:C:2023:582, Rn. 15 ff. und 34 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auseinandergesetzt. Zunächst hat der Gerichtshof betont, dass die Nichtvollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nach dem Rahmenbeschluss 2002/584/JI nicht nur deshalb abgelehnt werden kann, weil die gesuchte Person Mutter von Kleinkindern ist, die mit ihr zusammenleben. Angesichts des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens besteht nämlich die Vermutung, dass im Ausstellungsmitgliedstaat der Situation angepasste Haftbedingungen für die Mutter vorgesehen sind und die Organisation der Betreuung der Kinder sichergestellt ist.[60] Er hat dann ein weiteres Mal auf Art. 1 Abs. 3 RbEuHb verwiesen, wonach die Pflicht zur Achtung der Grundrechte durch den Rahmenbeschluss nicht berührt wird. Dies muss auch für das Recht auf Achtung des Familienlebens in Art. 7 GRC und die in Art. 24 GRC festgeschriebenen Rechte des Kindes gelten.[61] Die in der letztgenannten Bestimmung niedergelegte Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls erstreckt sich, wie der Gerichtshof unter Verweis auf Art. 3 Abs. 1 KRK betont hat, auch auf Entscheidungen, die zwar nicht direkt an die Kinder gerichtet sind, aber weitreichende Folgen für sie haben.[62] Er hat einmal mehr unterstrichen, dass es primär den Mitgliedstaaten obliegt, für die Wahrung der in Art. 7 und Art. 24 Abs. 2 und 3 GRC verbürgten Grundrechte zu sorgen. Bei Vorliegen einer echten Gefahr einer Grundrechtsverletzung der gesuchten Person und/oder deren Kinder im Fall der Übergabe, kann die vollstreckende Justizbehörde aber „ausnahmsweise" aufgrund von Art. 1 Abs. 3 RbEuHb von der Vollstreckung absehen.[63] Der Gerichtshof hat den mit dieser Bestimmung gewährleisteten Grundrechtsschutz also auf Personen erstreckt, die zwar nicht selbst per Haftbefehl gesucht werden, aber von der Vollstreckung eines Haftbefehls gegenüber einer anderen Person in ihren Grundrechten betroffen sind. Davon ausgehend hat er sich ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, wann der Nachweis für das Vorliegen einer echten Gefahr einer Grundrechtsverletzung als erbracht anzusehen ist. Dies ist nicht bereits dann der Fall, wenn die vollstreckende Justizbehörde an der Vergleichbarkeit der Bedingungen für die Inhaftierung von Müttern und die Betreuung von Kleinkindern im Ausstellungsmitgliedstaat und im Vollstreckungsmitgliedstaat zweifelt. Ob die Gefahr einer Grundrechtsverletzung vorliegt, ist nämlich nicht anhand der nationalen sondern anhand der unionsrechtlichen Grundrechtsschutzstandards zu beurteilen.[64] Verfügt die vollstreckende Justizbehörde jedoch über Anhaltspunkte, die nahelegen, dass diesbezüglich im Ausstellungsmitgliedstaat systemische und allgemeine Mängel bestehen, dann muss geprüft werden, inwieweit sich diese auf die individuelle Situation der Betroffenen und ihre Grundrechte auswirken.[65]

60 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 38.
61 EuGH, Rs. 261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 39 f.
62 EuGH, Rs. 261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 39 ff.
63 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 43.
64 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 44. Zum Grundrechtsschutzstandard im Kontext des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens, *Montaldo*, European Papers 2016/1, S. 994 ff.
65 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für die Beantwortung der Frage, ob die Gefahr einer Verletzung von Art. 7 und Art. 24 Abs. 2 und 3 GRC tatsächlich gegeben ist, verlangt der Gerichtshof also auch hier die zweistufige Prüfung nach der *Aranyosi und Căldăraru*-Rechtsprechung.[66] Er hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich deren Schritte nicht überschneiden dürfen und nacheinander vorgenommen werden müssen.[67] In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob es „objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte Angaben" gibt, die nahelegen, dass aufgrund von Mängeln im Ausstellungsstaat eine Grundrechtsverletzung vorliegt. Anhaltspunkte hierfür können sich laut dem Gerichtshof aus Entscheidungen internationaler Gerichte, aus Dokumenten des Europarats oder des Systems der Vereinten Nationen sowie aus Informationen über Strafvollzugsbedingungen in der Datenbank der Europäischen Grundrechteagentur ergeben.[68] In einem zweiten Schritt ist dann konkret und genau zu untersuchen, inwieweit sich die festgestellten Mängel auf die Haftbedingungen der gesuchten Person oder die Betreuungsbedingungen ihrer Kinder auswirken können. Entscheidend ist zudem, ob es angesichts der persönlichen Situation „ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt", dass sie „einer echten Gefahr der Verletzung dieser Grundrechte ausgesetzt sein werden".[69] Die Justizbehörde des Vollstreckungsmitgliedstaats muss die Justizbehörde des Ausstellungsmitgliedstaats – gegebenenfalls unter Setzung einer angemessenen Frist – um unverzügliche Übermittlung fehlender und für die Entscheidung erforderlicher Informationen ersuchen. Kommt die Behörde diesem Ansuchen nicht nach, dann verstößt sie gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV.[70]

Der Gerichtshof hat damit seine *Aranyosi und Căldăraru*-Rechtsprechung konsequent auf Art. 7 und Art. 24 GRC übertragen, ohne spezifisch auf die Vulnerabilität der in diesem Fall betroffenen Kinder einzugehen. Im Gegensatz zum absoluten Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung in Art. 4 GRC können die in Art. 24 und Art. 7 GRC vorgesehenen Rechte der Kinder zwar grundsätzlich beschränkt werden. Um der Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls nachkommen zu können, muss – wie die Generalanwältin betont hat – aber stets die Situation der betroffenen Kinder als Ausgangspunkt dienen.[71] Davon ausgehend ist dann die Frage zu beantworten, ob das Kindeswohl in einem konkreten Fall beschränkt werden darf. *Lonardo* hat drei Kriterien identifiziert, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 24 Abs. 2 GRC für die Ermittlung des Kindeswohls ausschlaggebend sind. Verkürzt handelt es sich dabei um die örtliche und soziale Stabilität, die (emotionale) Beziehung zu

66 EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU, *Aranyosi und Căldăraru*, Urteil v. 5. April 2016, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 101 und 109 f.
67 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 46.
68 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 47.
69 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 48 mit weiteren Nachweisen.
70 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 49–53.
71 Schlussanträge GA *Ćapeta*, Rs. C-261/22, *GN*, ECLI:EU:C:2023:582, Rn. 52 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den nahestehenden Bezugspersonen und die Fähigkeit der Eltern(teile), vollumfänglich für die Kinder zu sorgen.[72] Es ist also beispielsweise relevant, in welchem Staat die Kinder leben, wer ihre Hauptbezugspersonen sind und wo diese leben, ob sie für die Kinder sorgen könnten und inwieweit die Aufrechterhaltung regelmäßiger Kontakte zu den Eltern(teilen) im Interesse der Kinder ist. Angesichts der Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls in Art. 24 Abs. 2 GRC ist die Vornahme des zweistufigen und streng chronologischen *Aranyosi und Căldăraru*-Tests somit ungeeignet für die Beurteilung, ob die echte Gefahr einer Grundrechtsverletzung gegeben ist.[73] Nach diesem kann die individuelle Situation der Kinder – und damit das Kindeswohl – nämlich nur bei Vorliegen und im Kontext von systemischen Mängeln im Ausstellungsmitgliedstaat berücksichtigt werden. Da das Wohl eines bestimmten Kindes aber immer individuell beurteilt werden muss, ist der Generalanwältin insofern zuzustimmen, als es sich bei der Ermittlung und Berücksichtigung des Kindeswohls nicht um eine Frage des gegenseitigen Vertrauens handelt,[74] wie es etwa bei der Frage nach den Haftbedingungen oder nach der Unabhängigkeit der Gerichte im Ausstellungsmitgliedstaat der Fall ist. Insgesamt hat der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rs. *GN* den in Art. 24 und Art. 7 GRC vorgesehenen Rechten der Kinder also nicht ausreichend Rechnung getragen.

Die vom vorlegenden Gericht erwogene vorübergehende Aussetzung der Übergabe aufgrund von Art. 23 Abs. 4 RbEuHb „aus schwerwiegenden humanitären Gründen" hat der Gerichtshof abgelehnt. In Anbetracht des Wortlauts und der allgemeinen Systematik der Bestimmung kommt der Aufschub der Vollstreckung nach dieser Bestimmung nämlich nicht für einen längeren Zeitraum in Betracht. Sie ist „nur vorübergehend, ausnahmsweise und aus schwerwiegenden humanitären Gründen" möglich.[75] Auf den Vorschlag der Generalanwältin, von der Vollstreckung des Haftbefehls unter Berufung auf Art. 4 Ziff. 6 RbEuHb abzusehen, ist der Gerichtshof gar nicht erst eingegangen. Die Heranziehung des gegenständlichen Ablehnungsgrundes setzt voraus, dass sich die gesuchte Person im Vollstreckungsmitgliedstaat aufhält, diesem Staat angehört oder dort ihren Wohnsitz hat. Damit soll es den Justizbehörden ermöglicht werden, die Resozialisierungschancen der gesuchten Person zu berücksichtigen.[76] Bei Ablehnung der Übergabe auf dieser Grundlage muss die Freiheitsstrafe oder die freiheitsentziehende Maßregel der Sicherung nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaat vollstreckt werden. Vor dem Hintergrund, dass die Übergabe der Mutter in der Rs. *GN* nach Art. 24 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 GRC wahrscheinlich unzulässig wäre, hat die Generalanwältin die Nichtvollstreckung unter Berufung auf Art. 4 Ziff. 6 RbEuHb als „beste Option" gesehen – vorausgesetzt, es entspricht dem Wohl der Kinder, im Vollstreckungsmitgliedstaat zu verbleiben und gleichzeitig häufigen Kontakt sowie enge Beziehungen

72 *Lonardo*, MJECL 2022/5, S. 599.
73 Siehe Schlussanträge GA *Ćapeta*, Rs. C-261/22, *GN*, ECLI:EU:C:2023:582, Rn. 27.
74 Schlussanträge GA *Ćapeta*, Rs. C-261/22, *GN*, ECLI:EU:C:2023:582, Rn. 41.
75 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017, Rn. 56.
76 Siehe EuGH, Rs. C-66/08, *Kozłowski*, Urteil v. 17. Juli 2008, ECLI:EU:C:2008:437, Rn. 45; Rs. C-514/17, *Sut*, Urteil v. 13. Dezember 2018, ECLI:EU:C:2018:1016, Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zur Mutter aufrechtzuerhalten.[77] Gegen die Heranziehung von Art. 4 Ziff. 6 RbEuHb in derart gelagerten Fällen spricht allerdings, dass die Bestimmung an die Bindung der gesuchten Person – und damit ausschließlich an die Situation der Mutter – zum Vollstreckungsmitgliedstaat und ihren Aussichten auf Resozialisierung in diesem Staat anknüpft. Zwar sind die Kinder dem sozialen Umfeld der Mutter zuzurechnen, sodass ihr Verhältnis im Hinblick auf die Resozialisierungschancen zu berücksichtigen ist. Der Schutz der Grundrechte der Kinder ist dabei jedoch im besten Fall ein Nebeneffekt. Angesichts der Tatsache, dass der Gerichtshof im Kontext von Art. 4 Ziff. 6 RbEuHb keine hohen Anforderungen an die Wohnsitznahme und den Aufenthalt stellt,[78] wäre die Nichtvollstreckung des Haftbefehls auch durchaus wahrscheinlich. Letztlich wird bei der Entscheidung über die Vollstreckung des Haftbefehls aber nicht die konkrete Situation der Kinder und damit das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt. Die Heranziehung der gegenständlichen Bestimmung in Fällen, wie dem in der Rs. *GN*, ist aus Sicht der Kinder also keine zufriedenstellende Lösung.[79]

Der Gerichtshof wäre gut beraten, sich diesbezüglich einmal mehr an seiner Rechtsprechung im Asylbereich zu orientieren. Zur Frage der Überstellung von Asylwerber:innen in den nach der Dublin II-VO[80] zuständigen Mitgliedstaat in seinem Urteil in der Rs. *NS* hat er bereits früh eingeräumt, dass die Vermutung der menschrechtskonformen Behandlung von Asylwerber:innen „als widerlegbar angesehen werden [muss]".[81] Er hat dabei auf das Vorliegen eines systemischen Mangels und einer tatsächlichen Gefahr unmenschlicher Behandlung abgestellt.[82] Jahre später hat er die Aufweichung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung dann in der Rs. *Aranyosi und Căldăraru* auch im Kontext der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen – und konkret im Zusammenhang mit der Vollstreckung des

77 Schlussanträge GA *Ćapeta*, Rs. C-261/22, *GN*, ECLI:EU:C:2023:582, Rn. 91.

78 Siehe EuGH, Rs. C-66/08, *Kozłowski*, Urteil v. 17. Juli 2008, ECLI:EU:C:2008:437, Rn. 46; jüngst EuGH, Rs. C-700/21, *OG*, Urteil v. 6. Juni 2023, ECLI:EU:C:2023:444.

79 Anderer Ansicht hierzu *Montaldo*, demzufolge in Situationen, wie der in der Rs. *GN*, Art. 4 Ziff. 6 RbEuHb als Referenzpunkt dienen sollte; *Montaldo*, MJECL 2024/1, S. 121 f.

80 VO (EG) 343/2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, ABl. L 50 v. 25.2.2003, S. 1.

81 EuGH, verb. Rs. C-411/10 u. C-493/10, *NS*, Urteil v. 21. Dezember 2011, ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 104.

82 EuGH, verb. Rs. C-411/10 u. C-493/10, *NS*, Urteil v. 21. Dezember 2011, ECLI:EU:C:2011:865, Rn. 94. In der Rs. *Aranyosi und Căldăraru* hat der Gerichtshof die Anforderungen aus dem Urteil in der Rs. *NS* in zwei separate Prüfungsschritte geteilt, s. *Müller*, ZEuS 2016/3, S. 355.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Europäischen Haftbefehls – anerkannt.[83] In einem weiteren Urteil im Asylbereich, dem in der Rs. *CK*, hat er festgestellt, dass „[a]uch wenn es keine wesentlichen Gründe für die Annahme gibt, dass in dem für die Prüfung des Asylantrags zuständigen Mitgliedstaat systemische Schwachstellen bestehen, [...] die Überstellung eines Asylwerbers im Rahmen der [Dublin III-VO[84]] nur unter Bedingungen vorgenommen werden [darf], die es ausschließen, dass mit seiner Überstellung eine tatsächliche und erwiesene Gefahr verbunden ist, dass er eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Sinne [von Art. 4 GRC] erleidet".[85] Unter den in diesem Fall betroffenen Asylwerber:innen waren ein neugeborenes Kind und seine Mutter. Letztere litt an schwerwiegenden psychischen Beeinträchtigungen und ihr drohte im Fall der Überstellung eine bedeutende Verschlechterung ihres Gesundheitszustands und damit eine Verletzung von Art. 4 GRC.

Auch im Hinblick auf den Europäischen Haftbefehl hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der humanitären Klausel in Art. 23 Abs. 4 RbEuHb bereits anerkannt, dass für die Nichtvollstreckung bei einer drohenden Verletzung von Art. 4 GRC allein die individuellen Umstände im Einzelfall ausschlaggebend sein können. Die Große Kammer hat in der Rs. *EDL* darauf hingewiesen, dass die Vollstreckung ausnahmsweise gemäß Art. 23 Abs. 4 RbEuHb aufgrund schwerwiegender gesundheitlicher Probleme der Gesuchten vorübergehend ausgesetzt werden kann.[86] Sollte sich die Übergabe gesundheitsbedingt aber auf eine erhebliche Zeit oder sogar unbegrenzt aufschieben, dann kann die vollstreckende Justizbehörde angesichts der Gefahr einer Verletzung von Art. 4 GRC aufgrund von Art. 1 Abs. 3 RbEuHb dazu verpflichtet sein, den Europäischen Haftbefehl ausnahmsweise überhaupt nicht zu vollstrecken.[87] Individuelle humanitäre Gründe können also unabhängig vom Vorliegen systemischer Mängel im Ausstellungsmitgliedstaat dazu führen, dass der Europäische Haftbefehl aufgrund von Art. 1 Abs. 3 RbEuHb im Licht von Art. 4 GRC nicht vollstreckt werden darf. Die humanitäre Klausel unterscheidet sich freilich konzeptionell von den in der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen vom

83 EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15, *Aranyosi und Căldăraru*, Urteil v. 5. April 2016, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 82. Siehe jüngst auch im Kontext des Rahmenbeschlusses 2008/909/JI des Rates v. 27.11.2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union (Abl. L 327 v. 5.12.2008, S. 27), EuGH, Rs. C-819/21, *Staatsanwaltschaft Aachen*, Urteil v. 9. November 2023, ECLI:EU:C:2023:841, Rn. 42.

84 VO (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. L 180 v. 29.6.2013, S. 31. Nach Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin III-VO ist die Überstellung von Asylwerber:innen unmöglich, wenn es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen im grundsätzlich zuständigen Mitgliedstaat „systemische Schwachstellen aufweisen".

85 EuGH, Rs. C-578/16 PPU, *CK,* Urteil v. 16. Februar 2017, ECLI:EU:C:2017:127, Rn. 96 und Tenor.

86 EuGH, Rs. C-699/21, *EDL*, Urteil v. 18. April 2023, ECLI:EU:C:2023:295, Rn. 42.

87 EuGH, Rs. C-699/21, *EDL*, Urteil v. 18. April 2023, ECLI:EU:C:2023:295, Rn. 52 f. Dazu ausführlich *Rizcallah*, MJECL 2023/3, S. 265 f.; *van der Meulen*, CMLR 2024/1, S. 223.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.[88] Der Gerichtshof hat sich in seinem Urteil allerdings nur insoweit auf Art. 23 Abs. 4 RbEuHb (in Verbindung mit Art. 4 GRC) bezogen, als es um die vorübergehende Aussetzung der Vollstreckung ging. Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit müssen die Mitgliedstaaten – und konkret die nationalen Justizbehörden – nämlich „umfassend von den Instrumenten Gebrauch machen, die im Rahmenbeschluss 2002/584 vorgesehen sind, um das gegenseitige Vertrauen zu fördern, das [der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen] zugrunde liegt".[89] Die Verpflichtung zur definitiven Nichtvollstreckung aufgrund einer drohenden Grundrechtsverletzung hat er dann aber nicht mehr auf Art. 23 Abs 4 RbEuHb gestützt, sondern auf Art. 1 Abs. 3 RbEuHb (ausgelegt im Licht von Art. 4 GRC). Die humanitäre Klausel ist also *lex specialis* im Verhältnis zur *Aranyosi und Căldăraru*-Rechtsprechung,[90] soweit die vorübergehende Nichtvollstreckung betroffen ist. Für die Entscheidung über die endgültige Ablehnung der Vollstreckung aufgrund einer drohenden unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ist jedoch Art. 1 Abs. 3 RbEuHb maßgeblich, wobei eben auch allein die individuelle Situation der Gesuchten ausschlaggebend sein kann.

Diese Rechtsprechung wird auf die in Art. 24 Abs. 2 GRC niedergelegte Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls zu übertragen sein.[91] Auch hier muss an den individuellen Umständen angeknüpft werden und nicht in erster Linie an systemischen Missständen im Ausstellungsstaat. Die Frage des gegenseitigen Vertrauens beziehungsweise der gegenseitigen Anerkennung stellt sich im Fall der Kinder in der Rs. *GN* ebenso wenig, wie in dem der gesuchten Person in der Rs. *EDL*. *Van der Meulen* sieht darin das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen dem neuen Typus von Ausnahmen im Sinn der *EDL*-Rechtsprechung im Verhältnis zu den regulären *Aranyosi und Căldăraru*-Ausnahmen.[92] Die drohende Grundrechtsverletzung bei Vollstreckung des Haftbefehls ist hier ausschließlich auf die besondere Vulnerabilität der Betroffenen zurückzuführen. In Anbetracht der Bedeutung, die dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in der Unionsrechtsordnung zukommt, ist es nachvollziehbar, dass der Gerichtshof möglichst ausnahmslos an diesem festhalten möchte. In einer Wertegemeinschaft ist es jedoch unerlässlich zu erkennen, wann die Operationalität der Rechtsordnung hinter den Werten zurücktreten muss, auf denen sie gründet. Dementsprechend sollte die Zulässigkeit der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls in einer Situation, wie der der Kinder in der Rs. *GN* unabhängig vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und unabhängig vom Vorliegen systemischer Mängel im Ausstellungsmitgliedstaat anhand von Art. 1 Abs. 3 RbEuHb im Lichte von Art. 7 und Art. 24 GRC

88 *Montaldo*, MJECL 2024/1, S. 113.
89 EuGH, Rs. C-699/21, *EDL*, Urteil v. 18. April 2023, ECLI:EU:C:2023:295, Rn. 46 f.
90 So *Montaldo*, MJECL 2024/1, S. 115.
91 Dem Umstand, dass es sich bei Art. 24 Abs. 2 GRC – anders als bei Art. 4 GRC – nicht um ein absolutes Recht handelt, ist hier natürlich Rechnung zu tragen.
92 *Van der Meulen*, CMLR 2024/1, S. 235 f. Anderer Ansicht *Montaldo*, der in dem Urteil in der Rs. *EDL* eine Bestätigung der Grenzen des gegenseitigen Vertrauens sieht, die sich aus der Verpflichtung zum Grundrechtsschutz ergeben; *Montaldo*, MJECL 2024/1, S. 113.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beurteilt werden.[93] Nach dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens muss sich dann der Ausstellungsmitgliedstaat darauf verlassen, dass der Vollstreckungsmitgliedstaat seinen Verpflichtungen im Hinblick auf die gesuchte Person nachkommt. Um die Effektivität der Verfahren nach dem Rahmenbeschluss 2002/584/JI zu gewährleisten, müssen die Ausnahmen von der Vollstreckungsverpflichtung aufgrund von Art. 1 Abs. 3 RbEuHb freilich weiterhin eng ausgelegt und Beeinträchtigungen des Kindeswohls gegebenenfalls hingenommen werden.

Die *EDL*-Rechtsprechung ist selbstverständlich auch für Kinder relevant, die selbst aufgrund eines Europäischen Haftbefehls gesucht werden. Im Rahmenbeschluss 2002/584/JI wird das Alter von gesuchten Personen lediglich im Zusammenhang mit der in Art. 3 Ziff. 3 vorgesehenen Ablehnung der Vollstreckung berücksichtigt. Die Übergabe von Minderjährigen ist also nicht grundsätzlich verboten[94] und die Tatsache, dass es sich bei der gesuchten Person um ein Kind handelt, *per se* noch kein „außergewöhnlicher Umstand" im Sinn der *Aranyosi und Căldăraru*-Rechtsprechung.[95] Die Grundrechte der Kinder bei der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls müssen aber jedenfalls gewahrt sein. Um der Verpflichtung aus Art. 24 Abs. 2 GRC nachzukommen, muss folglich auch in diesen Fällen das Kindeswohl ermittelt und damit den individuellen Umständen im Einzelfall Rechnung getragen werden. Im Hinblick auf die Möglichkeit einer vorübergehenden Aussetzung der Vollstreckung wäre es denkbar, eine Art. 23 Abs. 4 RbEuHb entsprechende „Kindeswohl-Klausel" in den Rahmenbeschluss 2002/584/JI aufzunehmen. Da eine Änderung des Rahmenbeschlusses aber derzeit nicht absehbar ist, liegt es einmal mehr am Gerichtshof, auf der Grundlage des in Kraft stehenden Unionsrechts ein Vollstreckungsregime zu etablieren, dass den Rechten von Kindern ausreichend Rechnung trägt. In der Rs. *GN* hat er die sich ihm gebotene Gelegenheit allerdings ungenützt verstreichen lassen.

