

Herausgeber:
Andreas Kellerhals
Tobias Baumgartner

JAHRBUCH WIRTSCHAFTS- RECHT SCHWEIZ – EU

ÜBERBLICK UND
KOMMENTAR
2022/23



Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:
Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner

Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU

Überblick und Kommentar 2022/23



Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU von Andreas Kellerhals und Tobias Baumgartner wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2023 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Herausgeber: Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner, Europa Institut an der Universität Zürich

Produktion, Satz und Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-574-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-575-4 (PDF)

978-3-03805-576-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-574>

Version: 1.01 – 20230328

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/jahrbuch-wirtschaftsrecht-schweiz-eu-2023/>.

Zitiervorschlag:

Nachname Vorname, Teilgebiet, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23*, Zürich 2023, Seitenzahl

Vorwort

Der vorliegende 18. Band der Jahrbuchreihe „Wirtschaftsrecht Schweiz – EU“ dokumentiert die aktuellen Entwicklungen in zentralen Bereichen des EU-Wirtschaftsrechts und deren Bedeutung für die Schweiz. Berücksichtigt werden diverse wirtschaftsrelevante Rechtsgebiete, u.a. Kapitalmarktrecht, Immaterialgüterrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht und Wettbewerbsrecht. Das Jahrbuch richtet sich an Unternehmens-, Wirtschafts- und VerwaltungsjuristInnen sowie an RichterInnen und RechtsanwältInnen und bietet ihnen einen kompakten Überblick über die wichtigsten Gesetzgebungsvorstösse, neue Rechtsakte und ergangene Urteile im vergangenen Jahr 2022. Auch diese Ausgabe des Jahrbuchs erscheint wiederum im Verlag EIZ Publishing, und zwar als frei verfügbares E-Book (open access) sowie in gedruckter Form (print on demand). Wir bedanken uns bei Andreas Von Gunten und Petra Bitterli von buch & netz für die gute Zusammenarbeit bei der technischen Umsetzung der neuen Publikationsvarianten.

Zürich, März 2023

Andreas Kellerhals
Tobias Baumgartner

Inhaltsübersicht

Banken- und Kapitalmarktrecht

Rechtsentwicklung EU: STEFAN SULZER	3
Rechtsentwicklung Schweiz: STEFAN SULZER	14

Versicherungsrecht

Rechtsentwicklung EU: HANSJÜRG APPENZELLER/VANESSA ISLER	34
Rechtsentwicklung Schweiz: HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER	44

Kommunikation und Medien

Rechtsentwicklung EU: TOBIAS BAUMGARTNER	51
Rechtsentwicklung Schweiz: ULRIKE I. HEINRICH	63

Wettbewerbsrecht

Rechtsentwicklung EU: DAVID BRUCH	76
Rechtsentwicklung Schweiz: DAVID MAMANE	98

Arbeitsrecht

Rechtsentwicklung EU: WESSELINA UEBE	104
Rechtsentwicklung Schweiz: THOMAS GEISER	114

Öffentliches Auftragswesen

Rechtsentwicklung EU: PETER RECHSTEINER	129
Bedeutung für die Schweiz: PETER RECHSTEINER	150

Energie

Rechtsentwicklung EU: FATLUM ADEMI	152
Rechtsentwicklung Schweiz: BRIGITTA KRATZ	168

Steuerrecht

Rechtsentwicklung EU: RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ JOCHEN MEYER-BUROW/EVA JÜRGENS	191
Rechtsentwicklung Schweiz: RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ JOCHEN MEYER-BUROW/EVA JÜRGENS	211

Immaterialgüterrecht

[Rechtsentwicklung EU: SELIM TISLI](#) 220

[Rechtsentwicklung Schweiz: ULRIKE I. HEINRICH](#) 227

Verbraucherrecht

[Rechtsentwicklung EU: ALEXANDER BRUNNER](#) 236

[Rechtsentwicklung Schweiz: ALEXANDER BRUNNER](#) 241

Internationales Privatrecht

[Rechtsentwicklung EU: DIRK TRÜTEN](#) 250

[Rechtsentwicklung Schweiz: DIRK TRÜTEN](#) 258

Aussenwirtschaftsrecht

[Rechtsentwicklung EU: JANICK ELSENER](#) 267

[Rechtsentwicklung Schweiz: ANDREAS R. ZIEGLER](#) 278

Autorenverzeichnis

FATLUM ADEMI, MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut der Universität Zürich

Dr. HANSJÜRG APPENZELLER, Rechtsanwalt, Partner bei Homburger, Zürich

Dr. TOBIAS BAUMGARTNER, LL.M. (Eur.), Rechtsanwalt, Stv. Direktor des Europa Instituts an der Universität Zürich

Dr. DAVID BRUCH, Referent beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO)

Prof. Dr. ALEXANDER BRUNNER, Titularprofessor em. für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen, Oberrichter a.D. am Handelsgericht Zürich und nebenamtlicher Bundesrichter a.D. an der Ersten Zivilabteilung des Bundesgerichts, Lausanne

JANICK ELSENER, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut an der Universität Zürich

JANA FISCHER, LL.M., Rechtsanwältin, Steuerberaterin und Partnerin bei Baker McKenzie, Frankfurt

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. THOMAS GEISER, em. Ordinarius für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen, em. Direktor des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitswelten an der Universität St. Gallen

Dr. ULRIKE I. HEINRICH, Rechtsanwältin, Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE), Bern

VANESSA ISLER, LL.M., Rechtsanwältin bei Homburger, Zürich

EVA JÜRGENS, Rechtsanwältin, Associate bei Baker McKenzie, Frankfurt

Dr. BRIGITTA KRATZ, LL.M., Rechtsanwältin, Badertscher Rechtsanwälte AG, Zürich, ehem. Vizepräsidentin Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

DAVID MAMANE, LL.M. (Bruges), Advokat, Partner bei Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte, Zürich, Lehrbeauftragter für Wettbewerbsrecht an der Universität Luzern

JOCHEN MEYER-BUROW, LL.M., Mag. Rer. Fiscalium, Rechtsanwalt und Partner bei Baker McKenzie, Frankfurt

PETER RECHSTEINER, Rechtsanwalt, Bracher Spieler Schönberg Eitel Rechsteiner, Rechtsanwälte und Notare, Solothurn

RENÉ SCHREIBER, Rechtsanwalt/dipl. Steuerexperte, Partner bei Eversheds Sutherland AG, Zürich und Bern, Dozent für Steuerrecht an der Universität Zürich

Dr. STEFAN SULZER, LL.M., Rechtsanwalt, Group General Counsel, The Adecco Group, Zürich

SELIM TISLI, cand. M.A. HSG, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut an der Universität Zürich

PD Dr. DIRK TRÜTEN, LL.M., Privatdozent für Europäisches Privat-, Wirtschafts- und Verfahrensrecht sowie Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern

Dr. WESSELINA UEBE, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Europa Institut an der Universität Zürich

Prof. Dr. ANDREAS R. ZIEGLER, LL.M., Ordinarius für internationales Recht, Direktor des LLM-Programms, Universität Lausanne

Banken- und Kapitalmarktrecht

Stefan Sulzer

„Es könnte keinen besseren Zeitpunkt geben, um den europäischen Unternehmen den Zugang zu verschiedenen Finanzierungsquellen zu erleichtern und um ihre Wachstums- und Innovationsfähigkeit sowie ihre Fähigkeit, Arbeitsplätze zu schaffen und Investitionen anzuziehen, zu stärken.“

Exekutiv-Vizepräsident VALDIS DOMBROVSKIS, 7. Dezember 2022

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (STEFAN SULZER)	3
1.	Kapitalmarktunion	3
a)	Attraktivität von EU-Kapitalmärkten	3
aa)	Clearing	3
bb)	Insolvenz von Nichtbanken	4
cc)	Notierung an öffentlichen Märkten	5
b)	Langfristige Investmentfonds	6
2.	Bankenunion	7
a)	Notleidende Kredite	7
b)	Eigenkapital	7
3.	Nachhaltiges Finanzwesen	8
a)	Plattform für nachhaltiges Finanzwesen	8
b)	Nachhaltigkeitsberichterstattung	9
4.	Digitales Finanzwesen – Open Finance	10
5.	Gedekte Schuldverschreibungen	11
6.	Zentralverwahrer	11
7.	Benchmarks	13
II.	Bedeutung für die Schweiz (STEFAN SULZER)	14
1.	Bund	14
a)	Finanzmarktinfrastruktur	14
b)	Anerkennung von Handelsplätzen	14
c)	Digitales Finanzwesen	15
d)	Open Finance	16
e)	Banken	17
aa)	Eigenmittel	17
bb)	Insolvenz und Einlagensicherung	18
cc)	Liquidität – Widerstandsfähigkeit gegen Liquiditätsschocks	18

f)	Nachhaltiges Finanzwesen	19
aa)	Finanzplatz Schweiz	19
bb)	Prävention von Greenwashing	20
cc)	Klimaberichterstattung	21
dd)	Swiss Climate Score	22
g)	Cyberangriffe	22
h)	Kollektivanlagen	23
i)	Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung	23
2.	Finanzmarktaufsicht (FINMA)	24
a)	Risikomonitor	24
b)	Finanzmarktinfrastuktur	25
c)	Banken	26
aa)	Eigenmittel	26
bb)	Operationelle Risiken bei Banken	27
cc)	Recovery- und Resolution-Planung	27
d)	Management von klimabezogenen Finanzrisiken	28
e)	Datenschutz.	29
f)	Geldwäscherei	29
3.	SIX Swiss Exchange	30
a)	Aktienrechtsrevision	30
b)	Corporate Governance	30
c)	Hinterlegungsscheine (Global Depository Receipts)	31
d)	Reporting – Ad hoc-Mitteilungen	32

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

1. Kapitalmarktunion

a) Attraktivität von EU-Kapitalmärkten

Am 7. Dezember 2022 legte die Europäische Kommission Massnahmen zur Weiterentwicklung der EU-Kapitalmarktunion vor, mit denen folgende Ziele verfolgt werden: (i) Steigerung der Attraktivität und Widerstandsfähigkeit der in der EU erbrachten Clearingdienste, Unterstützung der offenen strategischen Autonomie der EU und Wahrung der Finanzstabilität; (ii) EU-weite Harmonisierung bestimmter Insolvenzvorschriften für Nichtbanken, um die Vorschriften effizienter zu gestalten und grenzüberschreitende Investitionen zu fördern, und (iii) Verringerung des Verwaltungsaufwands für Unternehmen jeder Grösse, insb. KMU, durch einen neuen Rechtsakt zur Notierung an öffentlichen Märkten, damit die Unternehmen durch eine Börsennotierung leichter Zugang zu Finanzmitteln erhalten können.

aa) Clearing

Mit Blick auf eine gut funktionierende Kapitalmarktunion braucht die EU ein sicheres, robustes und attraktives Clearing. Wenn das Clearing nicht effizient funktioniert, sind Finanzinstitute, Unternehmen und Anleger, wie die Finanzkrise von 2008 gezeigt hat, mit höheren Risiken und Kosten konfrontiert. Die von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Massnahmen werden (i) die Clearing-Landschaft attraktiver machen, da sie die zentralen Gegenparteien (*central counterparties*, CCPs) – die Clearingdienste erbringen – in die Lage versetzen, ihre Produkte schneller und einfacher zu erweitern und den EU-Marktteilnehmern weitere Anreize bieten, Clearingdienste von EU-CCPs in Anspruch zu nehmen und bei ihnen Liquidität aufzubauen; (ii) einen Beitrag zum Aufbau eines sicheren und widerstandsfähigen Clearingsystems leisten, indem sie den EU-Aufsichtsrahmen für CCPs stärken und den durch die Aggression Russlands gegen die Ukraine bedingten jüngsten Entwicklungen an den Energiemärkten Rechnung tragen; und (iii) übermässige Risikopositionen von EU-Marktteilnehmern gegenüber CCPs in Drittländern reduzieren, insb. bei Derivaten, die nach Ansicht der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde von „wesentlicher Systemrelevanz“ sind.

Das vorgeschlagene Massnahmenpaket zum Clearing umfasst eine Mitteilung¹, eine Verordnung² zur Änderung der Verordnung über europäische Marktinfrastrukturen (EMIR), der Eigenmittelverordnung (CRR) und der Verordnung über Geldmarktfonds (MMF) und einer Richtlinie³ zur Änderung der Eigenkapitalrichtlinie (CRD), der Richtlinie über Wertpapierfirmen und der Richtlinie über Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW-Richtlinie).

bb) Insolvenz von Nichtbanken

Jeder Mitgliedstaat hat seine eigene Insolvenzregelung. Dies ist eine Herausforderung für grenzüberschreitende Anleger, die bei der Bewertung einer Anlagemöglichkeit 27 unterschiedlichen Insolvenz-Regelwerken Rechnung tragen müssen. Der nun von der Europäischen Kommission unterbreitete Vorschlag wird (i) bestimmte Aspekte von Insolvenzverfahren EU-weit harmonisieren. Er enthält bspw. Vorschriften über Massnahmen zur Erhaltung der Insolvenzmasse (d.h. Vermeidung von Handlungen von Schuldern, durch die der Wert, den die Gläubiger erhalten können, verringert würde), Gläubigerausschüsse, um eine gerechte Verteilung des beigetriebenen Werts unter den Gläubigern sicherzustellen, sog. Pre-pack-Verfahren (ein nach dem englischen Begriff „*pre-packaged insolvency sale*“ benanntes Verfahren, bei dem die Veräusserung des Unternehmens vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vereinbart wird), die Verpflichtung der Mitglieder der Unternehmensleitung, rechtzeitig Insolvenz anzumelden, um zu verhindern, dass der Wert des Unternehmens Schaden nimmt; (ii) eine vereinfachte Regelung für Kleinstunternehmen einführen, um die Kosten für deren Abwicklung zu senken und den Eigentümern der Unternehmen eine Schuldenbefreiung zu ermöglichen, sodass ihnen ein Neuanfang als Unternehmer möglich ist; und (iii) die Mitgliedstaaten verpflichten, ein Informationsblatt zu erstellen, in dem die

¹ Europäische Kommission, Mitteilung der an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Auf dem Weg zu einem stärkeren EU-Clearingsystem, vom 7. Dezember 2022, COM (2022) 696 final.

² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 575/2013 und (EU) 2017/1131 im Hinblick auf Massnahmen zur Minderung übermässiger Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien aus Drittstaaten und zur Steigerung der Effizienz der Clearingmärkte der Union, vom 7. Dezember 2022, COM (2022) 697 final.

³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EU und (EU) 2019/2034 hinsichtlich der Behandlung des Konzentrationsrisikos gegenüber zentralen Gegenparteien und des Ausfallrisikos bei zentral geclearten Derivategeschäften, vom 7. Dezember 2022, COM (2022) 698 final.

wesentlichen Elemente ihres nationalen Insolvenzrechts zusammengefasst werden, um grenzüberschreitenden Anlegern ihre Entscheidungen zu erleichtern.

Der Vorschlag zur Insolvenz von Nichtbanken besteht aus einer neuen Richtlinie⁴.

cc) Notierung an öffentlichen Märkten

Für Unternehmen ist die Notierung an öffentlichen Märkten mit erheblichen Anforderungen verbunden. So können sich bspw. die Prospektdokumente auf bis zu 800 Seiten erstrecken. Die von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Änderungen werden (i) die Dokumentation, die Unternehmen für eine Notierung an öffentlichen Märkten benötigen, vereinfachen und die Verfahren der Kontrolle durch die nationalen Aufsichtsbehörden straffen, wodurch das Notierungsverfahren beschleunigt und die Kosten gesenkt werden, soweit dies möglich ist; (ii) bestimmte Vorschriften in Bezug auf Marktmissbrauch einfacher und klarer gestalten, ohne die Marktintegrität zu beeinträchtigen; (iii) die Sichtbarkeit der Unternehmen gegenüber den Anlegern verbessern, indem sie die Finanzanalyse, insb. in Bezug auf kleine und mittlere Unternehmen, fördern; sowie (iv) Unternehmen die Möglichkeit geben, bei einer Notierung an KMU-Wachstumsmärkten auf Mehrstimmrechtsaktienstrukturen zurückzugreifen, damit sie auch nach der Notierung eine ausreichende Kontrolle über ihr Unternehmen behalten können und gleichzeitig die Rechte aller anderen Aktionäre geschützt werden.

Diese Massnahmen werden die Kapitalmarktunion dadurch voranbringen, dass unnötiger administrativer Aufwand und unnötige Kosten für die Unternehmen vermieden werden. Ein leichter Zugang zu öffentlichen Märkten wird die Unternehmen in die Lage versetzen, ihre Finanzierungsquellen besser zu diversifizieren und zu ergänzen.

⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, vom 7. Dezember 2022, COM (2022) 702 final.

Das vorgeschlagene Paket zur Notierung an öffentlichen Märkten besteht aus (i) einer Änderungsverordnung⁵ zur Änderung der Prospektverordnung, der Marktmissbrauchsverordnung und der Verordnung über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR), (ii) einer Änderungsrichtlinie⁶ zur Änderung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II) und zur Aufhebung der Notierungsrichtlinie und (iii) einer Richtlinie⁷ über Mehrstimmrechtsaktien.

b) *Langfristige Investmentfonds*

Am 25. November 2021 schlug die Europäische Kommission konkrete Massnahmen zur Stärkung der europäischen Kapitalmärkte vor.⁸ Die Vorschläge umfassen insb. die Überarbeitung der Verordnung über europäische langfristige Investmentfonds (ELTIF)⁹, um die Attraktivität europäischer langfristiger Investmentfonds für Anleger zu erhöhen und ihre Rolle als ergänzende Finanzierungsquelle für EU-Unternehmen zu stärken. Ausserdem wird es Kleinanlegern erleichtert, in solche Investmentfonds zu investieren insb. durch die Abschaffung der Mindestinvestitionsschwelle von 10 000 EUR bei gleichzeitiger Gewährleistung eines starken Anlegerschutzes.