II. Rechte von Kindern in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls

Für Personen, die aufgrund eines Europäischen Haftbefehls gesucht werden, sind im Hinblick auf ihre Festnahme und Inhaftierung in Art. 11 ff. RbEuHb spezifische Rechte vorgesehen. Sie müssen unter anderem über den Inhalt des Haftbefehls informiert werden und nach Maßgabe des nationalen Rechts die Möglichkeit haben, einen Rechtsbeistand beizuziehen.[96] Handelt es sich bei den gesuchten Personen um

93 In diesem Sinn die Schlussanträge GA *Ćapeta*, Rs. C-261/22, *GN*, ECLI:EU:C:2023:582, Rn. 41. Auch die vorübergehende Aussetzung der Vollstreckung nach Art. 23 Abs. 4 RbEuHb ist keine Frage des gegenseitigen Vertrauens; s. *Montaldo*, MJECL 2024/1, S. 113 f.

94 Dazu EuGH, Rs. C-367/16, *Piotrowski*, Urteil v. 23. Januar 2018, ECLI:EU:C:2018:27.

95 EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15, *Aranyosi und Căldăraru*, Urteil v. 5. April 2016, ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 78.

96 Siehe dazu *Europäische Kommission*, Handbuch mit Hinweisen zur Ausstellung und Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, ABl. C 335 v. 6.10.2017, S. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kinder, dann gelten im Vollstreckungsmitgliedstaat ab dem Zeitpunkt der Festnahme besondere Verfahrensgarantien. Sie sind in der RL 2016/800 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, geregelt. Nach den Erwägungsgründen der Richtlinie „sollten" die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass das Kindeswohl nach Art. 24 Abs. 2 GRC „immer eine vorrangige Erwägung" ist, wenn Kinder im Rahmen von Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls gesucht werden. Unter Einhaltung der im Rahmenbeschluss 2002/584/JI vorgesehenen Fristen soll zudem sichergestellt werden, dass die Kinder ihre Rechte nach der RL 2016/800 uneingeschränkt wahrnehmen können.[97] Bestimmte Regelungen der Richtlinie gelten entsprechend im Vollstreckungsmitgliedstaat. Dies gilt für das Auskunftsrecht (Art. 4), das Recht auf Information der Träger:innen der elterlichen Verantwortung (Art. 5), auf Unterstützung durch einen Rechtsbeistand (Art. 6), auf medizinische Untersuchung (Art. 8), auf Begrenzung des Freiheitsentzugs (Art. 10), auf alternative Maßnahmen zur Haft (Art. 11), auf besondere Behandlung bei Freiheitsentzug (Art. 12), auf zügige und sorgfältige Bearbeitung der Fälle (Art. 13), auf Schutz der Privatsphäre (Art. 14), auf Begleitung durch die Träger:innen der elterlichen Verantwortung während des Verfahrens (Art. 15) und das Recht auf Prozesskostenhilfe (Art. 18).[98] Neben der RL 2016/800 enthält auch die RL 2013/48 Vorgaben für das Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls. Die in Art. 10 RL 2013/48 vorgesehenen Mindestvorschriften für das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand sind ab dem Zeitpunkt der Festnahme im Vollstreckungsmitgliedstaat anwendbar.[99]

D. Schlussfolgerungen

Die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls gegen Kinder muss, wie der Gerichtshof folgerichtig entschieden hat, aufgrund von Art. 3 Ziff. 3 Rahmenbeschluss 2002/584/JI nicht grundsätzlich abgelehnt werden. Die Verpflichtung zur Nichtvollstreckung besteht nur, wenn die Kinder nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats für die dem Haftbefehl zugrundeliegende Handlung nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.[100] Über diese Bestimmung hinaus wird die besondere Situation von Kindern im Rahmenbeschluss nicht berücksichtigt. Der Gerichtshof hat in der Rs. *GN*[101] allerdings zurecht anerkannt, dass die Verpflichtung zur Beachtung der Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 RbEuHb im Hinblick auf Kinder auch dann maßgeblich ist, wenn Letztere nicht selbst aufgrund eines Europäischen Haftbefehls gesucht werden, sondern von der Vollstreckung eines Haftbefehls gegen eine nahe Bezugsperson in ihren Grundrechten betroffen sind. Die konsequente Übertragung der vom Gerichtshof in der Rs. *Aranyosi and*

97 8. und 62. ErwGr. RL 2016/800.
98 Art. 17 RL 2016/800.
99 Art. 2 Abs. 2 RL 2013/48.
100 EuGH, Rs. C-367/16, *Piotrowski*, Urteil v. 23. Januar 2018, ECLI:EU:C:2018:27.
101 EuGH, Rs. C-261/22, *GN*, Urteil v. 21. Dezember 2023, ECLI:EU:C:2023:1017.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Căldăraru[102] entwickelten und streng chronologischen zweistufigen Prüfung auf Fälle, in der eine Verletzung von Art. 24 (in Verbindung mit Art. 7) GRC droht, ist jedoch abzulehnen, da der Schutz der Grundrechte der Kinder damit nicht gewährleistet ist. Der Verpflichtung, das Kindeswohl bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, als vorrangige Erwägung zu berücksichtigen, erfordert nämlich die Ermittlung des Kindeswohls unabhängig vom Vorliegen systemischer Mängel im Ausstellungsmitgliedstaat. Hier müssen also die individuellen Umstände im Einzelfall ausschlaggebend sein. Außerdem stellt sich diese Frage nicht im Kontext des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, wie es in der Rs. *Aranyosi and Căldăraru* der Fall war. Der Gerichtshof wäre insgesamt also gut beraten, sich an seiner Rechtsprechung im Asylbereich zu orientieren und seine *EDL*-Rechtsprechung[103] zur humanitären Klausel in Art. 23 Abs. 4 RbEuHb auf die Rechte von Kindern nach Art. 24 GRC zu übertragen. Allenfalls könnte der Unionsrechtsetzer im Zuge einer (derzeit jedoch nicht absehbaren) Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI die Aufnahme einer der humanitären Klausel entsprechenden „Kindeswohl-Klausel" zur vorübergehenden Aussetzung der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls bei einer drohenden Verletzung von Art. 24 Abs. 2 GRC in Erwägung ziehen.

Bibliografie

ECKEL, PHILIPP; KÖRNER, ALEXANDRA, *Unmittelbare Anwendbarkeit der Kinderrechte-Richtlinie EU/2016/800 im Jugendstrafverfahren: Überblick und Handlungsmöglichkeiten für die Praxis*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2019, (8), S. 433–438

HAGGENMÜLLER, SARAH, *Der Europäische Haftbefehl und die Verhältnismäßigkeit seiner Anwendung in der Praxis,* 1. Auflage, Baden-Baden, 2018

LENAERTS, KOEN, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, Common Market Law Review, 2017, Jg. 54(3), S. 805–840

LONARDO, LUIGI, *The best interests of the child in the case law of the Court of Justice of the European Union*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2022, Jg. 29(5), S. 596–614

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

102 EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15, *Aranyosi und Căldăraru*, Urteil v. 5. April 2016, ECLI:EU:C:2016:198.

103 EuGH, Rs. C-699/21, *EDL*, Urteil v. 18. April 2023, ECLI:EU:C:2023:295.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

MONTALDO, STEFANO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-Law of the Court of Justice*, European Papers, 2016, Jg. 1(3), S. 965–996

MONTALDO, STEFANO, *The European Arrest Warrant and the protection of the best interest of the child: The Court's last word on the limits on mutual recognition and the evolving obligations of national judicial authorities in Case C-261/22*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2024, Jg. 31(I), S. 106–123

MÜLLER, KRISTINA, *Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser: Einordnung des neuen EuGH-Urteils zum Europäischen Haftbefehl in das grundrechtliche Mehrebenensystem in Europa*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2016, Jg. 19(3), S. 345–368

RIZCALLAH, CECILIA, *The principle of mutual trust and the protection of fundamental rights in the Area of Freedom, Security and Justice: A critical look at the Court of Justice's stone-by-stone approach*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2023, Jg. 30(3), S. 255–272

VAN DER MEULEN, LUCIA, *Another exception to the rule: the E.D.L. case on EAW surrenders of seriously ill persons. Case C-699/21, E.D.L. (Motifs de refus fondé sur la maladie), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 18 April 2023, EU:C:2023:295*, Common Market Law Review, 2024, Jg. 61(1), S. 223–238

© Julia Villotti

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Plattformregulierung und -haftung im Zeichen des Demokratieschutzes

Jan Günther*

Inhalt

A. Hintergründe 333
B. Rechtliche und wirtschaftliche Hintergründe 335
I. Plattformen als Gatekeeper der modernen Kommunikation und Wirtschaft 335
II. Unionsprimärrechtliche und verfassungstheoretische Hintergründe 336
III. Zwischenfazit 338
C. Regulierung von Plattformen durch europäisches Sekundärrecht 339
I. Digital Services Act 339
1. Transparenzpflichten 339
2. Löschungs- und Sperrpflichten 340
3. Risikominimierung über die Empfehlungssysteme 341
4. Bekämpfung rechtmäßiger Fakenews 342
II. Politische Werbung-VO 343
D. Durchsetzung der Plattformregulierung 344
I. Instrumente der jeweiligen Verordnungen 344
II. Rechtsbruch gem. § 3a UWG? 345
III. Kartellrechtliche Durchsetzung 347
1. Marktbeherrschung 347
2. Missbrauch 348
a) Normativer Wettbewerbs- und Wohlfahrtsschutz 349
b) Konkrete Wettbewerbsbedenken 352
3. Folgen des Kartellverstoßes 353
IV. Immaterialgüterrecht als Durchsetzungshelfer? 354
1. Hintergrund: Plattformhaftung 355
a) Urheberrechtsrelevantes Verhalten 356

* Der Verfasser ist Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Recht des Geistigen Eigentums mit Informationsrecht und IT-Recht bei Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge), an der LMU München (Germany). Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 27.1.2026 im Rahmen des von der Studienstiftung des deutschen Volkes geförderten Gesprächskreises „Recht und Gesellschaft“ an der LMU München gehalten hat. Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 31.1.2026.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Die öffentliche Wiedergabe auf Sharing-Plattformen: UrhDaG oder UrhG? 357
c) Die öffentliche Wiedergabe gem. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL 357
2. Erhöhte Prüfpflichten von Plattformen bei DSA-Verstößen? 359
a) Berücksichtigung der Pflichten des DSA in der Verkehrspflicht 360
b) Pflichtenverstoß als aktive Rolle? 361
3. Übertragbarkeit bei Geltung des UrhDaG 363
4. Übertragung auf andere Immaterialgüterrechte 365
5. Zwischenergebnis 365
V. Nutzerrechte als Durchsetzungsmechanismus? 366
1. Wiederherstellungsansprüche bei gelöschten Inhalten 366
2. Löschungsanspruch gegen AGB-widrige Beiträge anderer Nutzer 367
E. Fazit und Ausblick 369

Abstract

Plattformen als privat betriebene Orte für Kommunikation nehmen in der heutigen politischen Debatte eine zentrale Rolle ein. Daher können sie durch ihre algorithmischen Empfehlungs- und Filtersysteme in erheblichem Maße Einfluss darauf nehmen, wie sich der politische Diskurs entwickelt. Gerade angesichts ihrer eigenen wirtschaftlichen Interessen fehlt den Plattformen für die Ausübung dieses signifikanten Einflusses, der für sie letztlich die Rolle eines Gatekeepers für die politische Debatte begründet, allerdings die demokratische Legitimation.

Die EU hat deshalb verschiedene legislative Akte in Kraft gesetzt, die sich mit den Empfehlungs- und Filtersystemen, der Transparenz der durch die Plattformen hierbei angewandten Regeln sowie der Verantwortlichkeit der Plattformen für nutzergenerierte Inhalte beschäftigen. Der Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, was die EU-Regulierung der Plattformmacht in Bezug auf politische Kommunikation entgegensetzt und berücksichtigt dabei neben den generellen Vorteilen, die Plattformen für die Offenheit der politischen Debatte bieten, insbesondere die Rolle der Nutzergrundrechte, der Grundrechte der Plattformen und auch Dritter.

Der Beitrag spricht sich nach der Analyse dieser Instrumente für eine strikte Durchsetzung der Regeln aus und argumentiert hierbei für die Anwendung sowohl behördlicher als auch privater Rechtsdurchsetzung. Während sich zeigt, dass § 3a UWG auf die meisten Vorschriften des DSA und der Politische-Werbung-VO keine Anwendung finden kann, können Art. 102 AEUV und auch die immaterialgüterrechtliche Durchsetzung über die Plattformverantwortlichkeit dazu beitragen, bestehende Anreize zum Regelbruch durch Sanktionsschärfe zu vermeiden. Auch die individuellen Nutzerrechte dämmen in einem gewissen Maße die Plattformmacht ein.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Platform regulation and liability and the protection of democracy

Platforms, as privately run spaces of communication, are crucial to today's political debate. Consequently, they can significantly influence how political discourse unfolds through their algorithmic recommendation and filtering systems. Given their own commercial interests, platforms lack democratic legitimacy for the high level of influence they may exert on public debate, effectively positioning them as gatekeepers of political discourse.

The EU has therefore legislated and enacted several rules governing platforms, particularly with regard to their recommendation systems, the transparency of their general terms and conditions, and liability for infringements of the law through user-generated content. This article examines how EU regulation can help minimise the risks associated with platform power while preserving the benefits platforms offer for political participation and balancing the competing interests and fundamental rights of users, platforms, and third parties. Particularly, the article will present the different instruments of the regulation and examine which issue they address and whether those instruments can reasonably balance the competing interests.

Furthermore, it argues for strict enforcement of these rules, both by public authorities and through private law mechanisms. While § 3a UWG is not applicable to most provisions of the Digital Services Act and the Political Advertising Transparency Rules, Article 102 TFEU and intellectual property law (through platform liability mechanisms) may help disincentivise breaches of regulatory law, just as users` individual rights can help limit platforms' power.

Keywords: platform regulation; platform liability, competition law, intellectual property law, copyright law, unfair competition, democracy, filtering and recommendation systems, transparency, EU charter of fundamental rights

A. Hintergründe

Plattformen gehören zu den wichtigsten Kommunikations- und Diskussionsmedien unserer Zeit. Erst kürzlich hat eine Studie belegt, dass gerade unter jüngeren Nutzern Information und Kontakt zu Politik hauptsächlich über soziale Medien wie TikTok stattfindet.[1] Die politische Debatte verlagert sich damit in von Privaten gesteuerte Räume, durch die die Plattformen eine enorme Macht konzentrieren und sich als Gatekeeper[2] der politischen Debatte identifizieren lassen. Gleichzeitig stehen die Plattformen immer wieder wegen ihrer Rolle in der politischen Debatte in der Kritik. Aus den Eigeninteressen der Plattform an bestimmten Inhalten und der gleichzeitigen Macht über Verteilung und Reichweite der Kommunikation ergibt sich schließlich ein strukturelles Defizit, da die Plattformen als Private keinerlei

1 https://www.zdfheute.de/politik/politik-social-media-tiktok-instagram-influencer-vertrauen-bertelsmann-stiftung-100.html (31.1.2026); s. zu social media als immer relevanterer Informationsquelle auch *Kleer/Abendschön*, ZPol 2025/2, S. 360 ff.

2 *Wagner*, GRUR 2020/4, S. 337.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besondere Legitimation für ihren überproportionalen und versteckten Einfluss genießen.

Entsprechend ist es kein Wunder, dass die Führungsfiguren der Plattformen immer wieder im Zentrum von Kritik und Beobachtung der Öffentlichkeit stehen. Insbesondere Elon Musk ist eine Figur, die ohne Zweifel polarisiert – nicht erst seit seiner ausdrücklichen Wahlempfehlung für die AfD, die zusammen mit einer kritischen Analyse durch Jan Philipp Burgard in der Welt abgedruckt war.[3] So ist bspw. die Plattform „X" in die Kritik geraten, nachdem Musk durch Einmischungen in den deutschen Wahlkampf zur Bundestagswahl aufgefallen war und insbesondere Scholz einen "Narr[en]"[4] und Steinmeier einen "Tyrann[en]"[5] genannt hatte. Ein gewisser Trend in Richtung rechter Parteien – die AfD wird etwa vom Verfassungsschutz als gesichert rechtsextrem eingestuft[6] – zeichnet sich indes nicht nur bei Musk ab. Auch andere Plattformbetreiber passen sich den neuen Verhältnissen in den USA an. Zuckerberg kündigte an, den Faktencheck durch externe Prüfer abzuschaffen.[7] Zugleich gab es einige Irritationen über einen angeblichen technischen Defekt bei Meta, infolge dessen etwa das Hashtag "Democrats" an Trumps Amtseinführung blockiert gewesen sein soll.[8] Einige vermuten hier eine bewusste Steuerung durch Zuckerberg. Die Reichweite extremistischer und nationalistischer Beiträge im Vergleich zu solchen mit eher gemäßigten Positionen wird zudem als wesentlich größer eingestuft.[9] Neben dem stärkeren Polarisierungspotential dieser Beiträge vermuten viele auch hierhinter einen bewusst entsprechend eingestellten Algorithmus bei den sozialen Netzwerken, sowohl bei X, wo dieses Phänomen im Vergleich zur Vor-Musk-Zeit besonders deutlich zutage tritt, als auch bei Tiktok und den Plattformen des Meta-Konzerns.[10] Künstliche Intelligenz erlaubt zusätzliche Manipulationen der öffentlichen Meinung durch KI-generierte Beiträge, aber auch durch die Verknüpfung mit der jeweiligen Social-media-Plattform, durch die Nutzerinformation noch stärker auf wenige zusammenhängende Informationsquellen reduziert werden kann.

3 https://www.welt.de/debatte/kommentare/article254982012/Warum-Elon-Musk-auf-die-AfD-setzt-und-warum-er-dabei-irrt.html (28.12.2024).
4 https://www.spiegel.de/netzwelt/web/elon-musk-nennt-olaf-scholz-einen-narr-bundesregierung-kontert-beschimpfung-a-aaf117cf-0588-49f4-85db-d54b1aa19d49 (31.1.2026).
5 https://www.zeit.de/politik/deutschland/2024-12/elon-musk-frank-walter-steinmeier-beschimpft-x-tyrann (31.1.2026).
6 S. etwa https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/afd-verfassungsschutz-rechtsextremismus-100.html (31.1.2026).
7 https://www.zdfheute.de/wirtschaft/unternehmen/meta-facebook-instagram-faktencheck-zuckerberg-100.html (31.1.2026).
8 https://www.spiegel.de/netzwelt/apps/hashtag-democrats-auf-instagram-nutzer-wundern-sich-ueber-unterdrueckte-suchtreffer-a-035a68aa-0f6a-443c-8fbb-51f049012341 (31.1.2026).
9 https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/innenpolitik/id_100607888/afd-profitiert-studie-zeigt-bevorzugung-rechter-inhalte-auf-x-und-tiktok.html (31.1.2026).
10 *Tabia et al.*, Political Biases on X before the 2025 German Federal Election, abrufbar unter: https://zenodo.org/records/14894900; s. auch https://science.orf.at/stories/3234271/ (31.1.2026).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auf die Rolle als Gatekeeper hat die Europäische Union mit verschiedenen regulatorischen Instrumenten reagiert, insbes. dem Digital Services Act, der inter alia Pflichten in Bezug auf die Filterung von Beiträgen enthält, und der Politische-Werbung-VO, die begrenzt auf Werbung Pflichten für Plattformen vorgibt. Wegen der internationalen Betätigung und Machtfülle von Digitalkonzernen erscheint schon aus Durchsetzungs- und Machtsymmetriegründen allein eine europäische Lösung zur Machteinhegung angemessen. Hierzu passt die weitgehende europarechtliche Prägung der Plattformregulierung und -haftung, wie sie im Bereich digitaler Geschäftsmodelle aufgrund ihrer Binnenmarktrelevanz im Allgemeinen besteht. Sowohl regulatorische Instrumente als auch Vorschriften zur privatrechtlichen Haftung, etwa infolge der Verletzung mitbewerber- oder verbraucherschützender Vorschriften[11] des Wettbewerbsrechts oder bei Inhalten, die Immaterialgüterrechte Dritter betreffen,[12] sind weitgehend europarechtlich unterlegt.

Der Beitrag soll daher der Frage nachgehen, welchen Beitrag die Plattformregulierung und -haftung zum Demokratieschutz vor ihren Gegnern – sowohl im Inland als auch im Ausland – leisten kann. Zunächst wird er hierzu nach einer kurzen Darstellung der Funktion der Plattformen für den politischen Meinungsaustausch (B.I.) den rechtlichen Rahmen im Unionsprimärrecht (B.II.) beleuchten, bevor die regulatorischen Vorschriften des europäischen Sekundärrechts vorgestellt werden (C.). Anschließend wird der Beitrag der Frage der Rechtsdurchsetzung nachgehen und unter Berücksichtigung sowohl des europarechtlichen Rahmens als auch einer möglichen privatrechtlichen Verankerung in Deutschland analysieren, welche Rolle das Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht in der Durchsetzung der konkret ausgeformten Plattformverpflichtungen einnehmen können (D.). Der Beitrag wird dabei zeigen, dass sowohl die immaterialgüterrechtliche Plattformhaftung als auch das Kartellrecht bei der Durchsetzung der Vorschriften herangezogen werden können, ohne dabei ihre Eigenständigkeit zu verlieren.

B. Rechtliche und wirtschaftliche Hintergründe

I. Plattformen als Gatekeeper der modernen Kommunikation und Wirtschaft

Politische Einflussnahmen durch Unternehmen oder Unternehmer ist kein neues und auf digitale Plattformen beschränktes Phänomen; sie ist so alt wie Politik und Unternehmertum selbst. Direkte politische Einflussnahme durch Wählerbestechung ist in Deutschland durch das Strafrecht (§ 108b StGB) sanktioniert. Dennoch vermitteln Unternehmen durchaus politische Botschaften. Edeka hat vor den Landtagswahlen im Osten etwa ausdrücklich Stellung gegen die AfD und den von ihr geschürten Fremdenhass bezogen und für ein tolerantes und weltoffenes Deutschland

11 Wozu sowohl Normen des Kartellrechts als auch Normen des Lauterkeitsrechts (UWG) gehören können.

12 Dazu genauer unter D.IV.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geworben.[13] Nike hat die Möglichkeit, einen blauen Sneaker mit rotem Logo und der Aufschrift "AFD" im Wege der Personalisierung zu designen, blockiert, dabei jedoch die eigene politische Neutralität betont.[14] Andere Sneaker lassen sich durch das Logo bedingt tatsächlich auch kaum sinnvoll mit einem Nike-Sneaker erstellen. Festzuhalten ist allerdings, dass die digitalen Plattformen die Art der politischen Einflussnahme verändert haben: Diese ist durch die Verbreitung wesentlich wirkmächtiger geworden, vor allem aber subtiler. Die politischen Statements treffen die Plattformen schließlich meistens nicht selbst; sie kontrollieren als Medium lediglich deren Verbreitung.