Am 20. Oktober 2022 erzielte das Europäische Parlament und der Rat politische Einigung über die vorgeschlagene Änderung der Verordnung über europäische langfristige Investmentfonds (ELTIF).

⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) 2017/1129, (EU) Nr. 596/2014 und (EU) Nr. 600/2014 zur Steigerung der Attraktivität der öffentlichen Kapitalmärkte in der Union für Unternehmen und zur Erleichterung des Kapitalzugangs für kleine und mittlere Unternehmen, vom 7. Dezember 2022, COM (2022) 762 final.

⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/65/EU zur Steigerung der Attraktivität der öffentlichen Kapitalmärkte in der Union für Unternehmen und zur Erleichterung des Kapitalzugangs für kleine und mittlere Unternehmen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/34/EG, vom 7. Dezember 2022, COM (2022) 760 final.

⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Strukturen mit Mehrstimmrechtsaktien in Gesellschaften, die eine Zulassung ihrer Anteile zum Handel an einem KMU-Wachstumsmarkt beantragen, vom 7. Dezember 2022, COM (2022) 761 final.

⁸ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/2022, Zürich 2022, 4 f.

⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/760, vom 25. November 2021, COM (2021) 722 final.

2. Bankenunion

a) *Notleidende Kredite*

Für die Risikominimierung im europäischen Bankensektor ist ein weiterer Rückgang der Zahl notleidender Kredite (*non-performing loans*, NPLs) von zentraler Bedeutung. Die Finanzkrise und die anschliessende Rezession führten dazu, dass Kreditnehmer immer häufiger nicht in der Lage waren, ihre Darlehen zurückzuzahlen, da mehr und mehr Privatpersonen und Unternehmen mit anhaltenden Zahlungsschwierigkeiten konfrontiert waren oder gar in Konkurs gehen mussten.

Am 11. Juli 2017 einigte sich der EU-Rat auf einen Aktionsplan zur Bewältigung des Problems notleidender Kredite im Bankensektor.¹⁰ Am 16. Dezember 2020 stellte die Europäische Kommission eine Strategie vor, die verhindern soll, dass durch die Coronakrise in der Europäischen Union wieder notleidende Kredite in den Bankbilanzen auflaufen.¹¹ Dadurch soll sichergestellt werden, dass private Haushalte und Unternehmen in der EU weiterhin die Finanzmittel erhalten können, die sie brauchen, um durch die Krise zu kommen.

Am 18. Oktober 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission Leitlinien¹² für ein *best-execution*-Verfahren für den Verkauf notleidender Kredite auf Sekundärmärkten.

b) *Eigenkapital*

Am 28. April 2020 nahm die Europäische Kommission ein Bankenpaket an, das den Banken unionsweit die Kreditvergabe an private Haushalte und Unternehmen erleichtern soll. Dieses Paket umfasst gezielte „Sofort“-Änderungen an den EU-Bankenvorschriften¹³, namentlich der Eigenkapitalverordnung (CRR

¹⁰ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/2020, Zürich 2020, 12 f.

¹¹ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat und die Europäische Zentralbank, Abbau notleidender Kredite nach der COVID-19 Pandemie, vom 16. Dezember 2020, COM (2020) 822 final.

¹² Europäische Kommission, Mitteilung über die Leitlinien für ein Best-Execution-Verfahren für den Verkauf notleidender Kredite auf Sekundärmärkten, vom 18. Oktober 2022, COM (2022) 7277 final.

¹³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 575/2013 und (EU) 2019/876 aufgrund von Anpassungen infolge der COVID-19-Pandemie, vom 28. April 2020, COM (2020) 310 final.

und CRR II)¹⁴, um die Fähigkeit der Banken zur Kreditvergabe und zum Ausgleich coronabedingter Verluste zu maximieren. Es handelt sich um aussergewöhnliche temporäre Massnahmen, mit denen die unmittelbaren Folgen der Coronakrise abgemildert werden sollen. Hierzu zählen die Anpassung des Zeitplans für die Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards auf das Kapital der Banken, eine günstigere Behandlung von Garantien, die während der Krise gewährt werden, die Verschiebung des Anwendungsbeginns des Puffers bei der Verschuldungsquote und die Änderung der Art und Weise, wie bestimmte Risikopositionen von der Berechnung der Verschuldungsquote ausgenommen werden.

Mit der CRR II wurde in die CRR eine Bestimmung aufgenommen, die global systemrelevanten Instituten einen Puffer bei der Verschuldungsquote vorschreibt. Dieser Puffer sollte ursprünglich ab 1. Januar 2022 gelten. Vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie und im Einklang mit dem vom BCBS beschlossenen neuen Umsetzungszeitplan wurde der Geltungsbeginn um ein Jahr verschoben und gilt seit dem 1. Januar 2023.

3. Nachhaltiges Finanzwesen

a) *Plattform für nachhaltiges Finanzwesen*

Der Dialog und die enge Zusammenarbeit zwischen einer Vielzahl von Interessengruppen aus dem öffentlichen und privaten Sektor werden von entscheidender Bedeutung sein, um die Ziele der EU-Taxonomie-Verordnung¹⁵ und letztlich des europäischen Grünen Deals und der EU-Klimaziele für 2030 und 2050 zu erreichen.

Die Plattform für nachhaltiges Finanzwesen bringt weltweit führende Nachhaltigkeitsexperten aus allen Interessengruppen zusammen und spielt eine Schlüsselrolle, wenn es darum geht, Zusammenarbeit zu ermöglichen, indem sie das beste Know-how der Unternehmen und des öffentlichen Sektors, der Industrie, der Zivilgesellschaft und der Finanzbranche zusammenbringt. Die

¹⁴ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl L 176 vom 27. Juni 2013, 1, sowie Verordnung (EU) 2019/876 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 und der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (CRR II), ABl L 150 vom 7. Juni 2019, 1.

¹⁵ Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl L 198 vom 22. Juni 2020, 13.

Plattform wurde erstmals im Oktober 2020 für ein zweijähriges Mandat eingerichtet. Im Oktober 2022 wurde eine Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen für die Auswahl der Mitglieder für das neue Mandat der Plattform veröffentlicht, und die neue Zusammensetzung der Plattform wurde am 8. Februar 2023 bekannt gegeben.¹⁶

b) Nachhaltigkeitsberichterstattung

In ihrer Mitteilung vom 11. Dezember 2019 mit dem Titel „Der europäische Grüne Deal“ verpflichtete sich die Europäische Kommission, die nichtfinanzielle Berichterstattung betreffenden Bestimmungen der Bilanz-Richtlinie¹⁷ zu überprüfen. Der Grüne Deal ist die neue Wachstumsstrategie der Europäischen Union.¹⁸ Er zielt darauf ab, die Europäische Union bis 2050 zu einer modernen, ressourcenschonenden und wettbewerbsfähigen Wirtschaft ohne Netto-Treibhausgasemissionen zu machen. Ausserdem soll er das Naturkapital der Europäischen Union schützen, bewahren und verbessern und die Gesundheit und das Wohlergehen der Unionsbürgerinnen und -bürger vor umweltbedingten Risiken und Auswirkungen schützen. Der Grüne Deal ist ferner darauf ausgerichtet, das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung zu entkoppeln und sicherzustellen, dass alle Regionen und Unionsbürgerinnen und -bürger an einem sozial gerechten Übergang zu einem nachhaltigen Wirtschaftssystem teilhaben, sodass niemand zurückgelassen und kein Standort abgehängt wird.

Am 21. April 2021 legte die Europäische Kommission ein umfassendes Massnahmenpaket vor, das dazu beitragen soll, in der Europäischen Union mehr Geld in nachhaltige Tätigkeiten zu lenken und die Anleger in die Lage versetzen, ihre Investitionen auf nachhaltigere Technologien und Unternehmen umzustellen und so wesentlich zur Klimaneutralität Europas bis 2050 beitragen.¹⁹

¹⁶ Abrufbar unter: <https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-02/eu-platform-on-sustainable-finance-members_en.pdf>.

¹⁷ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl L 182 vom 29. Juni 2013, 19.

¹⁸ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/2022, Zürich 2022, 7 f.

¹⁹ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/2022, Zürich 2022, 8 f.

Die geänderte Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung der Unternehmen (*Corporate Sustainability Reporting Directive*, CSRD) ist am 6. Januar 2023 in Kraft getreten.²⁰ Artikel 4 dieser Richtlinie wird ab dem 1. Januar 2024 auf am oder nach dem 1. Januar 2024 beginnende Geschäftsjahre angewandt.

4. Digitales Finanzwesen – Open Finance

Digitales Finanzwesen ist der Begriff, der verwendet wird, um die Auswirkungen neuer Technologien auf die Finanzdienstleistungsbranche zu beschreiben. Es umfasst eine Vielzahl von Produkten, Anwendungen, Prozessen und Geschäftsmodellen, die die traditionelle Art der Bereitstellung von Bank- und Finanzdienstleistungen verändert haben.

Technologische Innovationen im Finanzbereich sind zwar nicht neu, aber die Investitionen in neue Technologien haben in den letzten Jahren erheblich zugenommen und das Innovationstempo ist exponentiell. Wir interagieren jetzt mit unserer Bank mittels mobiler Technologie. Wir leisten Zahlungen, überweisen Geld und tätigen Investitionen mit einer Vielzahl neuer Tools, die vor einigen Jahren noch nicht da waren. Künstliche Intelligenz, soziale Netzwerke, maschinelles Lernen, mobile Anwendungen, Distributed-Ledger-Technologie, Cloud-Computing und Big-Data-Analysen haben zu neuen Diensten und Geschäftsmodellen von etablierten Finanzinstituten und neuen Marktteilnehmern geführt.²¹

All diese Technologien können sowohl Verbrauchern als auch Unternehmen zugute kommen, indem sie einen besseren Zugang zu Finanzdienstleistungen ermöglichen, eine grössere Auswahl und eine höhere Effizienz der Geschäftstätigkeit bieten. Sie können auch dazu beitragen, nationale Hindernisse zu beseitigen und den Wettbewerb in Bereichen wie (i) Online-Banking, Online-Zahlungs- und Überweisungsdienste; (ii) Peer-to-Peer-Kredite; und (iii) persönliche Anlageberatung und -dienstleistungen zu fördern.

Am 24. Oktober 2022 veröffentlichte die Expertengruppe für den Europäischen Finanzdatenraum (*Expert Group on European Financial Data Space*) einen Bericht über offene Finanzen.²² Der Bericht beschreibt Elemente eines

²⁰ Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl L 322 vom 16. Dezember 2022, 15.

²¹ Vgl. zum Digitalen Finanzwesen und Open Finance in der Schweiz unten [II.1.c](#)) bzw. [II.1.d](#)).

²² Abrufbar unter: <https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-10/2022-10-24-report-on-open-finance_en.pdf>.

offenen Finanzökosystems aus Sicht der Expertengruppe. Es stellt auch eine Auswahl von Kundenerlebnissen (*customer journeys*) und verwandten Geschäftsanforderungen in Bezug auf eine erste Reihe von Anwendungsfällen zur Datenfreigabe und -wiederverwendung vor.

5. Gedeckte Schuldverschreibungen

Gedeckte Schuldverschreibungen sind Finanzinstrumente, die durch einen Pool an Krediten besichert sind. Ihr Vorteil besteht nicht nur darin, dass sie eine kostengünstige Art der Finanzierung darstellen, sondern auch darin, dass sie besonders sicher sind. Der EU-Markt ist nach wie vor entlang der nationalen Grenzen fragmentiert, wobei es Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten gibt.

Am 12. März 2018 präsentierte die Europäische Kommission einen Legislativvorschlag, der den EU-Markt für gedeckte Schuldverschreibungen als Quelle langfristiger Finanzierungsmittel fördern soll. Der Vorschlag zielt darauf ab, die Verwendung gedeckter Schuldverschreibungen als stabile und kostengünstige Finanzierungsquelle für Kreditinstitute auszubauen, insb. auf weniger entwickelten Märkten. Ausserdem werden sie den Anlegern ein breiteres und sichereres Spektrum an Anlagemöglichkeiten bieten.

Am 26. Februar 2019 einigten sich der EU-Ratsvorsitz und das EU-Parlament über einen harmonisierten Rahmen für gedeckte Schuldverschreibungen. In diesem Rahmen ist eine gemeinsame Definition für die Verwendung des Gütesiegels „Europäische gedeckte Schuldverschreibung“ und die Gewährung einer günstigeren Behandlung gedeckter Schuldverschreibungen im Hinblick auf die Eigenmittelunterlegung vorgesehen. Das Gesetzespaket²³ trat am 8. Januar 2020 in Kraft. Die Bestimmungen der Richtlinie sind seit dem 8. Juli 2021 anzuwenden, diejenigen der Verordnung gelten seit dem 8. Juli 2022.

6. Zentralverwahrer

Zentralverwahrer (*Central Securities Depositories*, CSDs) sind systemisch relevante Infrastrukturen in modernen Wertpapiermärkten. Sie betreiben die nötige Infrastruktur, damit Wertpapiergeschäfte (z.B. mit Aktien oder Anlei-

²³ Richtlinie (EU) 2019/2162 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über die Emission gedeckter Schuldverschreibungen und die öffentliche Aufsicht über gedeckte Schuldverschreibungen und zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG und 2014/59/EU, ABl L 328 vom 18. Dezember 2019, 29, sowie Verordnung (EU) 2019/2160 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, ABl L 328 vom 18. Dezember 2019, 1.

hen) an den Finanzmärkten abgewickelt werden können. „Abwicklung“ heisst, dass die Wertpapiere an den Käufer ausgeliefert werden und die Gelder dafür im Gegenzug an den Verkäufer übergehen. Bis ein Geschäft endgültig abgewickelt ist, können bis zu zwei Geschäftstage vergehen. In dieser Zeit können sowohl Kredit- als auch Rechtsrisiken bestehen. Dass solche Geschäfte sicher und effizient abgewickelt werden, ist für das EU-Finanzsystem daher eminent wichtig.²⁴ Im Nachgang zur Finanzkrise trat am 17. September 2014 die Zentralverwahrer-Verordnung²⁵ in Kraft, um die Abwicklung sicherer und effizienter zu machen und gewisse einheitliche Anforderungen für alle Zentralverwahrer in der EU festzulegen.

Am 18. März 2022 legte die Europäische Kommission Änderungen an der Zentralverwahrer-Verordnung vor²⁶, um die EU-Abwicklungsmärkte noch effizienter zu machen und gleichzeitig die Finanzstabilität zu bewahren. Der Vorschlag ist zentraler Bestandteil des [Aktionsplans zur Kapitalmarktunion von 2020](#)²⁷.

Die Zentralverwahrer-Verordnung soll in folgenden zentralen Punkten verbessert werden: (i) das „EU-Pass-Verfahren“ für Zentralverwahrer wird vereinfacht, sodass sie leichter mit nur einer Lizenz in der gesamten EU tätig werden können. Vor allem werden teure Doppelverfahren aus der Welt geschafft und die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung und der Wettbewerb erleichtert; (ii) die Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden wird verbessert, indem für bestimmte Zentralverwahrer Kollegien vorgeschrieben werden, um die Aufsicht konsequenter und stimmiger zu machen; (iii) die Bedingungen, unter denen Zentralverwahrer Zugang zu Bankdienstleistungen haben, sollen angepasst werden. So könnten Zentralverwahrer

²⁴ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2014/2015, Zürich/St. Gallen 2015, 13 f.

²⁵ Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der EU und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012, ABl L 257 vom 28. August 2014, 1.

²⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 hinsichtlich Abwicklungsdisziplin, grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung, Aufsichtskooperation, Erbringung von bankähnlichen Dienstleistungen und Anforderungen an Zentralverwalter in Drittstaaten, vom 16. März 2022, COM (2022) 120 final.

²⁷ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Kapitalmarktunion für die Menschen und Unternehmen – neuer Aktionsplan, vom 24. September 2020, COM (2020) 590 final.

Abwicklungsdienste für ein breiteres Währungsspektrum anbieten, womit Unternehmen die Möglichkeit erhalten, sich über einen grösseren Anlegerpool, auch grenzüberschreitend, zu finanzieren; (iv) die Regeln zur Abwicklungsdisziplin werden in einigen Punkten geändert, um ihre Wirksamkeit und Verhältnismässigkeit zu erhöhen; und (v) der Vorschlag stellt sicher, dass die Aufsichtsbehörden besser über die Tätigkeiten von Drittlands-Zentralverwahrern in der EU informiert sind.

7. Benchmarks

Die EU-Benchmark Verordnung²⁸ wurde eingeführt, um die Robustheit der in der EU bereitgestellten und verwendeten finanziellen Benchmarks zu verbessern. Dieser Rahmen enthält auch Vorschriften für die Verwendung von ausserhalb der EU bereitgestellten Benchmarks in der EU, die am 1. Januar 2024 in Kraft treten werden.

Vom 20. Mai bis 12. August 2022 führte die Europäische Kommission eine Konsultation²⁹ bei interessierten Kreisen durch, um die Auswirkungen auf EU-Bürger und Unternehmen festzustellen und um dann einen Vorschlag zur Überprüfung der Vorschriften für ausserhalb der EU bereitgestellten Benchmarks auszuarbeiten.