Entscheidend für die Relevanz der Plattformen ist vor allem ihr Funktionieren: Erstens gibt es auf dem Markt für Diskussionsplattformen nur wenige große Player, von denen manche zusätzlich zusammenhängen.[15] Zweitens ist entscheidend, dass Netzwerkeffekte, nämlich die Konzentration der Debatte und Nutzung auf wenige Plattformen, letztlich die Verbraucherwohlfahrt erhöhen,[16] da die Debatte intensiver und umfänglicher geführt werden kann. Dadurch wird der Markteintritt durch Wettbewerber umso schwieriger, je weiter sich der Markt schon konzentriert hat.[17] Die anfängliche Dynamik des Plattformmarktes hat sich damit inzwischen deutlich abgeschwächt.[18] Dies gewährt den Plattformen eine zentrale Rolle im Stattfinden und der Gestaltung der politischen Debatte im digitalen Raum. Über diesen agieren Nutzer untereinander und mit politisch Aktiven. Die Plattform wird damit in ihren Regularien durch AGB Gatekeeper der politischen Debatte.[19]

II. Unionsprimärrechtliche und verfassungstheoretische Hintergründe

Nicht nur die Interessen der Plattform, sondern auch die der kommunizierenden Nutzer sind zu berücksichtigen, was die Auferlegung von Verpflichtungen gegenüber der Plattform betrifft. Schließlich soll die Kommunikation über diese Kommunikationswege keineswegs unmöglich oder inhaltlich beschränkt werden.[20] Die Plattformen eröffnen schließlich trotz demokratischer Bedenken dennoch einen Weg, der die Meinungsäußerung und demokratische Mitbestimmung einer Vielzahl von Menschen vereinfacht und die Demokratie so pluraler und integrativer werden

13 https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/edeka-schaltet-anti-afd-anzeige-vor-den-landtagswahlen-a-09ec72e7-4868-4a4e-9bd2-11e7eca9321c (31.1.2026).
14 https://www.focus.de/panorama/aus-aller-welt/nike-verbietet-afd-schriftzug-nun-werden-die-sneaker-fuer-680-euro-gehandelt_bd8ae145-f307-4217-afa5-5b2b3ebfb1c2.html (31.1.2026).
15 https://www.wirtschaftsforum.de/news/pr-profis/ohne-millionen-zum-erfolg-so-behaupten-sich-kleine-plattformen-im-e-commerce (31.1.2026).
16 *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), § 7 HdB Kartellrecht, Rn. 71 ff.; *Wissing*, WuW 2023/7, S. 406.
17 *Wissing*, WuW 2023/7-8, S. 406; *Paal/Kieß*, ZfDR 2022/1, S. 5 ff.
18 *Haucap*, Wirtschaftsdienst 2020/13, S. 20 ff.
19 *Wagner*, GRUR 2020/4, S. 337.
20 Deutlich EuGH, Rs. C-401/19, *Republik Polen/Europäisches Parlament u. Rat der Europäischen Union*, Urteil v. 26. April 2022, ECLI:EU:C:2022:297 = GRUR 2022, 820 Rn. 85 ff. zu Art. 17 Abs. 4 DSM-RL.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lässt, sodass bisweilen von der Wandlung der Demokratie zu einer Schwarmdemokratie gesprochen wird.[21] Die Legitimation der repräsentativen Demokratie wird letztlich dadurch gesteigert, dass eine zusätzliche Ebene der Verwirklichung der Volkssouveränität hinzukommt, sodass sich der als in seinen Gegensätzlichkeiten herausbildende Staatswille[22] in einem non-linearen Prozess[23] herauskristallisiert. Die grundsätzliche Erwünschtheit der Plattformen und der über sie stattfindenden Kommunikation sowohl vom Standpunkt der Allgemeinheit als auch angesichts der grundrechtlich geschützten Perspektiven konfligiert entsprechend mit den demokratietheoretischen Bedenken aufgrund der Einflussmöglichkeit der Plattformen und deren wirtschaftlichen Eigeninteressen, die mit dem Allgemeininteresse an Demokratie, transparenten Prozessen und Freiheit der Entscheidungsfindung nicht ohne Weiteres zu vereinen sind. Art. 11 GRCh gewährleistet die Meinungsfreiheit der Nutzer, deren Reichweite letztlich der der Art. 5 GG ähnlich ist und sich maßgeblich an Art. 10 EMRK orientiert.[24] Anerkannt ist jedenfalls auch insoweit der demokratieprägende Gehalt des Kommunikationsgrundrechts,[25] der bei einschränkenden Maßnahmen durch die Mitgliedsstaaten wie auch durch EU-Organe (Art. 51 Abs. 1 GRCh) zu berücksichtigen ist. Grundsätzlich ist dabei jegliche Form der Kommunikation, sei sie politisch oder kommerziell, geschützt.[26] Selbst die bloße Plattformbereitstellung und algorithmische Empfehlung von Inhalten soll nach Ansicht des BGH – soweit es um die Verbreitung von Meinungen von Nutzern geht – durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) geschützt sein,[27] was wohl ebenso für Art. 11 GRCh angenommen werden kann. Selbst ohne eigene Zueigenmachung durch die Plattform soll bereits die Verbreitung eines Beitrags durch nur technische Mittel Ausdruck eines eigenen Bekenntnisses sein. Das leuchtet jedenfalls insoweit ein, als eine Entscheidung, einem bestimmten Beitrag Reichweite zu verschaffen oder nicht, durchaus von der eigenen Meinung abhängen wird. Eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Plattform besteht demgegenüber nicht – die Plattform ist Grundrechtsberechtigter, nicht -verpflichteter.[28]

Für Einschränkungen der Meinungsfreiheit gilt wiederum Art. 10 Abs. 2 EMRK als gegenüber der von Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh ausgeschlossenen allgemeinen Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 GRCh etwas strengere Schrankenregelung.[29] Für Unternehmen ist bei der Gestaltung der eigenen (Online-) Dienste zusätzlich

21 *Kersten*, JuS 2014, S. 676 ff..
22 *Grimm*, in: Staatslexikon, Sp. 881.
23 *Möllers*, S. 13 ff.; anders aber etwa *Schmitt*, S. 13.
24 *Callies*, in: Callies/Ruffert, Art. 11 EUV, Rn. 4.
25 Ausdrücklich EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Urteil v. 12. Juni 2003, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 79.
26 EuGH, Rs. C-157/14, *Neptune Distribution,* Urteil v. 17. Dezember 2015, Rn. 64.
27 BGH NJW 2021, 3179 Rn. 74 – Hassrede; s. bereits zuvor *Pille*, S. 178; zum US-Recht Supreme Court of the United States, Urteil vom 1.7.2024 – 22-277, 22-555 und dazu *Zurth*, RDi 2024/11, S. 571.
28 BGH NJW 2021, 3179 Rn. 59 – Hassrede mwN (in Rn. 58 des Urteils).
29 S. etwa die Handhabung in EuGH, Rs. C-274/99, *Connolly/Kommission*, Urteil v. 19. Oktober 2001, ECLI:EU:C:2001:127, Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die die Ausübung des Geschäfts betreffende unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 GRCh zu berücksichtigen,[30] die jedoch im Bereich des Wettbewerbsrechts relativ weitgehende Einschränkungen erlaubt und jedenfalls bei Verstößen gegen geltende Regulierung grundsätzlich nicht als Verteidigung wird dienen können.

Letztlich besteht ein Interessendreieck zwischen den Interessen der Allgemeinheit, der Plattformnutzer und der Plattform selbst. Eine an Inhalte anknüpfende Pflicht wird nur insoweit in Betracht kommen, als die Inhalte selbst rechtsverletzend sind.[31] Sonst muss mit Mitteln der Transparenz und Gleichbehandlungsgeboten in Bezug auf die über die Plattform verbreiteten Meinungen die gleichzeitige Wahrung der Meinungsfreiheit der Nutzer sichergestellt werden, unter möglichst geringen Eingriffen in die Position der Plattform und bei möglichst großer Verwirklichung des Allgemeininteresses.

Es lohnt sich, sich zu vergegenwärtigen, dass nicht jede politische Einflussnahme demokratisch unerwünscht ist – weder die von Edeka noch, mag das Empfinden auch ein anderes sein, die Äußerungen von Elon Musk. Etwas anderes kann bei algorithmisch gezielt beeinflusster Steuerung der Reichweite von Äußerungen auf der Plattform gelten. Sicherlich als unerwünscht wird man die gezielte Unterdrückung kritischer Stimmen in sozialen Netzwerken durch Filter und entsprechende Algorithmen ansehen müssen. Der Einfluss kann schließlich ähnlich oder wegen der schwer wahrnehmbaren Art sogar schwerwiegender als eine direkte Wählerbeeinflussung sein.

III. Zwischenfazit

Die fast schon staatsähnliche Macht der Plattformen in Bezug auf (politische) Kommunikation erfordert die strikte Berücksichtigung der Nutzergrundrechte im Rahmen mittelbarer Drittwirkung. Dies gilt auch und gerade insoweit, als dadurch die unternehmerische und Meinungsfreiheit der Plattform etwa durch die Beschränkung der inhaltlichen Möglichkeiten bei Nutzungsbedingungen, eingeschränkt wird (dazu auch D.V.). Es wird deutlich, dass zur Einhegung wirtschaftlicher – direkter und indirekter – Eigeninteressen der Plattformen eine Digitalregulierung, die den Besonderheiten von Plattformen Rechnung trägt, erforderlich ist. Schließlich wird sich auch angesichts eines durch die individuelle (rationale) Trägheit von Nutzern bedingte strukturellen Durchsetzungsdefizits nicht alles für die Nutzergrundrechte, aber auch die Kommunikation insgesamt Unerwünschte, privatrechtlich über die Inhaltskontrolle von AGB unter Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung und der verfassungsrechtlich geschaffenen objektiven Werteordnung auflösen lassen; einen Anspruch auf gleichmäßige Verbreitung von (Fremd- und Eigen-) Beiträgen gewährt die Meinungsfreiheit der Nutzer etwa nicht, genauso wenig wie sie Transparenzpflichten in Bezug auf die Empfehlungssysteme begründen könnte.[32]

30 EuGH, Rs. C-134/15, *Lidl*, Urteil v. 30. Juni 2016, Rn. 26.
31 Vgl. Art. 5 Abs. 2 GG ("allgemeines Gesetz").
32 S. auch D.V.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Regulierung von Plattformen durch europäisches Sekundärrecht

Der skizzierte Hintergrund hat zu einer Vielzahl regulatorischer Instrumente im Unionsrecht geführt, durch die Unternehmen auf digitalen Märkten beispielsweise Transparenzpflichten oder die Pflicht zu Risikomanagement und -minimierung treffen. Relevante Rechtsakte auf EU-Ebene sind hierfür maßgeblich der Digital Services Act und die Politische-Werbung-VO.

I. Digital Services Act

Der Digital Services Act (DSA) regelt in Art. 16 ff. Pflichten für Hosting-Provider, in Art. 19 ff. zudem besondere Pflichten für Plattformen. Diese sollen im Folgenden vorgestellt und den oben erörterten Herausforderungen und Problemen zugeordnet werden.

1. Transparenzpflichten

Für Plattformbetreiber ergeben sich besondere Pflichten aus Art. 19 ff. DSA, ebenso allgemeinere Transparenzpflichten für alle Vermittlungsdienste im Sinne des Art. 3 lit. g DSA – wozu auch Plattformen zählen (s. lit. i mit lit. g iii)) – bzgl. der Offenlegung der Filter und Inhaltseinschränkungen in den AGB (Art. 14 DSA). Damit wird dem Problem entgegengewirkt, dass Plattformen ihre strukturelle Macht über Kommunikation nicht offen ausüben, sondern für die Nutzer die genauen Mechanismen meist unentdeckt bleiben. Problematisch ist daran, dass erstens die technische Komplexität den Nutzern kaum ohne Weiteres verständlich sein wird und darüber hinaus eine rationale Uninformiertheit[33] besteht, da sich eine genaue Beschäftigung schon deshalb nicht lohnt, weil angesichts der Machtstellung der Plattform ohnehin keine ernsthafte Möglichkeit besteht, sich aufgrund der Filterbedingungen etc. für einen Wettbewerber zu entscheiden. Die Entscheidung gegen die Nutzung irgendeiner Plattform an sich ist hingegen wieder rechtlich unerwünscht, da sie die Kommunikation wiederum schwächt. Transparenzpflichten sind daher zur Beseitigung der strukturellen Probleme nur eingeschränkt geeignet,[34] haben aber den Vorteil, dass sie in die unternehmerische Freiheit und Meinungs- und Informationsfreiheit sowohl der Plattform als auch der Nutzer kaum eingreifen und daher sehr grundrechtsschonend sind. In erster Linie dienen die Transparenzpflichten letztlich der Ermöglichung einer Ex-post-Kontrolle der Plattform.[35]

An diese Bedingungen ist der Anbieter des Dienstes letztlich gebunden. Ohne Frage gilt dies – da die AGB regelmäßig gem. §§ 305 ff. BGB Vertragsbestandteil werden – individualvertraglich. Richtigerweise folgt aber eine Bindung auch aus der

33 Vgl. allgemein für AGB *Fornasier*, in: MüKo-BGB, Vor § 305 Rn. 7; *Kötz*, JuS 2003/3, S. 212; *Leuschner*, AcP/4/5, S. 495 ff.
34 So auch *Kosters/Gstrein*, ZEuS 2024/1, S. 126.
35 *Steinrötter*, MMR 2026/1, S. 6 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorschrift (Art. 14 DSA) selbst. Werden also Beiträge blockiert, weil sie eine bestimmte politische Meinung vertreten, ohne gegen die Plattformregeln zu verstoßen, kann hierin ein Verstoß gegen den DSA liegen. Schließlich verpflichtet Art. 14 Abs. 1 DSA gerade zur Offenlegung der wirklich geltenden Standards für die Inhaltemoderation; wenn in Wirklichkeit andere (willkürliche) Standards angelegt als offenbart werden, ist dem Transparenzgedanken nicht geholfen.[36] In diese Richtung weist auch ErwG 45 DSA, der gerade den Schutz vor willkürlicher Anwendung als Ziel der Transparenzverpflichtung benennt. Dass die AGB selbstbindend sind, ergibt sich auch daraus, dass deren Umsetzung wiederum nach Art. 14 Abs. 4 DSA einer dahingehenden Inhaltskontrolle unterliegt, dass die Beschränkungen unter Berücksichtigung insbes. der Grundrechte der Nutzer – auch ihrer Gleichheitsgrundrechte[37] – verhältnismäßig sein müssen – dies ist trotz der (allerdings eingeschränkten) präventiven Verbotswirkung nur dann sinnvoll, wenn die Regeln tatsächlich auch vom jeweiligen Dienstbetreiber durchgesetzt werden. Dies käme z. B. in Betracht für die bewusste Blockierung von Beiträgen, die die demokratische Partei unterstützen, am Tag der Amtseinführung von Trump, die letztlich trotz ihres temporären Charakters jedenfalls einen Verstoß gegen die Transparenzpflicht und auch gegen Art. 14 Abs. 4 DSA darstellt.[38] Daneben sieht der DSA Transparenzpflichten für Plattformen (Art. 24, 26 DSA), u. a. in Bezug auf geschaltete Werbung (mit zusätzlichen Transparenzpflichten für sehr große Plattformen, s. Art. 39 DSA) vor, wobei sich auch an den Werbetreibenden selbst insoweit Pflichten des § 6 Abs. 1 DDG (basierend auf Art. 6 E-Commerce-RL) richten.

2. Löschungs- und Sperrpflichten

Darüber hinaus sieht der Digital Services Act außerdem die Verpflichtung zur Sperrung von Konten (Art. 23) sowie zur vorrangigen Behandlung bestimmter Meldungen von Inhalten vor (Art. 22); ein Pflichtenverstoß kann insoweit die Haftung als Intermediär und mittelbarer Rechtsverletzer zur Folge haben.[39] Dies gilt etwa für Beiträge, die aufgrund enthaltener Beleidigungen oder unwahrer personenbezogener Aussagen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Dritter verletzen. Der DSA sanktioniert entsprechende Rechtsverletzungen nicht selbst privatrechtlich – Art. 54 DSA gewährt Ansprüche nur Nutzern, nicht auch Dritten[40] – und lässt den Weg über die allgemein zivilrechtliche Haftung für eine mittelbare Rechtsverletzung, z. B. eines geistigen Eigentumsrechts oder des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, offen.[41] Die Löschungs- und Sperrverpflichtungen genau wie im Einzelfall mögliche Schadensersatzpflichten dienen letztlich zwei verschiedenen Effekten: Sie dienen in erster Linie der Rechtsdurchsetzung im Falle der Unerreichbarkeit des unmittelba-

36 Vgl. *Mörsdorf*, in: Spindler/Schuster/Kaesling (Hrsg.), Art. 14 DSA, Rn. 16.
37 *Mörsdorf*, in: Spindler/Schuster/Kaesling (Hrsg.), Art. 14 DSA, Rn. 38.
38 S. bereits *Kaesling*, ZUM 2021/3, S. 183.
39 S. näher unter D.IV.
40 *Raue*, in: Hofmann/Raue, Art. 54 DSA, Rn. 4.
41 Genauer D.IV.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren Schädigers. Als cheapest cost avoider sind die Plattformen am einfachsten in der Lage, auf ihnen begangene Rechtsverletzungen zu verhindern und abzustellen.[42] Zudem eröffnen sie eine Gefahrenquelle für solche Rechtsverletzungen, die nach allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen in zumutbarer Weise abzuschirmen ist.[43] Die Schadensersatzansprüche dienen dann der Erreichung der Effektivität dieses private enforcements.[44] Gleichzeitig soll – jedenfalls soweit ein Recht in erster Linie einer Anreizfunktion dient, wie es bei den urheberrechtlichen Verwertungsrechten[45] und beim Patentrecht[46] der Fall ist – nicht der Verletzte den Schaden tragen, wenn der Verletzer unerreichbar ist. Die Unterlassungsansprüche dienen hier letztlich ebenfalls der Ermöglichung einer Verwertung und die Erhaltung eines angemessenen Lizenzmarkts für das betroffene Recht,[47] während bei persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen die Abwehr einer Grundrechtsbeeinträchtigung an sich im Vordergrund steht.[48]

3. Risikominimierung über die Empfehlungssysteme

Sehr große Online-Plattformen nach Art. 33 DSA sind zusätzlich zur Risikobewertung (Art. 34) und daran anschließend angemessenen -minimierung verpflichtet, wobei als ein solches Risiko explizit die Beeinflussung von Wahlvorgängen durch die Plattform gilt (Art. 34 Abs. 1 lit. c DSA). Bei der Risikominimierung sind insbes. die Empfehlungssysteme für Beiträge nach Art. 34 Abs. 2 lit. a DSA zu berücksichtigen, sodass jedenfalls offen demokratiefeindliche oder bestimmte Parteien fördernde Beiträge übermäßig bevorzugende Algorithmen gegen Art. 34 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 lit. a, 35 Abs. 1 lit. d DSA verstoßen dürften. Entscheidend ist, dass Plattformen möglichst wenig verdeckten Einfluss auf die politische Meinungsbildung nehmen sollen, sodass das Verbot der Überbegünstigung von bestimmten Beiträgen letztlich unabhängig vom Inhalt bestimmt werden kann, wenn sich nur die Begünstigung irgendeines konkreten Inhalts ergibt. Ob sich darüber hinaus bestimmte inhaltliche Vorgaben formulieren lassen, erscheint wegen des Schutzes der Meinungsfreiheit außerhalb spezifischer gesetzlicher Einschränkungen (wie etwa volksverhetzerischer

42 S. ErwG 59 InfoSoc-RL; *Leistner*, ZUM 2012/10, S. 723.
43 *Leistner*, GRUR-Beil. 2010/1, S. 6; vgl. auch BGH NJW 2020, 3106 Rn. 24; *Larenz/Canaris*, § 76 SR BT, III 2.
44 Mit Bedenken dahingehend auch etwa *Zurth*, ZUM 2021/10, S. 834 f.
45 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008/6, S. 488.
46 *Ohly*, JZ 2003/58(22), S. 549.
47 *Hofmann*, S. 319 ff.; Sonderfall ist das Markenrecht, in dem die Unterlassungsansprüche in erster Linie der Markttransparenz und dem Marktfunktionieren dienen und damit gar nicht Interessen des Rechtsinhabers im Vordergrund stehen, s. zur Funktion der Marke *Ohly*, in: Drexl/Kamperman/Sanders (Hrsg.), S. 148; gleichzeitig werden – wie § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 MarkenG zeigt – aber auch der gute Ruf und dadurch das Funktionieren von Investments und Märkten geschützt.
48 Vgl. OLG Nürnberg MMR 2025, 147.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beiträge, s. § 130 StGB) und möglicherweise auch Grundwerten der Union wie dem Diskriminierungsverbot[49] (vgl. Art. 18 AEUV, Art. 21 GRCh) hingegen zweifelhaft.

Auch die Inhaltsmoderation (Art. 35 Abs. 1 lit. c DSA) ist entsprechenden Voraussetzungen unterworfen, die sich im Wesentlichen aber bereits aus Art. 14 Abs. 4 DSA ergeben.

Plattformen unterliegen damit bestimmten Beschränkungen, was die Auswahl der Nutzern angezeigten Beiträgen angeht. Die Verpflichtung geht über bloße Transparenzmaßnahmen deutlich hinaus, auch wenn es der Plattform bei mehreren bestehenden Möglichkeiten überlassen bleibt, wie genau sie die identifzierten Risiken – etwa einer Filterblase, einseitiger und schlimmstenfalls mit Fake News zusammenfallender Information – begegnen möchte.[50]

Die Beeinflussung muss sich allerdings innerhalb der spezifischen, insbes. Nutzern nicht vollständig transparenten, Funktionen ergeben, nicht hingegen etwa aus einer konkreten Meinungsäußerung des jeweiligen Plattformbetreibers auf eben dieser Plattform wie im Falle von Musks Wahlempfehlung zugunsten der rechtsextremen AfD. Die Reichweite dieses Beitrags mag hingegen wieder unter Art. 34, 35 DSA fallen. Freilich ist es nicht grundsätzlich verboten, Empfehlungssysteme an Popularität und persönliche Präferenzen zu knüpfen, selbst wenn darunter die Meinungsvielfalt leiden mag. Umgekehrt darf die Popularität aber auch nicht gerade erst durch eine bestimmte Programmierung des Algorithmus herbeigeführt werden; ebenso wenig wie eine „Filterblase" von Beginn an bestehen darf, wenn die Präferenzen des Nutzers sich noch gar nicht herausbilden konnten.[51]

4. Bekämpfung rechtmäßiger Fakenews

Eine Rechtspflicht zur aktiven Bekämpfung von Fakenews unterhalb der Rechtswidrigkeitsschwelle besteht hingegen aus dem DSA nicht, sondern nur aufgrund des (freiwilligen) Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation.[52] Zwar sind Fake News mangels erheblichen Beitrags zur Debatte nach der deutschen Rechtsprechung häufig nicht durch die Meinungsfreiheit geschützt, sodass auch die Plattform insoweit nicht durch die Meinungsfreiheit geschützt sein kann, da sie es nicht einmal im Falle eines Zueigenmachens wäre. Dennoch würde ein unangemessener Eingriff in die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh durch Auferlegung einer de-facto allgemeinen Überwachungspflicht bestehen. Gleichzeitig würden false positives zu einer Einschränkung der Meinungsfreiheit durch zu erwartendes Overblocking führen. Dem könnte allerdings ggf. auch durch die Beschränkung der Löschungsverpflichtung auf offensichtlich inhaltlich falsche und durch die Mei-

49 Das auch sonst weitgehende Berücksichtigung für Interessenabwägungen findet, etwa beim Eingreifen der Parodie-Schranke im Urheberrecht (§ 51a UrhG), s. EuGH, C-201/13, *Deckmyn*, Urteil v. 3. September 2014, ECLI:EU:C:2026:290 = GRUR 2014, 972 Rn. 29 ff. – Deckmyn.