²⁸ Verordnung (EU) 2021/168 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Februar 2021 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1011 im Hinblick auf die Ausnahme bestimmter Devisenkassakurs-Referenzwerte aus Drittstaaten und die Bestimmung von Ersatz-Referenzwerten für bestimmte eingestellte Referenzwerte und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl L 49 vom 12. Februar 2021, 6.

²⁹ Abrufbar unter: <https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-05/2022-benchmarks-third-country-consultation-document_en.pdf>.

II. Bedeutung für die Schweiz

I. Bund

a) Finanzmarktinфраstruktur

Das Finanzmarktinфраstrukturgesetz (FinfraG)³⁰ regelt die Bewilligung und die Pflichten von Finanzmarktinфраstrukturen sowie die Verhaltenspflichten der Finanzmarktteilnehmenden im Effekten- und Derivatehandel. Es ist seit Januar 2016 in Kraft.

Am 30. September 2022 verabschiedete das Eidgenössische Finanzdepartment (EFD) zu Händen des Bundesrates ein Bericht zur „Evaluation des Finanzmarktinфраstrukturgesetzes – FinfraG-Review“.³¹ Darin kommt das EFD zum Schluss, dass sich das FinfraG seit seinem Inkrafttreten mehrheitlich bewährt hat. In einzelnen Bereichen wurde aber Handlungsbedarf identifiziert. Angesichts der Erfahrungen, die seit dem Inkrafttreten des Gesetzes gemacht wurden, sowie der nationalen und internationalen Entwicklungen, sollen Transparenz und Rechtssicherheit in bestimmten Regulierungsbereichen weiter gestärkt werden.

Am 30. September 2022 beauftragte der Bundesrat das EFD, bis Mitte 2024 eine Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten. Der Bundesrat hat ausserdem entschieden, die im FinfraG vorgesehene Meldepflicht von Derivatetransaktionen für kleine nicht-finanzielle Gegenparteien (z.B. Industriefirmen) wiederum per Verordnungsanpassung zu verschieben. Sie tritt erst per 1. Januar 2028 in Kraft, bis ein Entscheid des Parlaments vorliegt. Damit schafft der Bundesrat Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen. Die bereits geltenden Meldepflichten für andere Marktteilnehmer bleiben unberührt.

b) Anerkennung von Handelsplätzen

Die EU hatte die Anerkennung der Börsenäquivalenz per Ende Juni 2019 auslaufen lassen. Daraufhin aktivierte die Schweiz per 1. Juli 2019 die Schutzmassnahme gegenüber der EU.³² Die Massnahme zielt auf den Schutz und Erhalt

³⁰ Bundesgesetz über die Finanzmarktinфраstrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinфраstrukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1).

³¹ Abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/73356.pdf>>.

³² Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/2020, Zürich 2020, 22.

einer funktionsfähigen Schweizer Börseninfrastruktur ab. Sie hat zudem die Grundlage geschaffen, damit Wertpapierfirmen aus der EU weiterhin Aktien von Schweizer Gesellschaften an Schweizer Börsen handeln können.

Nachdem die EU die Schweizer Börsenregulierung weiterhin nicht als gleichwertig anerkannt hat, verlängerte der Bundesrat am 17. November 2021 die Gültigkeit der Schutzmassnahme bis zum 31. Dezember 2025. Vom 17. November 2021 bis 4. März 2022 führte das EFD die Vernehmlassung zur Überführung der Schutzmassnahme ins FinfraG durch.³³

Am 22. Juni 2022 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft³⁴ zur Überführung der Massnahme zum Schutz der Schweizer Börseninfrastruktur in das FinfraG. Dieser Schritt ist notwendig, weil die Schutzmassnahme ansonsten ausser Kraft tritt und die Europäische Union (EU) bis anhin die Schweizer Börsenregulierung nicht als gleichwertig anerkannt hat. Die Massnahme bleibt auch nach Überführung in das FinfraG temporär und soll vorerst für eine Dauer von fünf Jahren gelten, aber jederzeit deaktiviert werden können.

Mit der Vorlage will der Bundesrat auch weiterhin negative Auswirkungen vermeiden, die dem Börsen-, Finanz- und Wirtschaftsstandort Schweiz durch die fehlende Börsenäquivalenz der EU drohen. Er ist aber weiterhin überzeugt, dass die Schweiz alle Voraussetzungen für die unbeschränkte Anerkennung der Gleichwertigkeit der schweizerischen Börsenregulierung durch die EU erfüllt. Das Ziel des Bundesrates bleibt eine unbefristete Börsenäquivalenz.

c) *Digitales Finanzwesen*

Der Einsatz neuer digitaler Technologien führt zu neuen Produkten und öffnet die Türen für neue Akteure auf den Finanzmärkten. Dadurch werden diese potentiell effizienter, transparenter, kostengünstiger und kundenzentrierter. Die Digitalisierung schafft aber auch neue Risiken.³⁵

In der Schweiz ist der Einsatz neuer digitaler Technologien im Grundsatz Sache der Privatwirtschaft. Der Veränderungsprozess und die identifizierten Chancen und Risiken für den Standort Schweiz verlangen aber vom Bund eine aktivere Rolle. Er soll die Rahmenbedingungen für neue Geschäftsmodelle ver-

³³ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/2022, Zürich 2022, 25.

³⁴ Abrufbar unter: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/72087.pdf>>.

³⁵ Vgl. zum Digitalem Finanzwesen in der EU oben [I.4](#).

bessern, Stabilität und Integrität sowie die internationale Wettbewerbsfähigkeit sicherstellen sowie Nachhaltigkeit und Vernetzung des Finanzplatzes fördern.

Am 2. Februar 2022 verabschiedete der Bundesrat einen Bericht zum Digitalen Finanzwesen (Digital Finance)³⁶. Darin werden Chancen und Risiken aufgezeigt sowie konkrete Handlungsfelder festgelegt. Zudem beauftragt er das EFD, diese in enger Koordination mit Politik, Behörden, Privatwirtschaft und Wissenschaft umzusetzen. Die Behörden sollen dabei (i) bestmögliche regulatorische Rahmenbedingungen schaffen; (ii) aktive Dialogpartner gegenüber den verschiedenen Anspruchsgruppen (Finanzinstitute, Konsumenten, Zulieferer, innovative Startups, global tätige Technologieunternehmen, Wissenschaft und Betreiber von dezentralen Netzwerken) sein und falls nötig koordinieren; und (iii) Querschnittsthemen im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit und die Risiken des Schweizer Finanzplatzes aufarbeiten, namentlich bei der Nutzung von Daten, Clouds, Distributed Ledger-Technologie, Cybersicherheit, Künstlicher Intelligenz, Green Fin-Tech, Lehre und Forschung.

d) Open Finance

Open Finance ermöglicht den Austausch von Finanzdaten über standardisierte und sichere Datenschnittstellen auf Wunsch der Kundschaft. Wer bspw. bei mehreren Banken Konten hat, könnte mit der App einer dieser Banken oder eines Fintech alle Konten ansteuern. Weiter könnten Finanzdaten automatisch mit anderen Daten kombiniert werden, um bspw. eine CO₂-Bilanz zu berechnen.

Im Gegensatz zu anderen Ländern, wie etwa der EU oder dem Vereinigten Königreich, besteht in der Schweiz gegenwärtig keine gesetzliche Verpflichtung für Finanzinstitute, Drittanbietern auf Wunsch der Kundschaft Finanzdaten zugänglich zu machen. Der Bericht des Bundesrates zum Digitalen Finanzwesen vom Februar 2022³⁷ sieht vor, regelmässig den Handlungsbedarf zur Förderung und Ausweitung von Open Finance zu prüfen.

³⁶ Abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/70095.pdf>>.

³⁷ Vgl. hierzu oben [II.1.c\)](#).

Am 16. Dezember 2022 nahm der Bundesrat von den vom EFD entwickelten Ziele für Open Finance in der Schweiz Kenntnis.³⁸ Für den Fall, dass die Finanzbranche sich nicht ausreichend dafür engagieren sollte, ihre Schnittstellen zu öffnen, hat der Bundesrat das EFD beauftragt, ihm bis im Juni 2024 Massnahmen zu unterbreiten.

e) *Banken*

aa) *Eigenmittel*

Vom 4. Juli bis 25. Oktober 2022 führte das EFD die Vernehmlassung zur Änderung der Eigenmittelverordnung (ERV)³⁹ durch.⁴⁰ Mit dieser Vorlage sollen die vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht verabschiedeten finalen Basel III Standards in Schweizer Recht überführt werden. Damit ist gewährleistet, dass der Schweizer Bankenplatz im internationalen Wettbewerb weiterhin über gute Bedingungen verfügt.

Mit der vorgeschlagenen Anpassung der ERV sollen risikoreichere Geschäfte mit mehr Eigenmitteln unterlegt werden müssen als risikoärmere. Diese stärkere Differenzierung nach Risiken kann Banken unterschiedlich betreffen: Im Durchschnitt werden sich die Eigenmittelanforderungen für den Bankensektor – mit Ausnahme der Grossbanken – nicht wesentlich ändern. Andererseits wird das Zusammenspiel von standardisierten und internen Messverfahren so angepasst, dass eine transparente und international vergleichbare Berechnung der Kapitalanforderungen resultiert. Für Banken, die gewisse Anforderungen mittels interner Modelle berechnen, wird dabei der Spielraum im Vergleich zu den Standardverfahren der übrigen Banken begrenzt.

³⁸ Ziele für Open Finance in der Schweiz vom 16. Dezember 2022, abrufbar unter: www.news.admin.ch/news/message/attachments/74563.pdf.

³⁹ Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung, ERV) vom 1. Juni 2012 (SR 952.03).

⁴⁰ Abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/72391.pdf>.

bb) Insolvenz und Einlagensicherung

Am 17. Dezember 2021 hat das Eidgenössische Parlament die Änderung des Bankengesetzes⁴¹ verabschiedet. Aufgrund der im Bankengesetz vorgenommenen Änderungen musste auch die Bankenverordnung⁴² angepasst werden. Die Ausführungsbestimmungen umfassen hauptsächlich Definitionen und Konkretisierungen zur Einlagensicherung. So wird den Banken vorgegeben, wie sie sich vorbereiten müssen, um im Fall einer Insolvenz die rasche Auszahlung der gesicherten Einlagen zu gewährleisten. Weiter wird den Kantonalbanken ermöglicht, spezielle, auf ihre Sonderstellung zugeschnittene Finanzinstrumente für den Sanierungsfall herauszugeben. Konkretisiert werden auch die finanziellen und organisatorischen Anforderungen an nicht beaufsichtigte wichtige Unternehmen, die zu einer systemrelevanten Bankgruppe gehören. Schliesslich betrifft die Vorlage auch die Grossbanken, weil deren Rabatt auf bestimmte Eigenmittelanforderungen durch ein Anreizsystem ersetzt werden soll.

Vom 8. April bis 15. Juli 2022 führte das EFD die Vernehmlassung zur Änderung der Bankenverordnung durch. Am 23. November 2022 setzte der Bundesrat die Änderung des Bankengesetzes sowie der Bankenverordnung auf den 1. Januar 2023 in Kraft.

cc) Liquidität – Widerstandsfähigkeit gegen Liquiditätsschocks

Ereignisse wie die globale Finanzkrise 2007-2009 und die Covid-19 Pandemie haben gezeigt, wie bedeutend die Liquidität für die Stabilität einer systemrelevanten Bank und für die Volkswirtschaft ist. Eine Notlage oder ein Ausfall einer systemrelevanten Bank kann erhebliche Verwerfungen im Finanzsystem verursachen. Die Wahrscheinlichkeit einer staatlichen Intervention – mit möglichen Kostenfolgen für die Steuerpflichtigen – ist zu minimieren.

Eine Analyse des EFD in Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) und der Schweizerischen Nationalbank (SNB) hat gezeigt, dass die geltenden besonderen Anforderungen für systemrelevante Banken nicht durchgehend zu einer höheren Liquiditätshaltung führen. Die vom BankG verlangte Widerstandsfähigkeit gegen Liquiditätsschocks ist nicht gewährleistet und der Liquiditätsbedarf für den Fall einer Sanierung oder Liquidation ist nicht angemessen gedeckt.

⁴¹ Bankengesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0).

⁴² Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV) vom 30. April 2014 (SR 952.02).

Vom 30. September 2021 bis 13. Januar 2022 führte das EFD die Vernehmlassung zur Änderung der Liquiditätsverordnung⁴³ durch.⁴⁴

Am 3. Juni 2022 verabschiedete der Bundesrat Änderungen der Liquiditätsverordnung. Die Revision stellt sicher, dass systemrelevante Banken ausreichend Liquidität halten, um Liquiditätsschocks zu absorbieren und den Bedarf für eine Sanierung oder Liquidation zu decken. Eine hohe Liquiditätsausstattung ist auch eine zentrale Voraussetzung für die vom Bundesrat beabsichtigte Einführung einer staatlichen Liquiditätssicherung („Public Liquidity Backstop“). Die Änderung der Liquiditätsverordnung trat am 1. Juli 2022 in Kraft. Die betroffenen Banken erhalten eine Übergangszeit von 18 Monaten, um die neuen Anforderungen zu erfüllen.

Das neue Regulierungskonzept für systemrelevante Banken umfasst Grund- und Zusatzanforderungen. Die Grundanforderungen decken gewisse Risiken ab, die in den für alle Banken geltenden Bestimmungen zu wenig berücksichtigt sind. Beispielsweise müssen systemrelevante Banken künftig für eine 90 (statt 30) Tage dauernde Liquiditätskrise gewappnet sein. Die FINMA kann zusätzlich institutsspezifische Zuschläge erheben.

Zur Erfüllung der erhöhten Anforderungen können auch Massnahmen wie der Verkauf marktgängiger Wertpapiere, mit denen eine Bank während einer Krise Liquidität beschaffen kann, bis zu einer Obergrenze angerechnet werden. Unter bestimmten Voraussetzungen sind auch kantonale Staatsgarantien und teilweise die ausserordentliche Liquiditätshilfe der SNB anrechenbar.

f) Nachhaltiges Finanzwesen

aa) Finanzplatz Schweiz

Nachhaltigkeit bildet einen der Pfeiler der Schweizer Finanzmarktstrategie, die der Bundesrat im Dezember 2020 beschlossen hatte. Der Finanzstandort Schweiz kann mit einer Vorreiterrolle im Bereich nachhaltiger Finanzen seine Wettbewerbsfähigkeit stärken und gleichzeitig dazu beitragen, die Nachhaltigkeitsziele der UNO zu erreichen.

⁴³ Verordnung über die Liquidität der Banken und Wertpapierhäuser vom 30. November 2012 (Liquiditätsverordnung, LiqV, SR 952.06).

⁴⁴ Abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/68381.pdf>>.

Am 16. Dezember 2022 legte der Bundesrat einen Bericht zu „Sustainable-Finance Schweiz – Handlungsfelder 2022-2025 für einen führenden nachhaltigen Finanzplatz“⁴⁵ vor. Anhand von 15 Massnahmen legt der Bundesrat darin dar, wie die Schweiz ihre Position als einer der weltweit führenden Standorte für nachhaltige Finanzen weiter ausbauen kann. Für die internationale Wettbewerbsfähigkeit ist zentral, dass der Schweizer Finanzplatz auch im Bereich Sustainable Finance durch hohe Glaubwürdigkeit und Verhinderung von Greenwashing hervorsticht.

Die Massnahmen sollen u.a. für mehr und bessere Nachhaltigkeitsdaten aus der Gesamtwirtschaft sorgen, etwa indem Daten zur Klimaverträglichkeit offengelegt werden. Die Transparenz im Finanzsektor soll generell erhöht werden, z.B. dadurch, dass Finanzinstitute die jüngst eingeführten Swiss Climate Scores⁴⁶ anwenden oder sich internationalen Netto-Null Allianzen anschliessen. Der Bundesrat empfiehlt Finanzinstituten und Vorsorgeeinrichtungen, auf ihren Internetseiten aufzuzeigen, inwiefern ihre Dialoge mit investierten Unternehmen und die Ausübung ihrer Aktienstimmrechte mit Nachhaltigkeitszielen, die sie freiwillig unterstützen, vereinbar sind.

Zudem will der Bundesrat Investitionen fördern, die neben einer finanziellen Rendite auch eine positive und messbare soziale und/oder ökologische Wirkung erzielen. Er will den Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft auch in internationalen Gremien mitprägen und bspw. Initiativen für einen globalen CO₂-Preis unterstützen.

bb) Prävention von Greenwashing

Am 16. Dezember 2022 präziserte der Bundesrat in einem Positionspapier⁴⁷ seine Haltung zu Greenwashing im Finanzmarkt. Unter Greenwashing im Finanzsektor wird die Täuschung von Kundinnen und Kunden bezüglich nachhaltiger Eigenschaften von Finanzprodukten und -dienstleistungen verstanden. Finanzprodukte oder -dienstleistungen sollen nur dann als nachhaltig angeboten werden, wenn sie mit mind. einem spezifischen Nachhaltigkeitsziel verträglich sind oder dazu beitragen, ein Nachhaltigkeitsziel zu erreichen. Damit soll gewährleistet werden, dass Finanzprodukte und -dienstleistungen, die allfällige ESG-Risiken reduzieren sollen, nur als nachhaltig bezeichnet wer-

⁴⁵ Abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/74560.pdf>>.

⁴⁶ Vgl. hierzu unten II.1.f)dd).