50 *Ruschemeier/Kerkemeyer*, in; Spindler/Schuster/Kaesling (Hrsg.), Art. 35 DSA, Rn. 8.

51 Vgl. *Ruschemeier*, in: Spindler/Schuster/Kaesling (Hrsg.), Art. 34 DSA, Rn. 46.

52 Ausführlich zum Hintergrund *Jennerjahn*, MMR 2025/4, S. 251 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nungsfreiheit daher nicht geschützte Inhalte wie unter Art. 17 Abs. 4 DSM-RL im Bereich des Urheberrechts[53] abgeholfen werden. Problematisch daran ist aber die potentielle Verbindung geschützter und nicht-geschützter Post-Anteile, die erstens eine Überforderung der Plattform zur Folge haben könnte und zweitens bedeuten würde, dass die Beiträge der Nutzer zur Erfüllung der Pflichten „zerrissen" werden müssten, was durch das Reißen aus dem Kontext einen eigenständigen Eingriff in die Meinungsfreiheit zur Folge hätte, der kaum gerechtfertigt sein dürfte. Gleichzeitig erscheint es widersinnig, eine Prüfpflicht für Fakenews, aber nicht für rechtswidrige Beiträge vorzusehen, für die Art. 8 DSA eine allgemeine Überwachungspflicht ausschließt. Zugleich liegt hierin der Grund für die Beschränkung der Beschränkung der strafrechtlichen und Schadensersatzhaftung der Plattform(-verantwortlichen) für rechtswidrige Beiträge (Art. 6 Abs. 1 DSA).

Nicht erlaubt ist es der Plattform allerdings, gezielt Fakenews durch ihre Algorithmen zu begünstigen. Während eine Löschungspflicht aufgrund des DSA selbst nach Hinweis nicht besteht, kann die Plattform jedenfalls aufgrund der Art. 34 f. DSA (insbes. Art. 34 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 lit. a, 35 Abs. 2 lit. d) zur Berücksichtigung bei der Gestaltung ihrer Empfehlungssysteme verpflichtet sein,[54] sodass etwa stark Fake News-verdächtige Beiträge weniger häufig angezeigt werden und nicht Nutzer in eine Filterblase führen dürfen. Eine Löschungsverpflichtung wird aufgrund der skizzierten grundrechtlichen Interessen grundsätzlich aber auch aus der Pflicht zur Risikominimierung aber nicht folgen; die Verpflichtung zum Vorsehen einer Meldemöglichkeit für Nutzer ist allerdings denkbar, da nur so die Plattform ihren Pflichten in Bezug auf ihre Empfehlungssysteme nachkommen kann. Weil die ein solches Meldeverfahren vorschreibenden Art. 16, 22 DSA jedoch nur rechtswidrige Beiträge betreffen, wird die Pflicht allerdings nicht stets bestehen. Entscheidend ist vielmehr, dass die Empfehlungssysteme im Ergebnis nicht überproportional Desinformation begünstigen. Einen Eingriff in die Meinungsfreiheit des Nutzers bedeutet die Pflicht zur Berücksichtigung bei der Inhaltemoderation möglicherweise dann, wenn Teile des Beitrags geschützt sind; in aller Regel kann dieser (deutlich weniger gewichtige, da nur die Weite des kommunikativen Raums betreffende) Eingriff allerdings gerechtfertigt werden.

II. Politische Werbung-VO

Politische Werbung nach Art. 3 Nr. 2 VO 2024/900 (EU) auf Online-Plattformen wird zusätzlich im digitalen Binnenmarkt – der durch die einheitliche Regulierung ein solcher überhaupt erst wird, wie auch Art. 4 verdeutlicht – durch die Verordnung 2024/900 (EU) reguliert. Insbes. sieht die Verordnung zusätzliche Transparenzpflichten vor (Art. 11 f.) und schränkt den Kreis derjenigen ein, die überhaupt für die Werbung verantwortlich sein dürfen (Art. 5 Abs. 2), weil sie hinreichenden

53 EuGH, Rs. C-401/19, *Republik Polen/Europäisches Parlament u. Rat der Europäischen Union*, Urteil v. 26. April 2022, ECLI:EU:C:2022:297 = GRUR 2022, 820 Rn. 85 ff.

54 *Jennerjahn*, MMR 2025/4, S. 251.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bezug zur Union haben und dadurch Einfluss auf politische Entscheidungen innerhalb des demokratischen Prozesses durch das Staatsvolk haben sollen. Bei der Feststellung, ob es sich bereits um Werbung handelt, ist z. B. die Zahlung eines Preises durch die Partei nach den in Art. 8 Abs. 1 genannten Kriterien nicht erforderlich, was letztlich der Tatsache Rechnung trägt, dass häufig sog. Parallelkampagnen zu den offiziellen Werbekampagnen der jeweiligen Parteien stattfinden.[55] Insoweit ist die Politische-Werbung-VO beispielsweise strenger als Art. 6 E-Commerce-RL (§ 6 Abs. 1 DDG) für Informationspflichten gegenüber Verbrauchern im Bereich der kommerziellen Kommunikation. Hier ist eine Kennzeichnung nur bei Entgeltlichkeit erforderlich; die Pflicht richtet sich auch nicht an die Plattform, sondern den Diensteanbieter iSv Art. 2 E-Commerce-RL (etwa den werbenden Influencer). Damit trägt das Recht der Tatsache Rechnung, dass geschäftliche Entscheidungen erstens gesamtgesellschaftlich geringeres Gewicht haben und zweitens Verbrauchern insoweit Werbestrategien häufig bewusster sind als im politischen Bereich. Die gewählten Transparenzpflichten haben dabei kaum Eingriffsgewicht gegenüber den Plattformen und sonstigen an der Werbung Beteiligten.[56]

Die bloße Verbreitung eines für einen Dritten erbrachten Beitrags fällt hingegen nicht unter die Verordnung, selbst wenn sie durch KI oder Empfehlungssysteme erfolgt; insoweit gelten allerdings der Digital Services Act und die KI-Verordnung. Personalisierte politische Werbung im Rahmen eines sog. Targetingverfahrens ist nur unter den Voraussetzungen der Art. 18 f. VO 2024/900 zulässig, insbes. dann nicht, wenn sog. Profiling, also die systematische Auswertung personenbezogener Daten zur Vorhersage oder Bewertung insbes. persönlicher Präferenzen stattfindet (Art. 19 Abs. 1 lit.c), wodurch die freie Auswahl bei der Wahlentscheidung vor unterbewusster Beeinflussung geschützt werden soll.[57]

D. Durchsetzung der Plattformregulierung

Die Besonderheiten digitaler Märkte, insbesondere ihre Reichweite und damit einhergehende Potentiale subtiler Einflussnahme auf Verbraucher, haben die EU veranlasst, die Digitalbranche den oben skizzierten Sonderregimen zu unterwerfen. Für deren Wirksamkeit kommt es maßgeblich darauf an, wie diese durchgesetzt werden können. Zu beginnen ist dabei mit den Durchsetzungsmechanismen, die die jeweiligen Verordnungen selbst vorsehen.

I. Instrumente der jeweiligen Verordnungen

Die Nichteinhaltung der Transparenzpflichten nach dem Digital Services Act oder Verletzung der Pflichten aus Art. 34 DSA in Bezug auf die Minimierung systemischer Risiken durch sehr große Online-Plattformen kann eine Geldbuße von bis zu

55 *Hobusch*, DÖV 2020/13, 548.
56 *Gutjahr*, NVwZ 2025/17, S. 1312.
57 S. auch ErwG 77 ff. VO 2024/900; näher *Kalveram*, NJW 2024/51, S. 3702.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

6 % des weltweiten Jahresumsatzes nach sich ziehen (Art. 74 Abs. 1 DSA). Für die Politische-Werbung-VO sollen die Mitgliedsstaaten Regeln über die Sanktionierung festlegen, wobei ebenfalls eine maximale Geldbuße von 6 % des Jahresumsatzes möglich sein soll (Art. 25 Politische-Werbung-VO). In Deutschland existiert insoweit bislang ein Regierungsentwurf, der für die vor allem relevanten großen Plattformen eine solche Geldbuße von bis zu 6 % des Gesamtumsatzes erlaubt (§ 14 Abs. 3 RegE Politische-Werbung-Transparenz-Gesetz).[58] Vordergründig ist also eine öffentlich-rechtliche Durchsetzung der Regeln durch die Sanktionierung von Fehlverhalten vorgesehen. Diese stellt sich allerdings aus verschiedenen Gründen als nicht stets effektiv dar: Erstens erfordert der von der Behörde (der Kommission) zu erbringende Beweis des Verstoßes unter Umständen ein hohes Maß an Ermittlungsarbeit und ist oft selbst dann schwer zu erbringen. Zusätzlich steht die Europäische Union von außen unter starkem Druck, was die Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln angeht. US-Präsident Donald Trump hatte zuletzt auf die Sanktionierung von Google wegen eines Kartellverstoßes mit massiven Drohungen im Hinblick auf die wirtschaftlichen Beziehung zwischen den USA und der Europäischen Union reagiert.[59] Ob dies tatsächlich zu einer zurückhaltenderen Anwendung der Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen führt, ist zwar noch nicht sicher zu beantworten, steht aber jedenfalls zu befürchten. Daher dürfte die Effektivität der Durchsetzung von der – zusätzlichen – Möglichkeit privater Rechtsdurchsetzung entscheidend abhängen, für die daher im Folgenden Möglichkeiten zu erörtern sind.

II. Rechtsbruch gem. § 3a UWG?

In Betracht kommt grundsätzlich auch eine Durchsetzung der an Plattformen gerichteten Pflichten über § 3a UWG. In diesem Falle könnten über § 8 Abs. 1, Abs. 3 iVm §§ 3 Abs. 1, 3a UWG etwa Mitbewerber iSv § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG und Verbraucherverbände nach § 4 UKlaG gegen die Plattform vorgehen.

§ 3a UWG setzt voraus, dass gegen eine Marktverhaltensnorm verstoßen wird, die jedenfalls auch die übrigen Marktteilnehmer – und richtigerweise angesichts der Schutzzwecktrias des § 1 Abs. 1 UWG gerade in dieser Rolle[60] – zu schützen gedacht ist. Dabei ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine bestimmte Norm diesen Anforderungen gerecht wird.[61] So kommt für die urheberrechtlichen Transparenzpflichten in Art. 53 Abs. 1 lit. c, d KI-VO, die nicht allein dem Interesse des Urhebers, sondern auch einem darüber hinausgehenden Transparenzinteresse des Marktes dienen, die Durchsetzung über § 3a UWG in Betracht.[62] Für den Digital Markets Act sind hingegen grundsätzlich die Vorschriften der §§ 33 ff. GWB entsprechend

58 https://bmds.bund.de/service/gesetzgebungsverfahren/politische-werbung-transparenz-gesetz-pwtg (15.4.2026).
59 https://www.tagesschau.de/ausland/europa/trump-droht-eu-google-100.html (15.4.2026).
60 *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, § 3a UWG, Rn. 25 mwN zum Streitstand.
61 BGH NJW 2025, 2237 Rn. 71 – *Arzneimittelbestelldaten II*; statt vieler auch *Schmitt*, WRP 2019/1, S. 27 Rn. 12.
62 *Pech*, CR 2025/2, S. 73 ff.; *Schaal/Peintinger*, GRUR-Prax 2025/6, S. 199.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

anzuwenden, die ein abgeschlossenes Regelungssystem wie im Kartellrecht schaffen.[63]

Eine Durchsetzung aller Regelungen des DSA über § 3a UWG ist ebenfalls jedenfalls pauschal für alle Vorschriften abzulehnen.[64] Die Regelungen des Digital Services Act dienen häufig zunächst nicht einzelnen Wettbewerbern, die dann unter § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagebefugt sind, sondern der Transparenz aus Gründen des Schutzes politischer Prozesse, die sich nicht auf dem Markt abspielen. Nur reflexartig geschützt wird auch die Marktstruktur, die allerdings unter Aufstellung zusätzlicher Voraussetzungen hinreichend durch Kartellrecht geschützt ist.[65] Rechtsbrecher können zwar durch Kostenersparnis stets gegenüber Rechtstreuen Vorteile haben, wie es z. B. aber auch für die Nichteinhaltung von Umweltvorschriften der Fall ist, für die der Bundesgerichtshof eine Durchsetzung über § 3a UWG allerdings zurecht abgelehnt hat.[66] Der Fall lässt sich nicht dadurch vom Fall des Bundesgerichtshofs abgrenzen, dass eine zusätzliche Attraktivität gerade aus der rechtswidrigen Praxis folgt, was bei der Verletzung umweltschützender Vorschriften grundsätzlich nicht der Fall sein wird. Entscheidend ist nämlich eine hinreichende Marktbindung gerade des unmittelbar geschützten Vorgangs.[67] So betrifft bspw. das Ladenschlussgesetz direkt den Schutz von auf Anbieterseite stehenden Arbeitnehmern und weist dadurch unmittelbaren Marktbezug auf, auch wenn nicht Anbieter oder Verbraucher direkt geschützt sind. Der geschützte politische Prozess findet hingegen zumindest größtenteils nicht auf dem Markt statt, auch wenn gerade durch die Plattformen Markt und Politik zunehmend verschwimmen.[68] Bei zu weiter Ausdehnung verfehlt das UWG sonst zudem zunehmend seinen eigentlichen Auftrag, indem es zum bloßen Durchsetzungshelfer anderer Rechtsakte wird und die im Kern zu fordernde Marktanbindung mit dem Schutz gerade der Marktteilnehmer als solcher und Lauterkeitsbeurteilung in den Hintergrund treten.[69] Vor allem fehlt dem § 3a UWG die Möglichkeit einer eigenständigen Beurteilung, da bei tauglichen Normverstößen keine über den Verstoß hinausgehenden Elemente mehr für die Unlauterkeit erforderlich sind, was das Kartellrecht hingegen ermöglicht.[70]

Denkbar ist eine Durchsetzung über § 3a UWG grundsätzlich dann, wenn auch eine Unterlassungsklage wegen des verbraucherschützenden Charakters der Vorschrift (§ 2 Abs. 1 UKlaG) möglich wäre, so insbesondere für die AGB betreffenden Pflichten des Art. 14 DSA (s. dazu D.V.). Dieser betrifft – wie gezeigt – aber nicht

63 *Lettl*, WM 2025/26, S. 1166 f.; A.A. wohl *Mainusch*, ZEuS 2024/2, S. 165; unklar *Podszun/Bongart/Kirk*, NJW 2022/45, 3S. 249 Rn. 52.
64 Im Ergebnis auch *Gerdemann/Spindler*, GRUR 2023/3, S. 119; wohl auch *Bongers-Gehlert*, WRP 2025/4, S. 407 Rn. 26; *Brauneck*, NVwZ 2025/13, S. 968.
65 Dazu gleich D.III.
66 BGH GRUR 2000, 1076 (1078 ff.) – Abgasemissionen; *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 3a Lauterkeitsrecht, Rn. 67 f.
67 So letztlich als Kriterium wohl auch BGH GRUR 2000, 1076 (1079) und Ls. 2 – Abgasemissionen.
68 *Held*, JSE 2025/2, S. 23 ff.
69 *Metzger*, GRUR-Int. 2015/7/8, S. 692.
70 S. sogleich D.III.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die im Kern problematischen Algorithmen oder den Umgang der Plattformen mit Fake News, sondern lediglich die korrekte Abbildung der angewandten Inhaltemoderation durch den Plattformbetreiber. Da diese aber keine nennenswerte Relevanz für die Verbraucherentscheidung zu haben scheinen,[71] geht die maßgebliche Sanktionswirkung erst von anderen Pflichten aus, deren Verfolgung die Transparenzpflichten erleichtern sollen – insbesondere gilt das für Art. 34, 35 DSA, die nicht über das UWG durchgesetzt werden können.

Die Vorschriften der Politische-Werbung-VO sind ebenso nicht über §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 3a UWG als unlauterer Wettbewerb sanktionierbar, da es sich zwar ebenfalls um eine Marktverhaltensregelung handelt, die aber kein marktgebundenes Interesse betrifft, sondern lediglich die Integrität demokratischer Wahlen als marktfernes Ziel, anders als es z. B. für die Informationspflichten des Art. 6 E-Commerce-RL (die unter Art. 5b Abs. 4, 5a UWG fallen) ist, die die Information der Verbraucher gerade auf dem Markt betreffen.

III. Kartellrechtliche Durchsetzung

Denkbar erscheint weiterhin die Annahme des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV, § 19 GWB), wenn ein marktstarker Plattformbetreiber gegen die Bestimmungen des Digital Services Acts oder der Politische-Werbung-VO verstößt. Im Regelfall wird allein Art. 102 und nicht Art. 101 AEUV in Betracht kommen, da die Festlegung der Algorithmen ebenso wie die Verletzung von Transparenzpflichten sich regelmäßig innerhalb eines Unternehmens und ohne Koordinierung abspielen wird.[72]

1. Marktbeherrschung

Erforderlich ist daher zunächst die marktbeherrschende Stellung des fraglichen Unternehmens, für die indiziell überhaupt sprechen mag, dass die Plattform überhaupt unter die nur für sehr große und somit systemisch relevante Online-Plattformen geltenden Vorschriften der Art. 33 ff. DSA fällt. Im Grundsatz werden Marktanteil, Finanzkraft und Struktur des fraglichen Unternehmens, Verbraucherpräferenzen und Marktzutrittsschranken im Hinblick auf potenzielle Wettbewerber berücksichtigt.[73] Im Hinblick auf die systemische Relevanz und die häufige Herausbildung von vernetzten Unternehmen auf mehr als einem Markt (sog. Ökosysteme) kann die klassische Untersuchung der Marktmacht allerdings im Hinblick auf die Machtkonzentration, die sich insbesondere gerade aus der Adaptivität der Netzwerke an Präferenzen einzelner Verbraucher ergibt, nicht hinreichend die Verantwortung der Netzwerke abbilden, die sich weniger nur aus möglicher Verdrängung von Konkur-

71 Vgl. *Kosters/Gstrein*, ZEuS 2024/1, S. 125 ff.
72 *Ezrachi/Robertson*, JAE 2025/2, S. 325 f.
73 EuGH, Rs. C-27/76, *United Brands*, Urteil v. 14. Februar 1978, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 209 (286 ff.); für das deutsche Recht s. § 18 GWB.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

renten, sondern vielmehr auch der Meinungsvielfalt, Erheblichkeit für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und Verschmelzung verschiedener Lebensbereiche – insbes. des Privaten mit dem Politischen über den Markt – ergibt. Die in *Hoffmann-La Roche* hervorgehobene besondere Marktverantwortung des Marktbeherrschers[74] besteht hier also in einer weiteren Dimension, die mit der Verbraucherwohlfahrt direkter als nur vermittels des Leistungswettbewerbs verbunden ist und direkt die in Anspruch genommene Leistung betrifft. Zu überlegen ist daher, ob sich bereits aus der Mitbestimmung des Diskurses unter Berücksichtigung der Schwellen der Art. 33 ff. DSA eine marktbeherrschende Position entnehmen lässt. In der Regel, insbes. für Meta und für X, wird man aber auch sonst zur Annahme der Marktbeherrschung auf dem relevanten Markt für insbes. politische Kommunikation in der bestimmten Form kommen müssen, die schließlich in dieser Form maßgeblich über X stattfindet. Entscheidend ist jedoch, dass insoweit nicht schon die Bestimmung der Marktbeherrschung normativ durch das Ziel des Demokratieschutzes überlagert wird, sondern sich am Verbraucher orientiert, da sonst Missbrauch und Marktbeherrschung zu sehr zu einem Merkmal verschmelzen könnten, wodurch das Kartellrecht hier bloßer Durchsetzungsgehilfe der Regeln des DSA würde. Die Schwellen des Art. 33 ff. DSA können daher zwar indizielle Bedeutung für die Marktbeherrschung haben, allerdings nicht allein für diese ausschlaggebend sein, zumal sonst eine gespaltene Auslegung der Marktbeherrschung auf einem einheitlichen Markt abhängig von der konkreten Praxis (da es meistens nicht um Verstöße gegen den DSA gehen wird!) die Folge sein müsste.

2. Missbrauch

Weiterhin bedarf es eines missbräuchlichen Verhaltens, das Art. 102 AEUV verletzt. Zunächst ist daran zu erinnern, dass in der EU anerkanntermaßen nicht der Wettbewerb bloß als Wert an sich geschützt ist, sondern vielmehr die Verbraucherwohlfahrt im Zentrum des Kartellrechts steht, die sich an Ziele wie Preisniveau, Wohlstand, aber auch Innovation und marktgebundene Lebensumstände (Wahlmöglichkeiten, Vielfalt, Umweltschutz) knüpfen kann.[75] Demokratie an sich ist hingegen kein marktgebundenes Ziel, vielmehr können Markt und Demokratie auch ohne einander und genauso ohne Zusammenhang funktionieren. Die primär relevante Wohlfahrt ist im Sinne eines wirtschaftlichen Nutzens zu verstehen. Darüber hinaus finden zwar (v. a. wirtschaftliche) Machtverteilung und ökologische Ziele insoweit Anklang, als sie zum Wettbewerb in Beziehung stehen; sie sind jedoch nicht in dem Sinne eigenständig, als Machtverteilung stets z. B. politische Einflussnahme ausschließen könnte oder müsste. Dennoch muss der direkte Verbraucherbezug im Einzelfall nicht nachgewiesen sein,[76] vielmehr findet im Abstrakten

74 EuGH, Rs. C-89/76, *Commission of the European Communities v. Kingdom of the Netherlands*, Urteil v. 12. Juli 1977, ECLI:EU:C:1977:123, Rn. 81.
75 *Borgwardt/Günther*, E.C.L.R. 2025/46(5), S. 205 mwN, s. auch bereits oben.
76 EuGH, Rs. C 8/08, *T-Mobile Netherlands*, Urteil v. 4. Juni 2009, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 36 ff. – zu Art. 101 AEUV.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Wohlfahrtsschutz vermittels des Wettbewerbs statt, was für Art. 102 AEUV bzgl. des Verdrängungswettbewerbs genauso gilt wie für Art. 101 AEUV. Art. 102 AEUV setzt deswegen für das Vorliegen eines Missbrauchs – außerhalb des Ausbeutungsmissbrauchs – regelmäßig wie auch Art. 101 AEUV eine wie auch immer geartete Einschränkung des Wettbewerbs voraus, der als Mittel zu diesem Zweck geschützt werden soll.[77]

a) Normativer Wettbewerbs- und Wohlfahrtsschutz

Insbesondere im Bereich des Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB können auch verfassungs- und sonstige einfachrechtliche Wertungen berücksichtigt werden, soweit ein hinreichender Marktbezug besteht und immer noch die Verbraucherwohlfahrt wenigstens potentiell beeinträchtigt werden kann, insbes. die Störung oder Beschränkung des Wettbewerbs nicht anderweitig ausgeglichen wird.[78]

Im Falle *Claudia Pechsteins*[79] hat das Bundesverfassungsgericht etwa angenommen, dass eine auf der fehlenden Freiwilligkeit der Zustimmung zur Klausel beruhende Verletzung des aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 mit Art. 6 Abs. 1 EMRK entnommenen Anspruchs auf ein öffentliches Verfahrens[80] zur Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung gem. § 19 Abs. 1 GWB i.V.m. § 134 BGB führen kann, sodass die staatlichen Gerichte durch das Entfallen der Einrede der Schiedsabrede (§§ 1025, 1032 Abs. 1 ZPO) letztlich zuständig sind.[81] Entscheidend ist aber, dass trotzdem das Kartellrecht im Grundsatz nicht den einzelnen Marktteilnehmer, sondern die systemische Gesamtheit schützt. Ansonsten dürfte die Anwendung individualschützender Vorschriften, die Macht- und Informationsasymmetrien ausgleichen sollen (wie §§ 138, 305 ff. BGB),[82] grundsätzlich näherliegen. Denkbar ist allerdings, dass es bei besonders marktstarker Position bereits genügt, die eigene Machtstellung durch unfaire Konditionen marktstrukturrelevant zu stärken oder abzusichern, um zur Anwendung des Art. 102 AEUV zu gelangen. Dann ist schließlich nicht ausgeschlossen, dass wettbewerbsrelevante Allgemeinwerte betroffen sind.