⁴⁷ Standpunkt des Bundesrates bezüglich Greenwashing-Prävention im Finanzsektor vom 16. Dezember 2022, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/74576.pdf>>.

den, wenn sie neben einem rein finanziellen auch ein nachhaltiges Anlageziel verfolgen. Anbieter nachhaltiger Produkte oder Dienstleistungen sollen darlegen, wie sie das angestrebte nachhaltige Anlageziel zu erreichen gedenken. Die Anbieter sollen zudem periodisch über die gewählten nachhaltigen Anlageziele Rechenschaft ablegen und die Einhaltung der Transparenzanforderungen soll durch einen unabhängigen Dritten überprüft werden können.

Der Bundesrat beauftragt eine Arbeitsgruppe unter der Leitung des EFD, zu prüfen, wie der Standpunkt des Bundesrates bezüglich Greenwashing-Prävention am besten umzusetzen ist. Das EFD wird dem Bundesrat auf Basis der Arbeiten bis Ende September 2023 das weitere Vorgehen vorschlagen.

cc) *Klimaberichterstattung*

Transparenz von grossen Unternehmen zur Klimawirkung ihrer Tätigkeit ist ein zentrales Element für das Funktionieren der Märkte sowie für Klimanachhaltigkeit im Finanzsektor. Bisher fehlen in der Schweiz klare, vergleichbare Offenlegungen im Bereich Klima.⁴⁸ Dies hat der Bundesrat mit einer neuen Verordnung ermöglicht. Vom 30. März bis 7. Juli 2022 führte das EFD bei interessierten Kreisen eine Vernehmlassung zum Verordnungsentwurf durch. Am 23. November 2022 verabschiedete der Bundesrat die entsprechende Verordnung.⁴⁹ Sie tritt auf den 1. Januar 2024 in Kraft.

Die Verordnung sieht die verbindliche Umsetzung der international anerkannten Empfehlungen der Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD) für grosse Schweizer Unternehmen vor. Publikumsgesellschaften, Banken und Versicherungen, die mind. 500 Mitarbeitende beschäftigen und eine Bilanzsumme von mindestens 20 Millionen Franken oder einen Umsatz von mehr als 40 Millionen Franken aufweisen, sind verpflichtet, über Klimabelange öffentlich Bericht zu erstatten. Die öffentliche Berichterstattung umfasst einerseits das finanzielle Risiko, das ein Unternehmen durch klimarelevante Tätigkeiten eingeht. Andererseits muss offengelegt werden, welche Auswirkungen die Geschäftstätigkeit des Unternehmens auf das Klima hat. Zudem muss beschrieben werden, welche Reduktionsziele das Unternehmen bezüglich seiner direkten und indirekten Treibhausgasemissionen setzt und wie es diese umzusetzen plant.

⁴⁸ Vgl. zu Klimaberichterstattung bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/2022, Zürich 2022, 31 f.

⁴⁹ Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange vom 23. November 2022 (SR 221.434).

dd) *Swiss Climate Score*

Der Schweizer Finanzplatz soll mit glaubwürdiger Klimatransparenz einen internationalen Spitzenplatz einnehmen. Am 29. Juni 2022 hat der Bundesrat zu diesem Zweck die „Swiss Climate Scores“ lanciert.⁵⁰

Die „Swiss Climate Scores“ verschaffen institutionellen und privaten Anlegerinnen und Anlegern in der Schweiz vergleichbare und aussagekräftige Informationen, inwiefern ihre Finanzanlagen mit internationalen Klimazielen verträglich sind. Die „Swiss Climate Scores“ sollen, wo sinnvoll, bei Finanzanlagen und Kundenportfolien angewendet werden.

Die „Swiss Climate Scores“ enthalten Indikatoren, welche sowohl die aktuelle Situation von globalen Unternehmen im Finanzprodukt oder Portfolio widerspiegeln (Ist-Zustand), als auch aufzeigen, wo sich diese Unternehmen in Bezug auf globale Klimaziele (Netto-Null- Zielsetzung per 2050) aktuell situieren. Netto-Null bedeutet, dass global nicht mehr Treibhausgase ausgestossen werden dürfen, als natürliche und technische Speicher aufnehmen können.

Mit der freiwilligen Verwendung der „Swiss Climate Scores“ sollen Anlageentscheide effizienter gefällt werden können. Anlegerinnen und Anleger können von wirtschaftlichen Chancen beim Übergang zu Netto-Null profitieren und gleichzeitig ihren Beitrag zur Erreichung der Klimaziele besser leisten.

g) *Cyberangriffe*

Erfolgreiche Cyberangriffe können weitreichende Folgen für die Verfügbarkeit und Sicherheit der Schweizer Wirtschaft haben. Die Bevölkerung, Behörden und Unternehmen sind täglich dem Risiko eines Cyberangriffs ausgesetzt. Heute fehlt eine Übersicht darüber, welche Angriffe wo stattgefunden haben, da Meldungen an das Nationale Zentrum für Cybersicherheit (NCSC) nur auf freiwilliger Basis erfolgen.

Vom 12. Januar bis 14. April 2022 führte das EFD eine Vernehmlassung zur Änderung des Informationssicherheitsgesetzes⁵¹ durch. Am 2. Dezember 2022 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft für eine entsprechende Gesetzes-

⁵⁰ Die Swiss Climate Scores – Best-practice Transparenz zur Klimaverträglichkeit von Investitionen sind abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/72237.pdf>>.

⁵¹ Bundesgesetz über die Informationssicherheit beim Bund (Informationssicherheitsgesetz, ISG) vom 18. Dezember 2020 (SR 128).

revision.⁵² Die Vorlage schafft die gesetzlichen Grundlagen zur Meldepflicht für Betreiberinnen und Betreiber kritischer Infrastrukturen und definiert die Aufgaben des NCSC, welches als zentrale Meldestelle für Cyberangriffe vorgesehen ist.

Dank einer Meldepflicht erhält das NCSC künftig eine bessere Übersicht über die in der Schweiz erfolgten Cyberangriffe und die Vorgehensweisen der Angreifer. Dadurch wird eine bessere Einschätzung der Bedrohungslage möglich und Betreiberinnen und Betreiber kritischer Infrastrukturen können frühzeitig gewarnt werden.

h) Kollektivanlagen

Im Dezember 2021 beschlossen die Eidgenössischen Räte, das Kollektivanlagengesetz⁵³ zu ändern und damit den *Limited Qualified Investor Fund* (L-QIF) einzuführen. Dabei handelt es sich um kollektive Kapitalanlagen, die von der Bewilligungs- und Genehmigungspflicht durch die FINMA befreit sind. Bedingung dafür ist, dass sie ausschliesslich qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern offenstehen und von Instituten verwaltet werden, die durch die FINMA beaufsichtigt werden. Der L-QIF soll dazu beitragen, die Attraktivität und die Innovationsfähigkeit des Fondsplatzes Schweiz zu erhöhen.

Vom 23. September bis 23. Dezember 2022 führte das EFD die Vernehmlassung zu einer entsprechenden Änderung der Kollektivanlagenverordnung⁵⁴ durch.⁵⁵

i) Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

Die Schweiz verfügt über wirksame Instrumente zur Bekämpfung der Finanzmarktkriminalität. Sie ist zudem aktives Mitglied der internationalen *Financial Action Task Force* (FATF).

⁵² Abrufbar unter: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/74216.pdf>>.

⁵³ Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006 (SR 951.31).

⁵⁴ Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung, KKV) vom 22. November 2006 (SR 951.311).

⁵⁵ Abrufbar unter: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/73216.pdf>>.

Am 19. März 2021 hat das Eidgenössische Parlament die Revision des Geldwäschereigesetzes (GwG)⁵⁶ beschlossen. Diese verbessert das Abwehrdispositiv der Schweiz zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und trägt den wichtigsten Empfehlungen des Länderberichts der FATF über die Schweiz vom Dezember 2016 Rechnung. Die Massnahmen verlangen nach Ausführungsbestimmungen, namentlich im Bereich des Meldesystems für Geldwäsche, der Einführung einer Bewilligungspflicht für den Ankauf von Altedelmetallen, des Zentralamtes für Edelmetallkontrolle als neue Geldwäschereiaufsichtsbehörde und der Transparenz von Vereinen mit einem erhöhten Risiko der Terrorismusfinanzierung.

Vom 1. Oktober 2021 bis 17. Januar 2022 führte der Bundesrat eine Vernehmlassung zur Änderung der Geldwäschereiverordnung (GwV)⁵⁷ sowie weiterer Verordnungen, wie der Verordnung über die Meldestelle für Geldwäsche, der Handelsregisterverordnung, der Edelmetallkontrollverordnung und der Verordnung über die Gebühren der Edelmetallkontrolle, durch.⁵⁸

Am 31. August 2022 hat der Bundesrat das revidierte GwG sowie die angepasste GwV per 1. Januar 2023 in Kraft gesetzt. Die Revision sieht Massnahmen vor für Finanzintermediäre in den Bereichen wirtschaftliche Berechtigung, Aktualität der Kundendaten und Geldwäschereiverdachtsmeldungen. Zudem fördert sie die Transparenz von Vereinen mit erhöhtem Risiko im Bereich der Terrorismusfinanzierung und verstärkt die Aufsicht und Kontrollen im Bereich der Edelmetalle.

2. Finanzmarktaufsicht (FINMA)

a) Risikomonitor

Am 10. November 2022 veröffentlichte die FINMA ihren Risikomonitor 2022.⁵⁹ Sie gibt damit einen Überblick über die aus ihrer Sicht aktuell bedeutendsten Risiken für die Beaufsichtigten und beschreibt den daraus abgeleiteten Fokus der Aufsichtstätigkeit.

⁵⁶ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0).

⁵⁷ Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung vom 11. November 2015 (Geldwäschereiverordnung, GwV, SR 955.01).

⁵⁸ Abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/68403.pdf>>.

⁵⁹ Abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumenten-center/myfinma/finma-publikationen/risikomonitor/20221110-finma-risikomonitor-2022.pdf?sc_lang=de&hash=8388FA0079E89BDEC7C095F9E6240730>.

Aufgrund des Krieges in der Ukraine hat das globale Wirtschaftswachstum im Jahre 2022 deutlich an Schwung verloren. Aufgrund des hohen Inflationsdrucks haben die Zentralbanken ihren geldpolitischen Kurs angepasst und die Zinsen zum Teil deutlich angehoben. Auch in der Schweiz endete am 22. September 2022 eine längere Phase mit negativem Leitzins. Die unsichere weitere Entwicklung der Inflation, der Zinssätze sowie des Wirtschaftswachstums birgt Risiken.

Vor diesem Hintergrund identifiziert die FINMA sieben Hauptrisiken für die Finanzbranche. Sechs davon lauten gleich wie im Vorjahr. Es sind dies: (i) Zinsrisiken, (ii) Kreditrisiken bei Hypotheken, (iii) Kreditrisiken bei übrigen Krediten, (iv) Risiken vor Cyber-Angriffen, (v) Risiken im Bereich der Geldwäschereibekämpfung, sowie (vi) Risiken wegen eines erschwerten grenzüberschreitenden Marktzugangs. Während die FINMA die Risiken im Zusammenhang mit Cyber-Angriffen als gleichbleibend hoch beurteilt, ortet sie bei allen anderen erwähnten Themen erhöhte Risiken gegenüber dem Vorjahr. Als zusätzliches Risiko wird die Erhöhung der Risikoaufschläge (*Credit Spreads*) erstmals im Risikomonitor aufgeführt.

b) Finanzmarktinfrastruktur

Mit Inkrafttreten des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes (FinfraG)⁶⁰ und den ausführenden Verordnungen wurden die Bestimmungen zur Meldepflicht zwecks Förderung der Transparenz des Effektenhandels und zur Verbesserung der Handelsüberwachung revidiert.⁶¹ Handelsplatzteilnehmer sowie übrige Banken und Wertpapierhäuser sind nach einer Übergangsfrist seit dem 1. Oktober 2018 (inländische Teilnehmer) bzw. 1. Januar 2019 (ausländische Teilnehmer) verpflichtet, die Abschluss- und Transaktionsmeldungen nach Art. 39 FinfraG zu erstatten. Für die Entgegennahme und die Verarbeitung der für die Handelsüberwachung zentralen Transaktionsmeldungen betreiben die Handelsplätze je eine Meldestelle gemäss Art. 5 Abs. 4 Finanzmarktinfrastrukturverordnung-FINMA (FinfraV-FINMA)⁶². Die von den Meldepflichtigen übermittelten Transaktionsmeldungen weisen bei Derivaten bis heute nicht die Qualität auf, die für eine effektive Handelsüberwachung und die Marktaufsicht

⁶⁰ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1).

⁶¹ Vgl. hierzu bereits oben [II.1.a](#).

⁶² Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturverordnung-FINMA, FinfraV-FINMA) vom 3. Dezember 2015 (SR 958.111).

durch die FINMA erforderlich ist. Ein Grund hierfür liegt in der offenen Formulierung des Meldeinhalts von Art. 3 FinfraV-FINMA und die gestützt auf diese Bestimmung erlassenen Meldespezifikationen der Handelsplätze.

Gestützt auf eine vom 9. Mai bis 5. Juli 2022 durchgeführten Anhörung veröffentlichte die FINMA am 14. Dezember 2022 die teilrevidierte FinfraV-FINMA. Die FINMA präzisierte in der Verordnung den zu meldenden Inhalt bei meldepflichtigen Derivatetransaktionen. Transaktionen über Derivate, die an einem Handelsplatz zum Handel zugelassene Effekten als Basiswert haben, müssen gemeldet und in die Handelsüberwachung einbezogen werden. Zudem müssen die Handelsplätze Meldungen, die offensichtlich falsch oder unvollständig sind, erkennen und wo nötig zurückweisen. Die Verordnung sieht für die Erstellung der technischen Spezifikationen zuhanden der Meldepflichtigen sowie für die operative Einführung gestaffelte Übergangsfristen von insgesamt 15 Monaten vor. Weiter aktualisierte die FINMA als Reaktion auf die Benchmark-Reform den Katalog abrechnungspflichtiger Zinsderivate, die über eine zentrale Gegenpartei abzurechnen sind. Dabei orientierte sich die FINMA wie bis anhin eng am EU-Recht. Die teilrevidierte FinfraV-FINMA trat am 1. Februar 2023 in Kraft.

c) *Banken*

aa) *Eigenmittel*

Der internationale Bankenstandard Basel III umfasst Regeln zu anrechenbaren Eigenmitteln, zur Höhe der Eigenmittel zur Verlustabfederung, zur Risikoverteilung, zur Liquidität und zur Offenlegung. Gesetzes- und Verordnungsgeber haben seit 2013 als Reaktion auf die letzte Finanzkrise entwickelte Reformpaket der Basel-III-Standards schrittweise ins Schweizer Recht eingeführt. Mit der Einführung der sog. finalen Basel-III-Standards findet dieser Prozess seinen Abschluss.⁶³

Zur Einführung der finalen Basel-III-Standards passen der Bundesrat die Eigenmittelverordnung und die FINMA ihre zugehörigen Ausführungsbestimmungen in Form von fünf neuer FINMA-Verordnungen an.⁶⁴ Gleichzeitig hebt

⁶³ Vgl. hierzu bereits oben [II.1.c\)aa\)](#).

⁶⁴ Entwurf FINMA-Verordnung über das Handels- und Bankenbuch und die anrechenbaren Eigenmittel; Entwurf FINMA-Verordnung über die Höchstverschuldungsquote und die operationellen Risiken; Entwurf FINMA-Verordnung über Kreditrisiken; Entwurf FINMA-Verordnung über Marktrisiken; Entwurf FINMA-Verordnung über die Offenlegung von Risiken und Eigenmitteln und der Grundsätze der Corporate Governance.

die FINMA fünf von sechs relevanten FINMA-Rundschreiben auf.⁶⁵ Vom 4. Juli bis 25. Oktober 2022 führte die FINMA die Anhörung zu ihren Verordnungen durch. Die Eigenmittelverordnung des Bundesrates und die zugehörigen FINMA-Verordnungen sollen am 1. Juli 2024 in Kraft treten.

bb) Operationelle Risiken bei Banken

Gestützt auf eine vom 10. Mai bis 11. Juni 2022 durchgeführten Anhörung veröffentlichte die FINMA am 13. Dezember 2022 das totalrevidierte Rundschreiben zu den operationellen Risiken bei Banken.⁶⁶ Sie will damit den fortschreitenden technologischen Entwicklungen Rechnung tragen und konkretisiert ihre Aufsichtspraxis in Bezug auf das Management operationeller Risiken, insb. im Zusammenhang mit der Informations- und Kommunikationstechnologie, dem Umgang mit kritischen Daten und den Cyber-Risiken. Das Rundschreiben übernimmt zudem die vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht im März 2021 veröffentlichten revidierten Prinzipien zum Umgang mit operationellen Risiken und die neuen Prinzipien zur operationellen Resilienz. Das totalrevidierte FINMA-Rundschreiben tritt am 1. Januar 2024 in Kraft.⁶⁷ Für die Sicherstellung der operationellen Resilienz gelten zusätzlich schrittweise Übergangsbestimmungen über zwei Jahre.

cc) Recovery- und Resolution-Planung

Systemrelevante Schweizer Finanzinstitute müssen über eine Stabilisierungs- und Abwicklungsplanung verfügen, die sog. Recovery- und Resolution-Planung. Darin zeigen sie auf, wie sie sich im Krisenfall stabilisieren oder wie sie saniert oder liquidiert werden können. Für die Schweiz systemrelevante Funktionen müssen dabei stets aufrechterhalten bleiben. Am 24. März 2022 informierte die FINMA über den Stand der