Die Berücksichtigung von Regulierungsrecht hat ebenfalls der EuGH für Art. 102 AEUV im Fall *Meta Platforms gegen Bundeskartellamt* in Bezug auf Verstöße gegen das Datenschutzrecht angenommen.[83] Es ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass erst die marktbeherrschende Stellung das als missbräuchlich einzustufende Verhalten ermöglicht.[84] Dadurch stellt sich aber die Frage, ob jeder Verstoß gegen ver-

77 EuGH, Rs. C-95/04, *British Airways*, Urteil v. 15. März 2007, ECLI:EU:C:2007:166, Rn. 106 f.
78 S. auch Art. 101 Abs. 3 AEUV und hierzu EuGH, Rs. C-333/21, *European Superleague*, Urteil v. 21. Dezember 2023, Rn. 189 ff.
79 BVerfG NJW 2022, 2677.
80 EGMR BeckRS 2018, 23523 Rn. 113, 115, 175 ff.
81 BVerfG NJW 2022, 2677 Rn. 35 ff., 51; *Wagner/Samanci*, ZEuP 2024, S. 533.
82 *Fornasier*, in: MüKo-BGB, § 305 Vor, Rn. 4 ff.
83 EuGH, Rs. C-252/21, *Meta Platforms/Bundeskartellamt*, Urteil v. 4. Juli 2023, ECLI:EU:C:2023:537 = GRUR 2023, 1131 Rn. 46 ff.
84 BGH NZKart 2020, 473 Rn. 66 ff. – Facebook.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

braucherschützende Regulierung zugleich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beinhaltet. Dies ist zu verneinen. Erforderlich ist entweder eine hinreichend gewichtige tatsächliche oder potentielle Auswirkung auf die Marktstruktur oder die hinreichend gewichtige Minderung der Wohlfahrt im Sinne des wirtschaftlichen Nutzens des Güteraustauschs. Nur so behält das Kartellrecht seine eigenständige Funktion im Bereich verbraucherschützender Normen. Beim Verstoß gegen Datenschutzrecht durch Marktbeherrscher steht insbes. eine weitere und wettbewerbswidrige Verstärkung dieser Position zu befürchten, während die ökonomisch zu bestimmende Verbraucherwohlfahrt nicht direkt abnimmt – die Daten dürften für sich genommen schließlich kaum merkantil sein. Da Marktvorteile unter Berücksichtigung des Marktanteils und der ohnehin großen Datenressourcen hinreichend wahrscheinlich sein dürften, erscheint parallel zur Handhabung der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung[85] zugleich der Verzicht auf eine detaillierte Marktanalyse möglich. So geschieht es auch im Bereich der Rabattgestaltung und insbes. bei der Kampfpreisunterbietung, bei der nämlich – trotz der Relevanz für die Frage, ob die Gesamtwohlfahrt insgesamt abnimmt – auf den Beweis der Profitabilität der Preisunterbietung in dem Sinne, dass eine spätere Preiserhöhung den Vorteil der Marktgegenseite aufgrund der niedrigen Preise mindestens wieder kostet, verzichtet wird.[86] Dadurch wird das Verbot der Kampfpreisunterbietung auch hier ökonomisch von ihrem Grund – der Verbraucherwohlfahrt und der Verhinderung eines späteren Ausbeutungsmissbrauchs – losgelöst.

Gegebenenfalls wird aber dem betroffenen Unternehmen der Gegenbeweis erlaubt sein, wie es z. B. für Rabattgestaltungen bzgl. der wettbewerbswidrigen Wirkung[87] und wohl auch bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Urteil *Generics (UK)*[88] ist, allerdings regelmäßig wegen der Einbeziehung potentieller Folgen nicht zu erbringen sein. Dagegen ist die direkte Verbraucherwohlfahrtsminderung nicht selbstverständlich, weil die Daten vermutlich nicht für sich genommen merkantil sein dürften und damit in erster Linie nicht wirtschaftliche, sondern persönlichkeitsrechtliche Interessen betroffen sind, die aber das Kartellrecht nicht selbständig schützt. Sonst würde es letztlich zu einem „Alles-Schutz" verkommen und seine eigentlich marktordnende Funktion zunehmend verlieren. Anders als § 3a UWG[89] ist daher nicht der Verstoß an sich kartellrechtswidrig, sondern erfordert neben der marktbeherrschenden Stellung wettbewerbswidrige Auswirkungen.

Dennoch ist der Einfluss regulativen Rechts deutlich. Verfassungs- und sonstiges einfaches Recht geben dem Wettbewerb damit einen Rahmen, der normativ vorgibt,

85 Vgl. allgemein *Enchelmaier*, JAE 2022/11, S. i72 ff.
86 EuGH, Rs. C-202/07 P, *France Télécom*, Urteil v. 2. April 2009, ECLI:EU:C:2009:214 = BeckRS 2011, 80008 Rn. 110.
87 EuGH, Rs. C-413/14 P, *Intel*, Urteil v. 6. September 2017, ECLI:EU:C:2017:632 = NZKart 2017, 525 Rn. 138 ff.
88 Auch wenn hier nur wettbewerbsfördernde Wirkungen ausdrücklich benannt sind, dürfte richtigerweise auch der Beweis des tatsächlichen Ausbleibens wettbewerbswidriger Wirkungen (allerdings einschließlich potentieller Wirkungen) möglich sein.
89 S. oben D.II.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie der Wettbewerb geschützt sein soll.[90] So geben etwa geistige Eigentumsrechte die Reichweite des Wettbewerbsschutzes vor, weshalb hiermit üblicherweise verbundene Einschränkungen, auch außergerichtliche Streitbeilegung im Falle der Unsicherheit über die Wirksamkeit eines Patents,[91] hinzunehmen sind. Die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung kann insofern nie abstrakt, sondern nur aufgrund der rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände erfolgen, selbst wenn das erlaubte Maß an Abstraktheit der Analyse im Falle bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen unklar bleibt.[92] Umgekehrt kann außerwettbewerblichen Regelungen ein bestimmtes Verhalten anderer Marktteilnehmer innerhalb des Wettbewerbs folgen, wodurch die Vorschriften für die weitere Marktentwicklung im Rahmen der Umstände der konkreten wettbewerbsrelevanten Praxis Bedeutung erlangen. Bei hinreichendem generalisiertem Bezug zur Verbraucherwohlfahrt oder soweit im Einzelfall ein solcher hergestellt werden kann, etwa durch die Verfügbarkeit und Fairness sportlicher Wettbewerbe, kann die Verletzung außerwettbewerblicher Regelungen einen Kartellrechtsverstoß begründen. Ebenso sind freilich mögliche wettbewerbliche Vorteile zu berücksichtigen, die das Unternehmen gegenüber Mitbewerbern erlangt, wodurch es den Wettbewerb auf dem ohnehin geschwächten Markt weiter schwächen kann.[93]

Insoweit ist denkbar, an die Verletzung entsprechender Regularien und Gesetze auch die Missbräuchlichkeit mitanzuknüpfen. Es ist hierfür nicht erforderlich, an verbraucherschützende Normen anzuknüpfen, die eine gewisse Nähe zu Art. 102 lit. a AEUV aufweisen. Schließlich schützt auch Art. 102 AEUV nicht nur (sogar nur selten) direkt die Verbraucherwohlfahrt, sondern in erster Linie vermittels des Wettbewerbs. Vielmehr dient selbst im Fall *Meta Platforms gegen Bundeskartellamt*[94] Art. 102 AEUV richtigerweise der Marktstruktur, da Datenschutzverstöße als solche nicht oder allenfalls wie im Umfang wie ökologische Ressourcen[95] Teil der Verbraucherwohlfahrt sein dürften. Beim Schutz der Demokratie und Kommunikationsfreiheiten stellt sich ebenfalls das Problem, dass diese jedenfalls grundsätzlich nicht marktgebunden sind und den Wert der von der Plattform bereitgestellten Leistung nur selten – nämlich wenn für eine abgrenzbare Gruppe die Leistung weitgehend nutzlos wird – charakterisieren werden. Nur dann könnte man wohl einen Ausbeutungsmissbrauch (Art. 102 lit. a AEUV; § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) annehmen,

90 *Podszun*, WuW 2024/10, 507; s. auch EuGH, Rs. C-252/21, *Meta Platforms/Bundeskartellamt*, Urteil v. 4. Juli 2023, ECLI:EU:C:2023:537, Rn. 46 ff.; EuGH, Rs. C- 179/16, *Hoffmann-La Roche/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,* Urteil v. 23. Januar 2018, ECLI:EU:C:2018:25.

91 EuGH, Rs. C-591/16 P, *Lundbeck*, Urteil v. 25. März 2021, ECLI:EU:C:2021:243; Rs. C-307/18, *Generics (UK),* Urteil v. 30. Januar 2020, ECLI:EU:C:2020:52; *Zelger*, JECLP 2021/12(4), S. 273.

92 *Enchelmaier*, JAE 2023/11, S. i72 ff.

93 Zur Formel EuGH, Rs. C- 179/16, *Hoffmann-La Roche/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,* Urteil v. 23. Januar 2018, ECLI:EU:C:2018:25, Rn. 90.

94 EuGH, Rs. C-252/21, *Meta Platforms/Bundeskartellamt*, Urteil v. 4. Juli 2023, ECLI:EU:C:2023:537.

95 Zur Kategorisierung von Effizienzgewinnen s. *Mansius*, Kartellverbot und nachhaltige Entwicklung, S. 295 ff.; *Borgwardt/Günther*, E.C.L.R. 2025/5, S. 203 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie es auch sonst bei signifikanter Minderleistung als Gegenstück zum überhöhten Preis der Fall sein kann.[96] Weder bedarf es für einen Markt der Demokratie noch setzt eine Demokratie zwingend eine in weitgehend freien Märkten organisierte Wirtschaft voraus. Dennoch ist Kartellrecht gerade zur Verhinderung von Machtkonzentration und ggf. dessen Kontrolle prädestiniert. Insbesondere die Tatsache, dass Kartellrecht ursprünglich gerade auch aus politischen Gründen zu große Machtkonzentrationen verhindern sollte,[97] zeigt, dass das Kartellrecht insoweit durchaus demokratieschützende Funktion haben kann. Zwar soll das Kartellrecht kein Recht für ein generelles „Well-being" und dadurch ein Alles-Recht sein – es schützt das Interesse der Verbraucher als Marktteilnehmer allerdings umfassend und nicht nur in Bezug auf den Wettbewerb an sich.[98] Die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung setzt daher voraus, dass das Verhalten angesichts der verletzen (demokratieschützenden) Norm unter Zugrundelegung gewöhnlicher Umstände jedenfalls potenziell auch wettbewerbswidrige und Verbraucher (in ihrer Rolle) beeinträchtigende Effekte haben kann. Treten wettbewerbswidrige Wirkungen nur ausnahmsweise im Einzelfall auf, kommt auch insoweit nur eine bewirkte Wettbewerbsbeschränkung infrage, sodass die wettbewerbswidrige Wirkung insoweit im Einzelfall nachgewiesen werden müsste.[99]

Für das deutsche Recht wären solche Mitbewerberbeeinträchtigungen als eine unbillige Behinderung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu fassen.

b) Konkrete Wettbewerbsbedenken

Daraus ergibt sich das Folgende: Die Tatsache, dass ein Unternehmen sich entgegen dem DSA oder entgegen der KI-VO verhält, kann, da es aufgrund der selbst hergestellten Verknüpfung des Politischen mit dem Privaten und dem Markt die Verbraucher als Konsumenten des Mediums betrifft, einen Missbrauch nach Art. 102 AEUV begründen, wenn der Verstoß geeignet ist, die Marktstruktur zu verändern oder wenn die Wahl- und Informationsmöglichkeiten des Verbrauchers[100] auf dem Medium eingeschränkt oder verzerrt werden. Dadurch wird der hinreichende Marktbezug gewahrt, das (persönlichkeitsrechtliche) Datenschutzinteresse genügt für sich genommen noch nicht. Beispielsweise sind durch künstliche Filterblasen erzeugte Lock-in Effekte zu berücksichtigen, die sich etwa in Bezug auf leicht beeinflussbare Verbraucher ergeben können und so die Marktstruktur zugunsten des Marktbeherrschers beeinflussen, weil Verbraucher in Richtung der Nutzung einer bestimmten

96 Das gleiche wäre entsprechend wohl auch im Falle von Datenschutzvertößen vorauszusetzen, die aber den meisten Nutzern weitgehend gleichgültig sind und entsprechend kein hinreichend marktgebundenes und wertbildendes Kriterium darstellen.

97 S. schon *F. A. Lutz*, 1953 ORDO 5, S. 248.

98 Für Beschränkung auf Marktstrukturschädigungen hingegen (entgegen etwa EuGH, Rs. C-177/16, *AKKA/LAA*, Urteil v. 14. Septtember 2017, ECLI:EU:C:2017:689) *Akman*, S. 165.

99 Zur Abgrenzung in diesem Sinne bspw. *Borgwardt/Günther*, E.C.L.R. 2025/5, S. 201 f.

100 Zu diesem Aspekt *Ezrachi/Robertson*, JAE 2025/2, S. 325 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Plattform gedrängt werden, um am besonders lebendigen politischen Dialog teilnehmen zu können. Verstöße gegen die Pflichten aus Art. 34 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 lit. a, 35 Abs. 1 lit. d DSA (C.I.3.) können daher durchaus geeignet sein, auf die Marktstruktur Einfluss zu nehmen, und damit als Missbrauch unter Art. 102 AEUV und auch § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB fallen. Gleiches gilt, wenn den entsprechenden Pflichten im Hinblick auf Fake News nicht genügt wird (C.I.4.).

Ein Verstoß liegt hingegen nicht schon deshalb vor, weil Transparenzpflichten (z. B. aus Art. 14 DSA) verletzt werden, da dadurch grundsätzlich nicht tatsächlich auf den Verbraucher als Marktteilnehmer eingewirkt wird. Die Transparenzpflichten ermöglichen vielmehr im Wesentlichen nur die spätere Überprüfung (C.I.1.). Ebenso wenig begründet die transparente aktive Verbreitung anti-demokratischer Meinungen (wie etwa Posts oder Mitteilungen der Plattform oder Kommunikationsdienstes selbst) einen Marktmachtmissbrauch, da es insoweit an der Beschränkung der Verbraucherfreiheiten und damit am hinreichenden Bezug zur Verbraucherwohlfahrt fehlt. Insoweit können allein die Regelungen der Verordnung über politische Werbung[101] einschlägig sein.

Gleichzeitig behält in Bezug auf unmittelbar marktbezogene Verhaltensweisen, etwa bei Verdrängung eines Wettbewerbers durch Kopplung von bestimmten Leistungen im Bereich von sozialen Netzwerken mit (selbst betriebenen) politischen Informationskanälen – wenn also etwa Instagram selbst ein Konkurrenznetzwerk zu X aufbauen und unzulässig verknüpfen würde durch nur gemeinsam mögliche Installation o. ä.[102] – Art. 102 AEUV vollständig eigenständige Bedeutung. Dabei ist freilich den Besonderheiten der digitalen Märkte, etwa eine mögliche Zweiseitigkeit bzgl. Informationsgabe (durch Politiker und Personen des öffentlichen Lebens) und -zugang, Rechnung zu tragen, die das tatsächliche Verdrängungspotenzial der oben exemplarisch ausgeführten Geschäftsidee jedenfalls in Zweifel ziehen kann.

3. Folgen des Kartellverstoßes

Liegt ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV und zugleich etwa gegen Art. 34 DSA vor, ist aus Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 und Art. 74 Abs. 1 DSA nur eine Geldbuße zu verhängen, die sich für die Höhe dann nach der strengeren Vorschrift, also Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 richtet. Art. 23 Abs. 2 lit. a VO 1/2003 erlaubt Geldbußen bis zu 10 % des Umsatzes, der DSA hingegen maximal 6 % des Umsatzes. Hinzu kommen potenzielle Schadensersatzklagen und Unterlassungsklagen Privater (§ 33a bzw. § 33 GWB), die durch die Bindung an kartellbehördliche Entscheidungen (Art. 16 Abs. 1

101 VO (EU) 2024/900 über die Transparenz und das Targeting politischer Verordnungen, ABl. L v. 20.3.2025.

102 S. etwa EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft*, Urteil v. 17. September 2007, ECLI:EU:T:2007:289; auch vertragliche Kopplungsbindung oder sog. mixed bundling können Art. 102 AEUV verletzen, s. T-30/89, *Hilti*, Urteil v. 12. Dezember 1991, ECLI:EU:T:1991:70; T-604/18, *Google and Alphabet*, Urteil v. 14. September 2022.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VO 1/2003 bzw. Art. 9 Abs. 1 Kartellschadensersatz-RL,[103] in Deutschland umgesetzt in § 33b GWB und auf nationales Kartellrecht erstreckt) begünstigt werden. Die privatrechtliche Durchsetzung kann insbesondere für (potentielle) Wettbewerber interessant sein und zugleich ein marktöffnendes Instrument sein, wenn nämlich die Schaffung ungesetzlicher Marktvorteile verhindert wird, die zusätzliche Lock-in-Effekte schafft und ein Multihoming eher zusätzlich unattraktiver macht, zumal auch die Dynamik des Markts durch die Verstärkung der Netzwerkeffekte künstlich weiter verringert wird.[104]

IV. Immaterialgüterrecht als Durchsetzungshelfer?

Beliebtes Mittel des politischen Diskurses sind inzwischen zudem teils extremistische Umarbeitungen bestehender urheberrechtlich geschützter Werke wie etwa im Fall der populär gewordenen Conni-Memes[105]; angesichts eines gewissen Trends zu politischem Merchandising – besonders deutlich unter Trump in den USA[106] – sind insoweit auch Anlehnungen an Marken zu erkennen. Freilich ist diese Entwicklung nicht auf eine Richtung beschränkt, vielmehr werden auch Marken des rechtsextremen Milieus (etwa Thor Steinar durch „Storch Heinar" von den Jusos Mecklenburg-Vorpommern)[107] parodiert.

In der Umarbeitung urheberrechtlich geschützter Werke kann eine Verletzung des Urheberrechts liegen, da schließlich durch den Nutzer eine Bearbeitung (§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG) des Werks öffentlich wiedergegeben (§ 15 Abs. 2 Nr. 2 UrhG), regelmäßig gem. § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht, wird. Eine interessante Frage ist generell, wie Plattformen für urheberrechtsverletzende Inhalte vor allem auf Löschung in Anspruch genommen werden können. Man kann sich dann im Anschluss aber durchaus die Frage stellen, ob sich aus der Verletzung der Pflichten insbes. aus dem DSA nachteilige Folgen für den Plattformbetreiber in Bezug auf seine Haftung für die Verletzung geistiger Eigentumsrechte ergeben können. Dafür muss zunächst grob die Haftung von Plattformen für die Verletzung von Immaterialgüterrechten skizziert werden, bevor anschließend mögliche Konsequenzen der Verletzung von Pflichten aus dem DSA erörtert werden.

103 RL 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 349 v. 5.12.2014.

104 S. zur ökonomischen Analyse möglicher Folgen der Netzwerk- und Lock-in-Effekte *Haucap*, Wirtschaftsdienst 2020/13, S. 20 ff.

105 S. https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/conni-im-meme-fieber-conni-schickt-eine-abmahnung/100140500.html.

106 Vgl. https://www.news.de/politik/858849512/donald-trump-video-entlarvt-made-in-china-merch-kein-america-first-merch-im-trump-store-aus/1/ (15.4.2026).

107 https://storch-heinar.de/ (14.4.2026).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Hintergrund: Plattformhaftung

Die Haftung auch von Plattformen für die Verletzung von Immaterialgüterrechten ist im Grundsatz allgemein anerkannt. Art. 3 Enforcement-RL (EU) verpflichtet die Mitgliedsstaaten zur Sicherstellung einer wirksamen und verhältnismäßigen Durchsetzung der geistigen Eigentumsrechte. Die gleiche Verpflichtung enthält Art. 8 InfoSoc-RL ausdrücklich für das Urheberrecht. Beide Richtlinien (Art. 11 S. 3 Enforcement-RL und Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL) sehen hierfür ausdrücklich auch Unterlassungsanordnungen gegen Mittelspersonen vor. Mittelspersonen sind Dritte, die, ohne selbst Täter oder Teilnehmer (§ 830 BGB) der Rechtsverletzung zu sein, einen für die Verletzung adäquat kausalen Beitrag leisten und sich als sog. cheapest cost avoider[108] in einer besonders günstigen Position für die Abstellung der Rechtsverletzung befinden.[109] Die Unterlassungshaftung kann entweder kraft richterlicher Anordnung erfolgen (im remedy-System, s. 37 Senior Courts Act 1981 (UK)) oder auch von der Verletzung einer Verkehrspflicht abhängig gemacht werden.[110] In Deutschland haften Plattformen grundsätzlich erst für die Verletzung einer Verkehrspflicht, die in Anlehnung an die für den Schadensersatz geltenden Haftungsprivilegierungen (Art. 6 Abs. 1 DSA) des Digital Services Act bestimmt werden, sodass sich trotz verschiedenen europarechtlichen Rahmens (Art. 6 Abs. 4 DSA) eine einheitliche Verkehrspflicht für Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche ergibt.[111] Schadensersatzpflichten setzt Art. 6 Abs. 1 DSA jedenfalls ab dem Zeitpunkt, ab dem infolge Kenntniserlangung der Beitrag hätte geprüft und ggf. gelöscht werden müssen, voraus.[112] Eine reine Unterlassungshaftung bis zum Zeitpunkt, ab dem ein Teilnahmevorsatz angenommen werden kann und § 830 Abs. 2 BGB zur Haftung führt, dürfte wegen mangelnder Durchsetzungsschärfe zugleich auch nicht hinreichend effektiv im Sinne von Art. 3 Enforcement-RL sein, da schließlich der Zeitpunkt der Schadensersatzhaftung auch im Vergleich zum remedy-System, in dem bei Verletzung der (sofort) gerichtlich angeordneten Pflicht eine Schadensersatzpflicht besteht, weit nach hinten verschoben wird, wenn nämlich erst nach Pflichtverletzung ein Unterlassungsanspruch besteht und erst danach irgendwann die Schadensersatzpflicht entstehen kann. Die deutsche Rechtsprechung, die insbesondere im Bereich des Markenrechts wie außerhalb der öffentlichen Wiedergabe im Urheberrecht nur eine Unterlassungshaftung analog § 1004 Abs. 1 BGB vorsieht,[113] dürfte entsprechend unionsrechtswidrig sein. Sie ist darüber hinaus auch konstruktiv und hinsichtlich ihrer Funktionalität zweifelhaft.[114] Dennoch gewährt weiterhin die deutsche Rechtsprechung eine Schadensersatzhaftung von Intermediä-

108 *Leistner*, ZUM 2012/10, S. 723.
109 *Nordemann*, GRUR 2011/11, S. 979.
110 *Zurth*, ZGE 2022/4, S. 369.
111 *Frey*, ZUM 2019/1, S. 45.
112 *Zurth*, ZUM 2021/10, S. 835.
113 BGH GRUR 2021, 730 – Davidoff Hot Water IV; zum Urheberrecht zuletzt BGH GRUR 2024, 1809 Rn. 73, 78 ff. – Manhattan Bridge.
114 Zu vorgebrachten Bedenken etwa *Bersem*, GRUR 2023/6, S. 307; *Hofmann*, ZfPW 2021/4, S. 385; *Ohly*, in: FS Canaris, S. 987 ff.; *Wagner*, GRUR 2020/4, S. 334.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren lediglich im Fall von Patentverletzungen[115] und für die öffentliche Wiedergabe im Urheberrecht,[116] während sonst eine Haftung nur als Störer analog § 1004 Abs. 1 BGB befürwortet wird.[117]

Die Plattformen sind somit mit Kenntniserlangung zur Prüfung des konkreten Beitrags verpflichtet und müssen auch kerngleiche Verletzungen durch zumutbare automatische Prüfung verhindern, ohne dass es hierfür bereits einer richterlichen Anordnung bedürfte.[118] Lediglich eine allgemeine Überwachungspflicht für Beiträge darf es wegen Art. 8 DSA nicht geben.[119]

a) Urheberrechtsrelevantes Verhalten

Relevant für den hier im Mittelpunkt stehenden Meinungsaustausch ist insbesondere die Verletzung von Urheberrechten auf sog. Sharing-Plattformen, wie z. B. im Fall der sog. Conni-Memes.[120]

Hier wird urheberrechtlich geschütztes Material für satirische Darstellungen umgearbeitet und auf Plattformen als Medium der Meinungskommunikation genutzt. Die Nutzung ist aufgrund des Schutzes der Meinungsfreiheit weitgehend durch die Schranke des § 51a UrhG (Parodie, Karikatur und Pastiche) gestattet, erfordert aber eine Interessenabwägung unter der Berücksichtigung auch allgemeiner Wertungen wie dem Diskriminierungsverbot,[121] sodass auch Karikaturen durchaus urheberrechtsverletzend sein können.

Sharing-Plattformen sind Plattformen, die nicht dem Austausch von Waren und Dienstleistungen dienen (wie Online-Marktplätze), sondern in erster Linie im weitesten Sinne der Kommunikation (wie Instagram und X) oder dem direkten Austausch und der Zugänglichmachung von Werken (wie YouTube).[122] Die Zugänglichmachung durch den Nutzer stellt hierbei in der Regel eine öffentliche Wiedergabe dar, sofern nicht bspw. aufgrund eines privaten Accounts oder etwa in einer Face-

115 BGH GRUR 2009, 1142 Rn. 34 – MP3-Player-Import; BGH GRUR 2017, 785 Rn. 52 ff. – Abdichtsystem.

116 S. etwa BGH GRUR 2022, 1328 – uploaded III im Anschluss an EuGH, Rs. C-682/18 und C-683/18, *Frank Peterson/Google LLC, YouTube LLC, YouTube Inc., Google Germany GmbH und Elsevier Inc./Cyando AG*, Urteil v. 22. Juni 2021, ECLI:EU:C:2021:503 = GRUR 2021, 1054 – YouTube und uploaded.

117 Zur Vervielfältigung im Urheberrecht (§ 16 UrhG) BGH GRUR 2024, 1809 Rn. 73, 78 ff. – Manhattan Bridge; zum Markenrecht etwa BGH GRUR 2021, 730 Rn. 35 ff. – Davidoff Hot Water IV, allerdings mit Ausnahme der Fälle, in denen auf einer Online-Plattform der Eindruck eines Eigenangebots der Plattform besteht nach EuGH GRUR 2023, 250 Rn. 43, 48 – Louboutin, da hier im Sinne von Art. 10 MarkenRL (§ 14 Abs. 2 MarkenG) ein eigenes Benutzen der Marke durch die Plattform und damit Täterschaft vorliegen soll.

118 *Zurth*, ZGE 2022/4, S. 374; vgl. auch EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 85: „verhindern" der Verletzung. AA *Frey*, S. 278.

119 Vgl. EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 53 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

120 https://www.wiwo.de/unternehmen/handel/conni-im-meme-fieber-conni-schickt-eine-abmahnung/100140500.html (15.4.2026).

121 EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 29 ff. – Deckmyn.

122 *Hofmann/Specht-Riemenschneider*, ZGE 2021/1, S. 56.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

book-Gruppe[123] nicht „recht viele" Personen Zugriff auf die Inhalte haben oder die Personen als stehender Kreis als private Gruppe zu bewerten sind.[124]

b) Die öffentliche Wiedergabe auf Sharing-Plattformen: UrhDaG oder UrhG?

Bei Sharing-Plattformen ist erneut zu differenzieren: In Anbetracht eines mutmaßlich bestehenden Value-Gap durch die kostenfreie Nutzung von urheberrechtlich geschütztem Material auf Sharing-Plattformen,[125] auf denen Nutzer Inhalte hochladen, hat die EU in Art. 17 Abs. 4 lit. a DSM-RL, umgesetzt im Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG), eine Lizenzierungsobliegenheit für Plattformen festgeschrieben (§ 4 UrhDaG), ohne deren Erfüllung die Plattform stets auf Unterlassung und Schadensersatz haftet, ohne dass es auf die Verletzung weiterer Pflichten ankäme.[126] Das UrhDaG findet jedoch nur auf Plattformen Anwendung, die in einem gewissen Substitutionswettbewerb zu Anbietern von Eigeninhalten stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhDaG, ErwG 62 S. 2 DSM-RL). Auf Dating-Plattformen[127] und auch maßgeblich auf Kommunikation über Redebeiträge ausgerichtete Plattformen wie X[128] und womöglich sogar Facebook[129] findet das UrhDaG daher, anders als z. B. auf Instagram und TikTok, keine Anwendung, sondern es verbleibt bei der Haftung als Intermediär, wie sie vom EuGH zur öffentlichen Wiedergabe in Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL entwickelt wurde.[130]

c) Die öffentliche Wiedergabe gem. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL

Konzentrieren wird sich der Beitrag auf die für den öffentlichen Diskurs noch wichtigeren, auf Kommunikation ausgerichteten Plattformen wie X und Facebook. Am Ende wird allerdings auch die Übertragbarkeit der Ergebnisse auf Plattformen, die dem UrhDaG unterliegen, erörtert werden (3.). Eine öffentliche Wiedergabe nimmt der Europäische Gerichtshof nicht nur bei solchen Handlungen an, die die Herstellung des öffentlichen Zugriffs beherrschen, sondern lässt vielmehr auch mittelbare Beiträge genügen. Erforderlich ist dann allerdings neben der für Sharing-Plattformen zu bejahenden zentralen Rolle in der Herstellung der Zugriffsmöglichkeiten der Öffentlichkeit[131] die Kenntnis der Plattform von den konkreten rechtsverletzenden Beiträgen; Kenntnis vom Vorhandensein auch rechtsverletzender

123 LG München I GRUR-RR 2018, 406 Rn. 27 f. – Mythos H.
124 EuGH, Rs. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook*, Urteil v. 3. Oktober 2019, ECLI:EU:C:2019:821 = GRUR-Int. 2012, 440 Rn. 84.
125 *Leistner/Metzger* IIC 2017/4, S. 384.
126 *Leistner*, ZGE 2020/2, S. 143 ff.
127 *Spindler*, CR 2019/5, S. 284.
128 *Oster*, in: BeckOK-UrhR, § 2 UrhDaG, Rn. 17.
129 *Leistner*, ZGE 2020/2, S. 145.
130 S. maßgeblich EuGH GRUR 2021, 1054 – YouTube und uploaded für Plattformen.
131 EuGH GRUR 2021, S. 1054 Rn. 77 – YouTube und uploaded.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beiträge irgendwo auf der Plattform genügt demgegenüber nicht.[132] Ob eine Plattform die erforderliche Kenntnis hatte, wird allerdings nicht subjektiv, sondern objektiv[133] anhand verschiedener Kriterien wie der Löschung auf Hinweis, dem Ausbleiben von Maßnahmen gegen rechtswidriges Teilen und dem Bereitstellen von Hilfsmitteln bestimmt.[134] Letztlich nimmt eine Plattform eine öffentliche Wiedergabe dann vor, wenn sie die sie treffenden Verkehrspflichten verletzt.[135] Der Inhalt der Verkehrspflicht orientiert sich dabei – trotz Art. 6 Abs. 4 DSA, der Unterlassungsanordnungen von der Privilegierung ausnimmt, einheitlich für Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche[136] – an der Haftungsprivilegierung des Art. 6 Abs. 1 DSA, ergänzt durch die Kriterien der aktiven Rolle in ErwG 18 DSA, die zur Unanwendbarkeit der Haftungsbeschränkung führen und somit aktive Prüfpflichten erlauben.[137] Schließlich sind die vom EuGH angewandten Kriterien identisch mit den die Haftung auf Schadensersatz erlaubenden Fällen der aktiven Rolle in ErwG 18 DSA und der Kenntnis bei neutraler Rolle in Art. 6 DSA. So wird zugleich eine Kollision der Verpflichtung zur Gewährung von Schadensersatz im Falle der Verletzereigenschaft (Art. 8 Abs. 1 InfoSoc-RL, Art. 13 Abs. 1 EnforcementRL) vermieden, weil Verletzer aufgrund eigenen Rechtseingriffs (nämlich eigener öffentlicher Wiedergabe) bereits nur ist, wer die sich aus Art. 6 DSA ergebenden Pflichten verletzt hat. Dadurch verbleibt für eine Plattformhaftung ohne eigene öffentliche Wiedergabe kein Raum,[138] während umgekehrt bei Vorliegen einer öffentlichen Wiedergabe die Haftungsprivilegierungen des Art. 6 DSA nicht eingreifen dürften,[139] selbst wenn die genannten Faktoren für die Bestimmung der Kenntnis der Plattform nur Kriterien und keine starren Voraussetzungen sind.

Zu bedenken ist, dass nicht stets eindeutig sein wird, ob ein Beitrag urheberrechtsverletzend ist oder nicht – etwa im Fall, dass möglicherweise eine Schranke eingreift.[140] Wie unter Geltung des Art. 17 Abs. 4 lit. b, c DSM-RL, für den der EuGH aus dem Spannungsverhältnis aus Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer (Art. 11 GRCh), dem Plattforminteresse an möglichst vielen Beiträgen und dem Interesse der Rechteinhaber an möglichst umfassendem Schutz die Löschungsverpflichtung im Fall *Polen gegen Parlament und Rat*[141] eine Beschränkung der Lö-

132 EuGH GRUR 2021, S. 1054 Rn. 85 – YouTube und uploaded.
133 *Ohly*, ZUM 2017/61(11), S. 801.
134 EuGH GRUR 2021, S. 1054 Rn. 84, 102 – YouTube und uploaded.
135 EuGH GRUR 2021, S. 1054 – YouTube und uploaded; BGH GRUR 2022, 1390 – YouTube II.
136 *Frey*, ZUM 2019/1, S. 45; s. auch BGH GRUR 2021, 730 Rn. 38 – Hot Water Davidoff IV.
137 EuGH, Rs. C-324/09, *L`Oréal/eBay*, Urteil v. 12. Juli 2011, ECLI:EU:C:2011:474 = GRUR 2011, 1025 Rn. 113 ff. zur Vorgängerregel in Art. 14 E-COMMERCE-RL.
138 *Ohly*, NJW 2022/7, S. 2961 Rn. 8.
139 So zurecht BGH GRUR 2024, 1809 Rn. 38 – Manhattan Bridge; BGH GRUR 2025, 1490 Rn. 54 – Content Delivery Network.
140 *Ohly*, JIPLP 2022/2, S. 579 ff.; *Raue*, ZUM 2022/8/9, S. 624.
141 EuGH, Rs. C-401/19, *Polen, Parlament und Rat,* Urteil v. 26. April 2022, ECLI:EU:C:2022:297 = GRUR 2022, S. 820.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schungsverpflichtung auf offensichtliche Rechtsverletzungen gefolgert hat,[142] muss die Beschränkung auf offensichtliche Rechtsverletzungen auch hier gelten. Erstens besteht die Gefahr des Overblocking bei gleichlautenden Interessen im Bereich der öffentlichen Wiedergabe auf Sharing-Plattformen auch hier.[143] Zweitens bleibt auch außerhalb der ausdrücklichen Anordnung des Art. 17 Abs. 7 DSM-RL als Ergebnispflicht die Plattform aus § 241 Abs. 2 BGB dazu verpflichtet, rechtmäßige Beiträge nicht zu löschen.[144] Die Plattform muss aber realistischerweise die Möglichkeit zum objektiv rechtmäßigen Handeln haben, sodass eine eindeutige Vorrangregelung für Zweifelsfälle erforderlich ist.

Dass Plattformen auch bei Inhalten, die demokratiefeindlich sind und etwa rechtsextremistisches Gedankengut verbreiten, haften können, ist somit keine Besonderheit der Digitalregulierung, sondern folgt dem Recht der öffentlichen Wiedergabe im Urheberrecht. Die Doktrin wurde bereits vor dem DSA entwickelt, als noch Art. 14 E-Commerce-RL die maßgeblichen Haftungsbeschränkungen enthielt und letztlich Maßstab der Verkehrspflichten der Plattformen war.[145] Ebenso wenig ist die Haftung europäische Besonderheit, wie z. B. § 512(c) DMCA (US) zeigt.[146]

2. Erhöhte Prüfpflichten von Plattformen bei DSA-Verstößen?

Nachdem nun skizziert ist, wie Plattformen im Allgemeinen für die Verletzung von Urheberrechten haften, ist nun zu klären, welchen Bezug die Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen durch Dritte zur Nichteinhaltung der plattformspezifischen Pflichten des DSA (insbes. Transparenzpflichten und Pflichten in Bezug auf die Empfehlungssysteme) hat. Interessant ist insoweit vor allem die Nutzung von Rechtsverletzungen begünstigenden Empfehlungssystemen, die – wie im Falle von X und TikTok bisweilen vermutet[147] – bestimmte, in der Regel extremistische, politische Positionen begünstigt und dadurch über die bloße Kopplung an festgestellte Nutzerinteressen hinaus Einfluss auf die Verbreitung von Beiträgen nimmt. Haftungsvoraussetzung ist freilich überhaupt zunächst eine Rechtsverletzung – sei es eines Immaterialrechtsguts oder auch des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Plattformhaftung schafft nämlich keine eigenständigen absoluten Rechte und erlaubt auch nicht die Haftung schon im Vorfeld der Verletzung, wie es bei § 14 Abs. 4 MarkenG und § 10 PatG der Fall ist.[148] Die Kausalität der Plattformbereitstellung für die Rechtsverletzung wird grundsätzlich ebenfalls unproblematisch zu bejahen sein. Relevante Stellschraube für den Umfang der Haftung ist die Reichweite der

142 EuGH GRUR 2022, S. 820 Rn. 85 ff. – Polen/Parlament und Rat; *Raue*, ZUM 2022/66(8/9), S. 630.
143 *Ohly*, JIPLP 2022/2, S. 580.
144 S. etwa OLG München MMR 2018, 760 Rn. 16 ff.
145 BGH GRUR 2021, 730 Rn. 38 – Hot Water Davidoff IV.
146 *Zurth*, ZUM 2021/10, S. 834.
147 https://netzpolitik.org/2025/studien-zu-algorithmen-tiktok-und-x-pushen-rechte-parteien/ (15.4.2026).
148 *Ahrens*, WRP 2007/11, S. 1290.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verkehrspflicht der Plattform für die verletzenden Inhalte der Nutzer, über die letztlich zwischen den Geschäftsmodellen von Plattformen differenziert wird.[149]

a) Berücksichtigung der Pflichten des DSA in der Verkehrspflicht

In der Literatur wird die Berücksichtigung von Verstößen gegen den DSA im Umfang der Verkehrspflicht grundsätzlich befürwortet,[150] ohne dass allerdings die Ausgestaltung und mögliche Grenzen der Berücksichtigung geklärt wären. Der EuGH hat im Fall *YouTube und uploaded* auf die Vorschriften des DSA bzw. der Vorgängernorm des Art. 14 E-Commerce-RL im Rahmen der Haftungsbegründung keinen direkten Bezug genommen. Vielmehr hat er angenommen, dass die Anwendung des Art. 14 E-Commerce-RL letztlich wegen der nicht neutralen Rolle einer Plattform, die eine eigene öffentliche Wiedergabe vornimmt, nicht in Betracht komme.[151] Der BGH hat hieraus zutreffend ein faktisches Ausschlussverhältnis von öffentlicher Wiedergabe und Anwendbarkeit der Privilegierung geschlossen.[152] Wie oben (D.IV.1.c.) erläutert wurde, sind die Pflichten aus dem DSA und die Pflichten, die zur Vermeidung einer eigenen öffentlichen Wiedergabe und damit der Verletzereigenschaft iSv Art. 8 Abs. 1 InfoSoc-RL, 13 Abs. 1 EnforcementRL einzuhalten sind, inhaltsgleich. So lässt sich eine Kollision der Schadensersatzanordnung in Art. 13 Abs. 1 EnforcementRL und der Haftungsprivilegierung (Art. 6 DSA) vermeiden; zugleich überschneiden sich die Kriterien, die der EuGH anlegt, genau mit den Fällen, in denen der DSA eine Haftung auf Schadensersatz ermöglicht.[153] Damit ist klar: Entscheidend für das Vorliegen einer eigenen öffentlichen Wiedergabe im Urheberrecht ist, ob die Plattform (1) eine aktive Rolle nach ErwG 18 DSA inne hat oder (2) konkrete Kenntnis vom Inhalt und dessen Rechtswidrigkeit hatte. Es gibt allerdings eine dritte (praktisch weniger bedeutsame) Voraussetzung: Es bedarf einer zentralen Rolle der Plattform, die allerdings mit der aktiven Rolle nicht gleichzusetzen ist. Die aktive Rolle ist vielmehr erst im Rahmen der Vorsätzlichkeit als verkehrspflichtenbestimmter Voraussetzung relevant. Die zentrale Rolle ist für Sharing-Plattformen, auf denen also Inhalte geteilt werden, ohne dass der primäre Zweck außerhalb des Plattform läge, wie es etwa bei Online-Marktplätzen mit Blick auf den Warenaustausch ist, grundsätzlich zu bejahen.[154] Selbst für Online-Marktplätze hat der BGH die aktive Rolle bejaht;[155] dies kann mit Blick auf die verschiedene wirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Wiedergabe und das Fehlen eines mit der Plattformleistung korrespondierenden Lizenzmarkts allerdings durchaus

149 *Hofmann/Specht-Riemenschneider*, ZGE 2021/1, S. 48 ff.
150 *Leistner*, in: Schricker/Loewenheim/Leistner/Ohly, § 97 UrhG, Rn. 110; *Zurth*, GRUR 2023/19, S. 1333.
151 EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 107 ff. – YouTube und uploaded.
152 BGH GRUR 2024, 1809 Rn. 38 – Manhattan Bridge; BGH GRUR 2025, 1490 Rn. 54 – Content Delivery Network.
153 EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 107 ff. – YouTube und uploaded.
154 EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 77 – YouTube und uploaded.
155 BGH GRUR 2024, 1809 – Manhattan Bridge; zurecht krit. hierzu *Tiessen*, ZUM 2025/2, S. 149.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kritisch betrachtet werden.[156] Wird die Haftung für eigene öffentliche Wiedergabe mit diesem Argument (wie hier) für Online-Marktplätze verneint, käme nach Ansicht des BGH eine Haftung nur als Störer auf Unterlassen analog § 1004 Abs. 1 BGB,[157] richtigerweise aber eine in den Rechtsfolgen mit erstgenannter Lösung (Schadensersatz und Unterlassung, lediglich kein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB)[158] identische nebentäterschaftliche Haftung, bei der trotz fehlenden eigenen Eingriffs die Plattform „Verletzer" des Urheberrechts iSv § 97 Abs. 1 UrhG ist, in Betracht. Wie in § 823 Abs. 1 BGB ist Verletzer nicht nur, wer die Verletzungshandlung im Sinne des Eingriffs in das Rechtebündel selbst vornimmt.[159] Die Überlegungen zur Verkehrspflicht gelten gleichermaßen auch im Rahmen der Störerhaftung[160] und bei der nebentäterschaftlichen Deliktshaftung, obwohl bei ersterer eine weitgehendere Verkehrspflicht denkbar wäre, weil Art. 6 Abs. 4 DSA das Haftungsprivileg insoweit für unanwendbar erklärt. Die Störerhaftung ist in Bezug auf die Voraussetzung einer Verkehrspflichtverletzung europarechtskonform, nach hier vertretener Auffassung nicht aber in der Ausprägung, dass keine Schadensersatzansprüche bestehen,[161] sondern diese erst wesentlich später zugestanden werden, weil es der Störerhaftung insoweit an der unter Art. 3 EnforcementRL erforderlichen Durchsetzungsschärfe fehlt. Zusätzlich bestünden Schadensersatzansprüche wenig überzeugend selbst bei aktiver Rolle der Plattform erst, sobald ein Teilnahmevorsatz anzunehmen ist und damit nicht früher als bei neutralen Plattformen. Auch privatrechtsdogmatisch überzeugt die Störerhaftung konstruktiv nicht,[162] weil es sich bei der Verkehrspflicht anders als beim Zustandsstörer im Eigentumsrecht[163] um eine deliktische Pflicht handelt, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen muss.

b) Pflichtenverstoß als aktive Rolle?

Die Frage, die sich somit stellt, ist, ob der Verstoß gegen eine Pflicht der Plattform aus dem DSA zur Innehabung einer aktiven Rolle nach ErwG 18 DSA führt. Zunächst ist festzuhalten, dass jedenfalls nicht jeder Pflichtverstoß zur Innehabung einer aktiven Rolle führt. Schließlich ist die aktive Rolle immer mit Blick auf den konkreten Rechtsverstoß zu bestimmen.[164] Die privatrechtliche Plattformhaftung

156 *Tiessen*, ZUM 2025/2, S. 150.
157 BGH GRUR 2021, 730 – Hot Water Davidoff IV.
158 BGH GRUR 2022, 1308 Rn 95 f. – YouTube II.
159 Grundlegend RGZ 52, 373; für Art. 63 Abs. 1, 68 Abs. 1 EPGÜ kürzlich EPG GRUR 2026, 57 Rn. 180 ff. – Belkin/Philips.
160 Zuletzt BGH GRUR 2024, 1809 Rn. 73 ff. – Manhattan Bridge zur Vervielfältigung im Urheberrecht.
161 Zweifelnd auch *Zurth*, ZGE 2022/4, S. 394 ff.
162 Krit. auch *Ohly*, NJW 2022/2, 2961; *Ohly*, FS Canaris, S. 992 ff.; *Wagner*, GRUR 2020/4, S. 329.
163 BGH NJW 2018, 1542 Rn. 8 f.
164 BGH MMR 2012, 815 Rn. 6 – Stiftparfüm-Anhörungsrüge; *Leistner*, in: Schricker/Loewenheim/Leistner/Ohly, § 97 UrhG, Rn. 98.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann damit mittelbar der Durchsetzung des DSA ggf. dienen, hat diese aber nicht zum eigentlichen Ziel.[165] Entscheidend ist vielmehr, ob sich der Pflichtenverstoß auf die Rechtsverletzung und ihre Intensität konkret ausgewirkt hat. Dies muss zusätzlich in vorhersehbarer Weise geschehen, d. h., dass eine Plattform wissen muss, dass ihr Rechtsverstoß rechtsverletzende Beiträge statistisch begünstigt. Zunächst scheint gegen die Berücksichtigung des Pflichtenverstoßes in der Verkehrspflicht und deren Umfang zu sprechen, dass die Pflichten aus Art. 34, 35 DSA freilich nicht den Inhaber des Immaterialgüterrechts schützen. Zwischen Pflichtverletzung und Verletzung muss allerdings der Schutzzweckzusammenhang erfüllt sein, damit die Haftung des mittelbaren Verletzers in Betracht kommt.[166] Allerdings begründet nicht die Verletzung der Pflicht die Haftung unmittelbar, sondern wird lediglich für den Umfang der Prüfungspflichten berücksichtigt. Genau wie etwa die Kommerzialität einer Plattform höhere Prüfungspflichten begründen kann,[167] gilt dies auch für Pflichtverstöße, die auf die Verbreitung von Beiträgen Einfluss haben, ohne dass dieser Einfluss (anders als die Verletzung des DSA selbst) konkret nachgewiesen werden müsste. Transparenzpflichtverletzungen können bei kommerziellem Effekt zugunsten der Plattform ebenfalls die Zumutbarkeit erhöhter Prüfpflichten begründen, reichen aber nicht schon für sich genommen aus, um proaktive Prüfpflichten aufgrund einer aktiven Rolle zu begründen. Eine Verkehrspflichtverletzung liegt bei der Annahme proaktiver Prüfpflichten grundsätzlich schon dann vor, wenn es zur Verletzung kommt und diese offensichtlich ist, da dann schon ohne entsprechenden Hinweis eine Löschungspflicht bestanden hätte. Offensichtlich rechtsverletzend sind im Bereich des Urheberrechts regelmäßig auch diskriminierende Beiträge, die schließlich sowohl § 14 UrhG verletzen als auch bzgl. ihrer öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 UrhG) regelmäßig nicht durch die Schranke des § 51a UrhG gedeckt sind, weil ein (wohl sogar unterstelltes) Urheberinteresse an der nur diskriminierungsfreien und wohl auch nicht-demokratieschädigenden Wiedergabe im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt wird,[168] was angesichts möglichen Inverbindungbringens des veränderten Werks mit dem Urheber und den daraus folgenden Beeinträchtigungen der geschützten Verwertung auch überzeugt, ohne dass es auf die Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts ankäme.[169] So ist richtigerweise auch im nicht persönlichkeitsrechtlich verwurzelten Markenrecht für die Frage einer unlauteren Benutzung (im Rahmen des § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 MarkenG, der

165 S. bereits ausführlich oben unter C.II.

166 Allg. *Larenz/Canaris*, § 76 SR BT II, III. Ausnahme ist insoweit aufgrund der (zweifelhaften) Rspr. des EuGH die Erweckung des Eindrucks eines Eigenangebots, bei der die Plattform aufgrund der Verletzung der nutzerschützenden Transparenzpflicht täterschaftlich haften soll, s. EuGH, Rs. C-148/21 und C-184/21, *Louboutin,* Urteil v. 22. Dezember 2022, ECLI:EU:C:2022:1016 = GRUR 2023, 250 Rn. 48 ff. – Louboutin.

167 *Hofmann/Specht-Riemenschneider*, ZGE 2021/1, S. 57; vgl. auch EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 83, 86 – YouTube und uploaded.

168 EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 29 ff. – Deckmyn.

169 Tendenziell krit. *Haedicke*, GRUR Int. 2015/17, S. 668 f.; *Klass*, ZUM 2015/4, S. 294; *Leistner/Roder*, ZfPW 2016/2, S. 153.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf Art. 10 MarkenRL beruht) die Diskriminierung zu berücksichtigen.[170] Fragen kann man zusätzlich, ob auch objektiv das Urheberrecht eine über die Anreizschaffung[171] hinausgehende Gemeinwohlfunktion erfüllen soll.[172]

Aufgrund der Auslegung des § 51a UrhG ist sogar anzunehmen, dass Empfehlungssysteme, die extremistische Beiträge bevorzugen, zugleich tendenziell die Reichweite urheberrechtsverletzender Beiträge erhöhen. Dies spricht zusätzlich dafür, dass die Verletzung der Pflichten aus Art. 34, 35 DSA zu höheren, nämlich aktiven und ggf. auch nicht mehr nur automatischen, Prüfpflichten führen müssen. Um aber nicht die Plattformhaftung über die Maßen auszudehnen, wird es erforderlich sein, dass sich das durch die DSA-Pflichtverletzung gesetzte Risiko der Bevorzugung extremistischer Beiträge auch realisiert. Dies ist nur dann der Fall, wenn das Werk aufgrund eines solchen extremistischen Inhalts urheberrechtsverletzend ist, zumal ein Einfluss auf die Reichweite in dem Sinne, dass ein (nicht-extremistischer) urheberrechtsverletzender Beitrag weniger Reichweite erhält, freilich nicht die Haftung verschärfen kann. Schließlich ist auch die Betroffenheit des Urheberrechts hier sogar geringer und kann daher nicht erhöhte Prüfpflichten rechtfertigen.

Damit ergibt sich das Folgende: Eine Plattform haftet grundsätzlich schon ohne Kenntnis von der Verletzung bei aufgrund extremistischer Werknutzung urheberrechtsverletzenden Uploads, wenn ihre Empfehlungssysteme extremistische Beiträge begünstigen. Sie haftet jedoch nicht für andere urheberrechtsverletzende Beiträge verschärft, da die Pflichtverletzung insoweit jedenfalls nicht schon abstrakt eine aktive Rolle begründet (vielmehr müsste im konkreten Fall – was kaum möglich ist – eine erhöhte Reichweite dargelegt werden).

3. Übertragbarkeit bei Geltung des UrhDaG

Für Sharing-Plattformen wie TikTok, YouTube und Instagram gilt regelmäßig das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG), das eine eigene öffentliche Wiedergabe von Plattformen vorsieht (§ 1 Abs. 1) und die urheberrechtliche Haftung von der Nichteinhaltung bestimmter Verkehrspflichten abhängig macht (§§ 1 Abs. 2, 4 ff. UrhDaG). Plattformen haften demnach, wenn sie entweder ihrer – aufgrund einer mutmaßlichen Value-Gap zulasten der Urheber und angesichts des Wettbewerbsverhältnisses zu Eigeninhalteanbietern bestehenden (vgl. ErwG 62 DSM-RL) – Lizenzierungspflicht (§ 4 UrhDaG) nicht nachkommen oder – im Falle nicht durch die Lizenzierung gedeckter Nutzungen – trotz Kenntnis von der Verlet-

170 S. auch GA Szpunar BeckRS 2025, 30828 – Inter IKEA Systems BV/Algemeen Vlaams Belang VZW.

171 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008/6, 479 (488); *Ohly*, JZ 2003/22, S. 549.

172 Friktionen zur Schutzfähigkeit etwa volksverhetzender Werke ergeben sich nicht zwingend, wenn man bedenkt, dass ein maßgeblicher Schaffensanreiz vom Urheberrecht nicht ausgehen wird und lediglich die Weiterverbreitung sogar erschwert wird; näher zur möglichen Charakterisierung des Urheberrechts als Antidiskriminierungsrecht, s. *Liebenau*, in: Sappa, S. 229; zur weiteren Bedeutung von Allgemeininteressen außerhalb bloßer Anreizfunktionen (auch als Ziel und Rechtfertigung des Urheberrechts) s. *William Fisher*, in: Stephen Munzer (Hrsg.), S. 168 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zung nicht offensichtlich[173] verletzende Beiträge entfernen und kerngleiche Verletzungen durch automatische Filterung für die Zukunft verhindern (§§ 7, 8 UrhDaG). Die Haftungsprivilegierungen des DSA finden dabei keine Anwendung (§ 1 Abs. 3) und auch die Verkehrspflichten werden nicht in Anlehnung an diesen bestimmt. Entsprechend kann hier nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Pflichten aus dem DSA zu erhöhten Verkehrspflichten über die Annahme einer aktiven Rolle führen können. § 1 Abs. 4 UrhDaG hilft insoweit nicht ab, da dieser die Enthaftungsvoraussetzungen nur dann für unanwendbar erklärt, wenn der Hauptzweck der Plattform in der Förderung der Rechtsverletzung liegt. Für TikTok wäre dies bspw. nicht anzunehmen.[174]

Allerdings erscheint eine Einbeziehung in die Verkehrspflicht anderweitig erwägenswert: Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL sieht vor, dass eine Sharing-Plattform nur dann nicht für ihre öffentliche Wiedergabe haftet, wenn sie „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind". Der EuGH hat im Fall *Polen/Parlament und Rat* vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit der Nutzer und zum Schutz vor einem Overblocking angesichts der konfligierenden Pflichten der Plattformen (Verkehrspflicht zugunsten der Rechteinhaber; Schutzpflicht zugunsten der Nutzer aus Art. 17 Abs. 7 DSM-RL) entschieden, dass nur offensichtlich rechtswidrige Beiträge zu löschen sind und dass eine Prüfungspflicht grundsätzlich nur nach Kenntnis der Plattform besteht.[175] Zusätzlich legt Art. 17 Abs. 8 DSM-RL fest, dass keine allgemeine Überwachungspflicht besteht. Die EuGH-Entscheidung steht einer Auslegung dahingehend, dass der Verstoß gegen Pflichten über die Empfehlungssysteme (Art. 34, 35 DSA) erhöhte – nämlich proaktive und auf offensichtliche Verletzungen nicht notwendig beschränkte – Prüf- und Löschungspflichten begründet, nicht entgegen: Dass die Plattform Pflichten verletzt und dadurch die Verletzung vertieft, begründet vielmehr, dass der Plattform zusätzliche Haftungsrisiken zufallen können. Die Gefahr des Overblocking besteht nicht wie im Normalfall, wenn nur für begünstigte Beiträge – wobei hierfür eine entsprechende Vermutung bei typischerweise gegen Art. 34, 35 DSA verstoßenden Systemen bestehen kann – die erhöhte Pflicht besteht, sodass die Plattform zur Haftungsvermeidung nicht löschen, sondern lediglich anderweitige Pflichten einhalten muss. Schließlich hat offensichtlich die Plattform ein der Löschung entgegengesetztes Eigeninteresse, das über das Interesse an großem Nutzungsvolumen hinausgeht. Art. 17 DSM-RL sollte auch nicht privilegierend für Plattformen wirken, sondern

173 EuGH GRUR 2022, 820 Rn. 85 ff. – Polen/Parlament und Rat; *Raue*, ZUM 2022/8/9, S. 630.

174 Für X gilt hingegen ohnehin nicht das UrhDaG, da es am Wettbewerbsverhältnis iSv § 2 Abs. 1 Nr. 4 fehlt, sodass hier § 15 Abs. 2 UrhG maßgeblich bleibt, für den Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL und der DSA gelten.

175 EuGH GRUR 2022, 820 Rn. 85 ff. – Polen/Parlament und Rat.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Haftungsmodell unter Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL legislativ weiterentwickeln.[176] Vor dem Hintergrund der Kommunikationsfreiheiten muss allerdings auch hier der konkrete Bezug zum jeweils verletzenden Inhalt bestehen, kann aber wegen der Informationsasymmetrien zwischen Plattform und Verletztem vermutet werden, wenn die Empfehlungssysteme den Pflichten aus Art. 34, 35 DSA nicht entsprechen.

4. Übertragung auf andere Immaterialgüterrechte

Grundsätzlich sind die Ausführungen zur Verkehrspflicht nicht auf das Urheberrecht beschränkt. Auch die Verwendung von markengeschützten Zeichen ist eher verletzend im Falle einer Benutzung für extremistisches Gedankengut, sofern sie nicht im privaten Bereich erfolgt;[177] selbst dann kommt aber immer noch eine Haftung wegen des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB analog) in Betracht, wenn nicht die Meinungsfreiheit (wie bei der Unlauterkeit des Nutzung in § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 MarkenG) die Interessen des Markeninhabers überwiegt.[178] Daher wird man auch hier bei Begünstigung extremistischer Beiträge im Allgemeinen auf eine aktive Rolle für die Verletzung der Marke schließen dürfen, ohne dass es des konkreten Beweises erhöhter Reichweite bedürfte. Gleiches gilt für diskriminierende Beiträge, die das Allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Dritten verletzen. Anderes gilt allerdings für das Patentrecht, das keinen Ruf schützt und das kaum durch eine Plattform diskriminierend verwendet werden kann, sodass die hiesigen Ausführungen insoweit nicht passen. Es fehlt an der Verwirklichung der durch die Pflichtverletzung gesetzten Gefahr für eine jedenfalls statistisch erhöhte Gefahr von schwerwiegenderen Rechtsverletzungen.

5. Zwischenergebnis

Plattformen kann für die Verletzung von Immaterialgüterrechten ein zusätzliches Haftungsrisiko treffen, da sie durch die Verletzung der Pflichten aus dem DSA eine aktive Rolle bzgl. der Verletzung einnehmen können – der Einfluss auf den konkreten Beitrag ist ggf. (sowohl bei Geltung der Privilegierung aus Art. 6 DSA als auch unter Art. 17 DSM-RL) zu vermuten. Damit kann auch das Immaterialgüterrecht letztlich funktionsgerecht und ohne bloßer Durchsetzungshelfer des DSA zu werden zum effektiven private enforcement beitragen.

176 *Leistner*, ZGE 2020/2, S. 132 ff.; *Leistner*, ZUM 2020/12, S. 907.

177 Ausreichend für eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr soll nach der zweifelhaften Ansicht des GA Szpunar (BeckRS 2025, 30828 Rn. 47 ff.) allerdings auch die Verwendung auf Wahlplakaten sein, die letztlich mittelbar auch der Generierung von Wahlkampfspenden und staatlicher Parteienfinanzierung diene.

178 So auch GA Szpunar BeckRS 2025, 30828 – IKEA.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

V. Nutzerrechte als Durchsetzungsmechanismus?

Die Regulierung muss freilich zugleich die Meinungsfreiheit der Nutzer berücksichtigen, die schließlich ebenfalls betroffen wird. Art. 14 Abs. 4 DSA legt fest, dass die Plattformen „sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig" vorgehen und „dabei die Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie die Grundrechte der Nutzer" berücksichtigen müssen. Zwei Fragen stellen sich entsprechend: Erstens (1.) kann sich die Frage nach Ansprüchen eines Nutzers stellen, dessen Beiträge gelöscht worden sind. Zweitens (2.) muss die Frage aufgeworfen werden, ob Nutzern qua Nutzungsvertrags Ansprüche auf die Löschung zwar rechtmäßiger (und daher der Mithaftung nach außen nicht unterliegender), aber AGB-widriger Beiträge besteht.

1. Wiederherstellungsansprüche bei gelöschten Inhalten

Den Nutzern muss die Möglichkeit verbleiben, ihre Meinungen auf den Plattformen frei zu teilen, seien sie mehrheitsfähig oder nicht.[179] Dabei entscheidet über die Zulässigkeit von Sperrungen wesentlich das nationale Recht, da Art. 20 Abs. 4 S. 2 Var. 2, 3 DSA erst im Rahmen des plattforminternen Beschwerdemanagements einen sog. Put-back-Anspruch vorsieht,[180] der allerdings die möglichen Regelungen in den AGB der Plattformen voraussetzt und nicht selbst adressiert. Art. 14 Abs. 4 DSA bestimmt allerdings, dass im Rahmen der Durchsetzung der AGB eine verhältnismäßige Abwägung betroffener Grundrechte der Nutzer durch die Plattform erforderlich ist. Verstoßen die AGB gegen diese Vorschrift, wird auch die Nichtigkeit der AGB gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB anzunehmen sein; Art. 14 Abs. 4 DSA verdrängt die §§ 307 ff. BGB allerdings nicht, weil er nur die Durchführung der Inhaltemoderation, aber nicht ihren Inhalt in den AGB betrifft. Dies stellen ErwG 45, 47 DSA klar, die nämlich deutlich auch den Inhalt der AGB in Bezug nehmen.[181] Die vom BGH angenommene Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in ihrer Ausprägung als objektive Werteordnung[182] bleibt dadurch für die Inhaltskontrolle maßgeblich; zugleich muss der Maßstab sich an Art. 14 Abs. 4 DSA orientieren, da das Transparenzziel nur verwirklicht werden kann, wenn sich in der Durchführung und vertraglich Erlaubtes decken. Feststeht weiterhin, dass Plattformen zur Inhaltemoderation auch bei rechtmäßigen Beiträgen berechtigt sind, wofür ihre eigene Meinungsfreiheit spricht[183] und zudem das Spannungsverhältnis aus Schutzpflichten gegenüber Nutzern und Verkehrspflichten gegenüber möglicherweise durch Nutzerbeiträge verletzte Dritte (s. dazu näher D.IV.), sodass eine weitergehende AGB-Regelung zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit der Plattform

179 BGH NJW 2021, 3179 – Hassrede.
180 *Holznagel*, CR 2022/9, S. 598; *Zurth*, GRUR 2023/19, S. 1333; *Zurth*, RDi 2024/11, S. 573.
181 *Jennerjahn*, MMR 2025/4, S. 249.
182 BGH NJW 2021, 3179 Rn. 72 ff. – Hassrede.
183 BGH NJW 2021, 3179 Rn. 74 – Hassrede.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

möglich sein muss. Die AGB müssen allerdings der Gatekeeper-Stellung der Plattform gerecht werden und einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Pflichten und Interessen schaffen.

Die Nichtigkeit der AGB kann dann dazu führen, dass Beiträge, die auf ihrer Grundlage gelöscht worden sind, wiederhergestellt werden müssen, wofür nach Ansicht der Rspr. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB die richtige Anspruchsgrundlage darstellen.[184] Zusätzlich dürfte ein Anspruch auf Unterlassung von Löschungen aufgrund der nichtigen AGB für die Zukunft aus dem Vertrag bestehen, selbst wenn ein Unterlassungsanspruch mit Blick auf Schutzpflichten im BGB nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Es ist nämlich unzumutbar, dass weitere Rechtsverletzungen erst hingenommen werden müssen. Der BGH hat an anderer Stelle zudem anerkannt, dass ausnahmsweise auch Ansprüche auf Unterlassung einer Schutzpflichtverletzung in Betracht kommen können;[185] denkbar wäre insoweit auch ein analoger Rückgriff auf § 1004 BGB, der schließlich auch im Verhältnis zu § 823 Abs. 2 BGB bestehen soll und sich hier aufgrund der Kodifizierung der Maßstäbe in Art. 14 DSA wenig unterscheidet. Die Nichtigkeit der AGB kann insgesamt zudem im Wege einer Unterlassungsklage nach §§ 1, 3 UKlaG geltend gemacht werden; ebenso auch Verstöße gegen verbraucherindividualschützende Normen[186] des DSA (§ 2 Abs. 2 Nr. 57 UKlaG), wozu nach richtiger Ansicht auch der gesamte Art. 14 DSA gehört, auch wenn im Mittelpunkt nicht die Information des Verbrauchers steht, der schließlich an der Information meist gar kein Interesse haben wird, sondern vielmehr eine Einhegung der Macht der Plattformen über Diskursräume durch Ermöglichung einer Ex-post-Kontrolle.[187] Hier führt der Verstoß daher zugleich über § 3a UWG zur Unlauterkeit der Praxis der Plattform (s. auch unter D.II.), sodass auch Mitbewerber über § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 iVm §§ 3 Abs. 1, 3a UWG vorgehen können.

Die Verstöße aufgrund der AGB können auch im Rahmen des plattforminternen Beschwerdeverfahrens nach Art. 20 DSA geltend gemacht werden,[188] das den gerichtlichen Zugang allerdings nicht sperrt.

2. Löschungsanspruch gegen AGB-widrige Beiträge anderer Nutzer

Diskutiert wurde in der Literatur zuletzt auch die Frage, ob Nutzer einen Anspruch auf die Durchsetzung der geltenden AGB in der Weise haben, dass nach diesen nicht geduldete Beiträge moderiert und ggf. gelöscht werden.[189] Ein solcher Anspruch

184 OLG München MMR 2018, 760 Rn. 16 ff.
185 BGH NJW 2024, 3375 Rn. 14 – Tierkrankenwagen.
186 Die Prüfung des Verbraucherschützenden Sinns einer konkreten Vorschrift ist wegen des Generalverweises auf den DSA allerdings erforderlich, Abs. 2 ist schließlich (richtlinienkonform) nur „insbesondere"-Aufzählung zu § 2 Abs. 1 UKlaG, s. *Steinrötter*, MMR 2026/1, S. 4 f.
187 Vgl. *Leerssen*, Computer Law & Security Review 48/105790, 6 f.; zweifelnd *Steinrötter*, MMR 2026/1, S. 6 ff.
188 *Knapp/Wehde*, NJW 2026/1-2, S. 119, Rn. 7.
189 *Holznagel*, CR 2023/8, S. 539.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

solle aus § 241 Abs. 2 BGB als ausnahmsweise zu gewährender Beseitigungsanspruch für den AGB-widrigen Inhalt bestehen.[190] Begründet wird dies damit, dass Art. 14 Abs. 4 DSA bzw. die Ausstrahlung der (Gleichheits-) Grundrechte über die AGB dazu führe, dass eine gleichmäßige Anwendung der AGB zur vertraglichen Pflicht erwachse.[191] Art. 6 DSA steht dann wegen dessen Abs. 4 nicht grundsätzlich entgegen, da nur Schadensersatzansprüche – und auch nur für den Verletzten, nicht für Nutzer – vom Privileg erfasst sind.[192]

Schon oben (C.I.4.) wurde dargelegt, dass eine Prüfpflicht von Inhalten für rechtmäßige Beiträge nicht in Betracht kommt. Diese Wertung darf nicht vertragsrechtlich unterlaufen werden. Vorgeschlagen (aber auch verworfen) wurde deshalb eine analoge (da Art. 6 DSA nur gegen Gesetze verstoßende und nicht bloß AGB-widrige Beiträge betrifft, s. Art. 3 lit. h DSA)[193] Anwendung des Art. 6 DSA in der Weise, dass erst nach Kenntnis ein entsprechender vertraglicher Anspruch in Betracht komme.[194] Zu beachten ist allerdings, dass Art. 6 DSA diese Wertung für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche wegen seines Abs. 4 nicht selbst enthält, sondern die deutsche Dogmatik für die Beschränkung der Unterlassungsansprüche verantwortlich ist, weil § 1004 BGB für mittelbare Beiträge eine solche grundsätzlich voraussetzt.[195] Die Europarechtskonformität der Praxis im Bereich des Immaterialgüterrechts hat der EuGH in *YouTube und uploaded* bestätigt.[196]

Tatsächlich wird eine Verpflichtung zur Inhaltemoderation (einschließlich der Löschung) auf vertraglichem Wege insgesamt abzulehnen sein. Erstens besteht ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch grundsätzlich richtigerweise im Vorfeld der Verletzung nur dann, wenn überhaupt ein Schaden droht. Ein solcher ist allerdings für das Ausbleiben der Inhaltemoderation nicht ersichtlich. Schließlich erwächst aus der Meinungsfreiheit kein eigener Anspruch darauf, dass der eigene Beitrag in einer bestimmten, auch nur den Pflichten aus Art. 34, 35 DSA entsprechenden Weise (neutraler Empfehlungssysteme) verbreitet wird. Entsprechend steht kein schutzwürdiges Interesse des Nutzers inmitten. Eine faktisch ungleiche Anwendung der AGB hat allerdings die Nichtigkeit eben dieser AGB zur Folge, weil den Bedingungen des Art. 14 Abs. 4 DSA und des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht genügt ist und die Praxis damit gegen den DSA verstößt, die aber in den AGB zutreffend abgebildet sein muss, sodass die Inhaltemoderation insgesamt scheitert und die Plattform das Spannungsfeld ihrer verschiedenen Pflichten nicht rechtssicherer auflösen kann – sie ist allerdings zur Inhaltemoderation und auch entsprechenden AGB nicht verpflichtet, sondern kann sie allenfalls zu ihrem Vorteil einsetzen. Es wäre auch grundrechtlich (vor allem angesichts der Meimungsfreiheit

190 *Holznagel*, CR 2023/8, S. 539.
191 S. *Holznagel*, CR 2023/8, S. 539; auch *Knapp/Wehde*, NJW 2026/1-2, S. 119.
192 *Knapp/Wehde*, NJW 2026/1-2, S. 119 Rn. 8 f.
193 *Knapp/Wehde*, NJW 2026/1-2, S. 119 Rn. 9.
194 *Knapp/Wehde*, NJW 2026/1-2, S. 119 Rn. 10 ff.
195 S. *Frey*, ZUM 2019/1, S. 45; zur Dogmatik des § 1004 BGB insoweit näher *Günther/Borgwardt*, ZUR 2026/4, S. 218.
196 EuGH GRUR 2021, 1054 Rn. 85 ff. – YouTube und uploaded.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Plattform nach Art. 11 GRCh, durch die die Inhaltemoderation geschützt ist)[197] bedenklich, wenn mit Mitteln des Vertragsrechts letztlich eine Verpflichtung zur Löschung bestimmter Beiträge bestehen könnte. Die Sanktion besteht umgekehrt vielmehr in der Rechtsunsicherheit, die daraus folgt, dass mangels wirksamer AGB mit Mitteln des Vertragsrechts die Löschung rechtmäßiger Beiträge gar nicht mehr in Betracht kommt. Dennoch wird die Plattform ein Meldeverfahren analog Art. 16, 22 DSA praktisch vorsehen müssen, damit sie ihren Pflichten in Bezug auf Empfehlungssysteme (Art. 34, 35 DSA) besser nachkommen kann (C.I.4.).

E. Fazit und Ausblick

Plattformen stellen eine der größten Herausforderungen und auch Chancen für die heutige Demokratie dar. Sie bieten erhebliche Chancen für den Wandel zu einer partizipativen (Schwarm-) Demokratie, aber gleichzeitig aufgrund strukturell begründeter Defizite auch Gefahren für den demokratischen Prozess und Wettbewerb. Der Beitrag hat gezeigt, dass die europäischen Instrumente dem jedenfalls zu einem erheblichen Teil abhelfen können und dabei einen angemessenen Ausgleich widerstreitender Interessen und grundrechtlich geschützter Positionen herstellen. Entscheidend ist allerdings die Durchsetzung dieser Vorschriften, die öffentlichrechtlich derzeit schwierig erscheint, aber durch verschiedene privatrechtliche Instrumente jedenfalls mittelbar in Betracht kommt. Die deutlich erhöhten privaten Haftungsrisiken und das scharfe Schwert des Kartellrechts können zur Effektivität der Vorschriften beitragen und gleichzeitig Chancen für Wettbewerber auf Plattformen bieten, da Lock-in Effekte verringert und Multihoming attraktiver werden. Diese positiven Effekte der EU-Regulierung kommen in der öffentlichen Debatte ebenso wie ihre legitimen Hintergründe zu kurz und verkennen strukturelle Gründe in der Funktionsweise von Plattformen, die eine entsprechende Regulierung zum liberalen Grundrechtsschutz letztlich nötig machen. Grundrechtspositiv ist ganz im Sinne der praktischen Konkordanz nicht der fehlende staatliche Eingriff, der zum vollständigen Obsiegen des einen führt, sondern der maßvolle Eingriff, durch den der angemessene Ausgleich gelingt. Dem kommt die europäische Regulierung in vielem sehr nahe, sodass ihre entschlossene Durchsetzung – wegen der letztlich höheren Durchsetzungsschärfe durch die Bußgelder auch und gerade mit Mitteln des öffentlichen Rechts – zu begrüßen wäre.

Bibliographie

AHRENS, HANS-JÜRGEN, 21 Thesen zur Störerhaftung im UWG und im Recht des Geistigen Eigentums, Wettbewerb in Recht und Praxis, 2007, Jg. 53(11), S. 1281–1290

AKMAN, PINAR, *The Role of Exploitation in Abuse under Article 82 EC*, 11 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Cambridge, 2009

197 S. genauer B.II.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BERSEM, JOSEPHINE, *Die Haftung von Intermediären für Markenverletzungen heute und morgen. Störerhaftung oder täterschaftliche Haftung nach dem Vorbild des Urheberrechts?*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2023, Jg. 128(6), S. 307–315

BONGERS-GEHLERT, ANNE, *Die lauterkeitsrechtliche Haftung beim Internetvertrieb – Wer haftet für welche Inhalte?,* Wettbewerb in Recht und Praxis, 2025, Jg. 71(4), S. 407–416

BORGWARDT, HANNAH; GÜNTHER, JAN, Competing for a greener tomorrow – the role of sustainability in EU competition law, European Competition Law Review, 2025, Jg. 46(5), S. 198–206

BRAUNECK, JENS, *Der Digital Services Act (DSA) zwischen EU und USA*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2025, Jg. 44(13), S. 968–974

CALLIES, CHRISTIAN; RUFFERT, MATTHIAS (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, 6. Auflage, Nördlingen, 2022

ENCHELMAIER, STEFAN, *Restrictions 'by object' after Generics, Lundbeck, and Budapest Bank: are we any wiser now?,* Journal of Antitrust Enforcement, 2022, Jg. 11(i72–i101)

EZRACHI, ARIEL; ROBERTSON, VIKTORIA H.S.E., *Can competition law save democracy? Reflections on democracy's tech-driven decline and how to stop it, Journal of Antitrust Enforcement,* 2025, Jg. 13(2), S. 315–327

FEZER, KARL-HEINZ; BÜSCHER, WOLFGANG; OBERGFELL, EVA INÉS (Hrsg.), Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, Nördlingen, 2016

FISHER, WILLIAM, *Theories of Intellectual Property*, in: Stephen Munzer (Hrsg.), New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Cambridge, 2001, S. 168–199

FREY, HARALD, *Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüter-rechtsverletzungen,* Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2018, Band 103

FREY, HARALD, *Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider,* Zeitschrift für Urheber und Medienrecht, 2019, Jg. 63(1), S. 40–48

GERDEMANN, SIMON; SPINDLER, GERALD, *Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 2),* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2023, Jg. 125(3), S. 115–125

GÖRRES-GESELLSCHAFT (Hrsg.), Staatslexikon, 2025

GÜNTHER, JAN; BORGWARDT, HANNAH, Klimahaftung Privater im System des Privatrechts, Zeitschrift für Umweltrecht 2026, Jg. 37(4),S. 214–222

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GUTJAHR, ARMINA, *Die EU-Verordnung über Targeting und politische Werbung – Ein Papiertiger?,* Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2025, Jg. 44(17), S. 1307–1313

HAEDICKE, MAXIMILIAN, *Beschränkung der Parodiefreiheit durch europäisches Urheberrecht?,* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2015, Jg. 117(7), S. 664–670

HAUCAP, JUSTUS, *Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln – Renaissance der Missbrauchsaufsicht*, Wirtschaftsdienst 2020, JG. 100(13), S. 20–29

HELD, TIM-ERIK, *Das Kartellrecht zwischen Bundestagswahl und Economic Blackout*, Jura Studium & Examen, 2025, Jg. 15(2), S. 23–26

HOBUSCH, ALEXANDER, *Politische Parallelaktionen – Entfesselung der Parteienfinanzierung?*, Die öffentliche Verwaltung, 2020, Jg. 73(13), S. 548–558

HOFMANN, FRANZ, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, Beiträge zum Privatrecht, Band 218, Tübingen, 2017

HOFMANN, FRANZ, *Die Haftung von Internetplattformen und Internetzugangsvermittlern – Auf dem Weg von der Sonderdogmatik zum Kernzivilrecht,* Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2021, Jg. 4(4), S. 385–413

HOFMANN, FRANZ; RAUE, BENJAMIN (Hrsg.), *Digital Services Act*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2023

HOFMANN, FRANZ; SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, LOUISA, *Verantwortung von Online-Plattformen. Ein Plädoyer für ein funktionszentriertes Verkehrspflichtenkonzept*, Zeitschrift für geistiges Eigentum, 2021, Jg. 13(1), S. 48–113

HOLZNAGEL, DANIEL, *Zu starke Nutzerrechte in Art. 17 und 18 DSA*, Computer und Recht, 2022, Jg. 38(9), S. 594–605

HOLZNAGEL, DANIEL, *Mit AGB gegen Hass im Netz: Kann man Online-Plattformen zwingen, ihre Community Standards durchzusetzen? Überblick zum Status Quo und Ausblick auf den DSA*, Computer und Recht, 2023, Jg. 39(8), S. 539–545

JENNERJAHN, MARLON, *Änderungen der Inhaltemoderation auf den Meta-Plattformen und der DSA. Entfernen von Beiträgen nach dem DSA – möglich oder verpflichtend?,* Zeitschrift für das Recht der Digitalisierung, Datenwirtschaft und IT, S. 2025, Jg. 28(4), 247–253

KAESLING, KATHARINA, Evolution statt Revolution der Plattformregulierung, Zeitschrift Für Urheber- und Medienrecht, 2021, Jg. 65(3), S. 177–184

KALVERAM, NICOLAS, Politisches Targeting – Gefahr für die demokratische Willensbildung?, Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2024, Jg. 77(51), S. 3702–3707

KERSTEN, JENS, Schwarmdemokratie. Veränderungen des Demokratieverständnisses durch Soziale Medien, JuS 2014, S. 673–681

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

KLASS, NADINE, *Werkgenuss und Werknutzung in der digitalen Welt: Bedarf es einer Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts*, Zeitschrift für Urheber und Medienrecht, 2015, Jg. 59(4), S. 290–308

KLEER, PHILIPP; ABENDSCHÖN, SIMONE, *Zwischen TikTok und ARD? Politisches Informationsverhalten und Medienvertrauen von jungen Bürger:innen*, Zeitschrift für Politikwissenschaften, 2025, Jg. 35(2) S. 343–366

KNAPP, JAKOB; WEHDE, ALEXANDER, *Vertragliche Plattformhaftung ohne Privilegien*, Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2026, Jg. 79(1-2), S. 119–125

KÖTZ, HEIN, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, Juristische Schulung, 2003, Jg. 43(3), S. 209–214

KOSTERS, LISA; GSTREIN, OSKAR J., *TikTok and Transparency Obligations in the EU Digital Services Act (DSA) – A Scoping Review*, Zeitschrift für europarechtliche Studien, 2024, Jg. 27(1), S. 110–145

LARENZ, KARL; CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Lehrbuch des Schuldrechts 2, 2: Besonderer Teil,* 2. Halbband, 13. Auflage, München, 1994

LEERSEN, PADDY, *An end to shadow banning? Transparency rights in the Digital Services Act between content moderation and curation*, Computer Law & Security Review, 2023, Jg. 48(105790), S. 1–13

LEISTNER, MATTHIAS, *Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, GRUR-Beilage*, 2010, Jg. 112(1), S. 1–32

LEISTNER, MATTHIAS, *Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 2012, Jg. 56(10), S. 722–740

LEISTNER, MATTHIAS, *European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive. Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?,* Zeitschrift für Geistiges Eigentum, 2020, Jg. 12(2), S. 123–214

LEISTNER, MATTHIAS, *Der Referentenentwurf zur Umsetzung der DSM-RL und die Theorie vom Sui-generis-Charakter des Art. 17 DSM-RL*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 2020, Jg. 64(12), S. 897–912

LEISTNER, MATTHIAS; HANSEN, GERD, *Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter. Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2008, Jg. 110(6), S. 479–490

LEISTNER, MATTHIAS; RODER, VERENA, *Die Rechtsprechung des EuGH zum Unionsurheberrecht aus methodischer Sicht – zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung des europäischen Privatrechts im Mehrebenensystem,* Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2016, Jg. 2(2), S. 129–172

LEISTNER, MATTHIAS; METZGER, AXEL, *The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages,* International Review of intellectual Property and Conmpetition Law, 2017, Jg. 48(4), S. 381–384

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

LETTL, TOBIAS, *Plattformregulierung durch EU-Recht*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, 2025, Jg. 79(26), S. 1161–1174

LEUSCHNER, LARS, *Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle*, Archiv für civilistische Praxis, 2007, Jg. 207(4-5), S. 491–529

LIEBENAU, DIANA, *Copyright as anti-discrimination*, in: Sappa, Christiana (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property Rights and Inclusivity, 2023, S. 229–247

LUTZ, FRIEDRICH A., *Einwände gegen die Wettbewerbsordnung: Ein Gespräch mit Studenten,* 1953, ORDO 5, S. 245–266

MAINUSCH, THERESA, *Alle Macht der EU-Kommission: Ist die zentralisierte Durchsetzung des Digital Markets Acts alternativlos?,* Zeitschrift für europarechtliche Studien, 2024, Jg. 27(2), S. 149–181

MANSIUS, FELIX, *Kartellverbot und nachhaltige Entwicklung*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2025

METZGER, AXEL, *Die Entwicklung des Rechtsbruchtatbestands nach der Umsetzung der UGP-Richtlinie – ein Zwischenbericht*, International Journal of Europ. and International IP Law, 2015, Jg. 64(7/8), S. 687–692

MÖLLERS, CHRISTOPH, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 1. Auflage, Berlin, 2008

KRÜGER, WOLFGANG, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 10. Auflage, München, 2025

NORDEMANN, JAN BERND, *Haftung von Providern im Urheberrecht. Der aktuelle Stand nach dem EuGH-Urteil v. 12. 7. 2011 – C-324/09 – L'Oréal/eBay*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2011, Jg. 113(11), S. 977–981

OHLY, ANSGAR, *Geistiges Eigentum?,* Juristen Zeitung, 2003, Jg. 58(22), S. 545–554

OHLY, ANSGAR, *Privatrechtsdogmatik und geistiges Eigentum, in: Auer, Marietta et al. (Hrsg.),* Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin/Boston 2017, S. 987–1018

OHLY, ANSGAR, *Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen »GS Media«, »Filmspeler« und »The Pirate Bay«: Abenddämmerung für die Störerhaftung?,* Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 2017, Jg. 61(11), S. 793–802

OHLY, ANSGAR, *Free riding on the repute of trade marks: does protection generate innovation?,* in: Drexl, Josef; Kamperman Sanders, Anselm (Hrsg.), The Innovation Society and Intellectual Property, Cheltenham, 2019, S. 146–159

OHLY, ANSGAR, Von der Störerhaftung zur Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten, Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2022, Jg. 75(2), S. 2961–2964

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

OHLY, ANSGAR, *Red soles, a marketplace and the categories of trade mark liability: Louboutin v Amazon before the CJEU*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2022, Jg. 17(7), S. 575–585

OHLY, ANSGAR; SOSNITZA, OLAF, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 8. Auflage, München, 2023

PAAL, BORIS; KIESS, FABIAN, *Digitale Plattformen im DSA-E, DMA-E und § 19a GWB,* Zeitschrift für Digitalisierung und Recht, 2022, Jg. 2(1), S. 1–34

PECH, SEBASTIAN, *Urheberrecht trifft Produktsicherheitsrecht: Urheberrechtliche Implikationen der KI-VO*, Computer und Recht, 2025, Jg. 41(2), S. 69–76

PODSZUN, RUPPRECHT; BONGART, PHILIPP; KIRK, ALEXANDER, *Digital Markets Act – Neue Regeln für Fairness in der Plattformökonomie*, Neue Juristische Wochenzeitschrift, 2022, Jg. 75(45), S. 3249–3254

PODSZUN, RUPPRECHT, *Das Leitbild des wertgebundenen Wettbewerbs – Überlegungen zur Rolle des Politischen im Kartellrecht,* Wirtschaft und Wettbewerb, 2024, Jg. 74(10), S. 507–513

RAUE, BENJAMIN, *Die Zähmung der Uploadfilter – Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil Polen/Parlament und Rat zu Art. 17 DSM-RL. Besprechung von EuGH, Urteil vom 26.4.2022 – C-401/19 – Polen/Parlament und Rat*, Zeitschrift für Urheber und Medienrecht, 2022, Jg. 66(8/9), S. 624–634

SCHAAL, JAN-DIERK; PEINTINGER, STEFAN, *Lauterkeitsrechtliche Ansprüche bei Verstößen gegen die KI-Verordnung,* Rechtsschutz und Urheberrecht in der Praxis, 2025, Jg. 17(6), S. 199–202

SCHMITT, CARL, *Soziologie des Souveränitätsbegriffes*, 1923

SCHMITT, CHRISTIAN, Datenschutzverletzungen als Wettbewerbsverstöße? Wettbewerb in Recht und Praxis, 2019, Jg. 65(1), S. 27–33

SPINDLER, GERALD, *Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter"-Bittersweet?,* Computer und Recht, 2019, Jg. 35(5), S. 277–291

SCHRICKER, GERHARD; LOEWENHEIM, ULRICH; LEISTNER, MATTHIAS; OHLY, ANSGAR (Hrsg.), Urheberrecht, 7. Auflage, München, 2026

SPINDLER, GERALD; SCHUSTER, FABIAN; KAESLING, KATHARINA (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 5. Auflage, München, 2026

STEINRÖTTER, BJÖRN, *Verbraucherschutz-Verbandsklagen zur Durchsetzung des Digital Services Act,* Zeitschrift für das Recht der Digitalisierung Datenwirtschaft und IT, 2026, Jg. 29(1), S. 3–9

TIESSEN, MARTEN, *Die urheberrechtliche Haftung von Online-Marktplätzen, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 23.10.2024 – I ZR 112/23 – Manhattan Bridge,* Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2025, Jg. 69(2), S. 149–151

WAGNER, GERHARD, *Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 1),* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrechte, 2020, Jg. 122(4), S. 329–338

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

WIEDEMANN, GERHARD (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts,* 5. Auflage, München, 2026

WISSING, CHRISTIAN, *Netzwerkeffekte als Marktzutrittsschranken auf mehrseitigen Märkten,* Wirtschaft und Wettbewerb, 2023, Jg. 73(7-8), S. 406–408

ZELGER, BERNADETTE, *By Object or Effect Restrictions – Reverse Payment Settlement Agreements in light of Lundbeck, Servier, and Generics*, Journal of European Competition Law & Practice, 2021, Jg. 12(4), S. 273–283

ZURTH, PATRICK, *Der Pyrrhussieg der deutschen Störerhaftung in Luxemburg,* Zeitschrift für Urheber und Medienrecht, 2021, Jg. 65(10), S. 829–836

ZURTH, PATRICK, *Die neue Ära der Plattformhaftung. Zum Abschied der Störerhaftung aus dem modernen Urheberrecht*, Zeitschrift für geistiges Eigentum, 2022, Jg. 14(4), S. 357–399

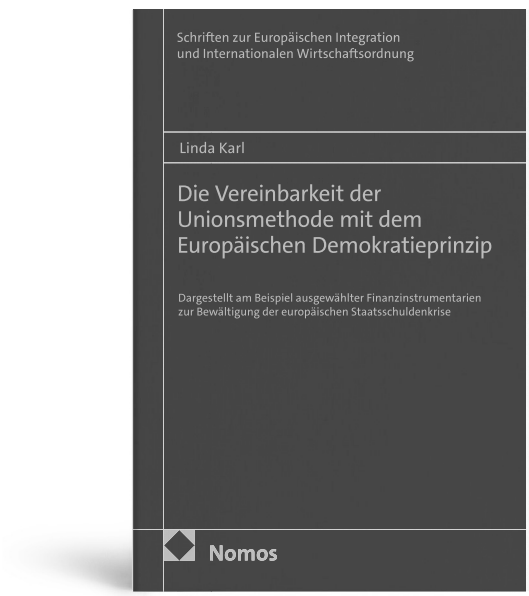
ZURTH, PATRICK, *Private Rechtsdurchsetzung im Digital Services Act,* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2023, Jg. 125(19), S. 1331–1336

ZURTH, PATRICK, *Moderation und Meinungsfreiheit,* Recht Digital, 2024, Jg. 4(11), S. 571–574

© Jan Günther

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Parameter eines Demokratie-Maßstabs auf Unionsebene



Die Vereinbarkeit der Unionsmethode mit dem Europäischen Demokratieprinzip

Dargestellt am Beispiel ausgewählter Finanzinstrumentarien zur Bewältigung der europäischen Staatsschuldenkrise

Von Dr. Linda Karl

2026, 281 S., brosch., 94,– €
ISBN 978-3-7560-3900-5
E-Book 978-3-7489-6924-2
(Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung, Bd. 75)

Seit dem Ausbruch der europäischen Staatsschuldenkrise wurden zahlreiche Finanzinstrumentarien zu ihrer Bewältigung eingeleitet. Dabei wurden Lösungen außerhalb des supranationalen Rechtsrahmens der Europäischen Union gesucht, wie etwa mit dem Europäischen Stabilitätsmechanismus, dem Fiskalpakt und dem Einheitlichen Abwicklungsfonds. Der Frage, ob dieses Vorgehen im Wege der sogenannten Unionsmethode mit dem Europäischen Demokratieprinzip nach Art. 10 EUV vereinbar ist, wird in dieser Arbeit nachgegangen.

Anhand der in der Rechtswissenschaft vertretenen Demokratietheorien wird untersucht, welche Parameter ein Maßstab für Demokratie auf Unionsebene beinhalten muss. Die Autorin ist als Rechtsanwältin im Bank- und Kapitalmarktrecht tätig.

Auch verfügbar auf Inlibra.com

Bestellen Sie im Buchhandel oder versandkostenfrei unter nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer

Nomos

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2026-2 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY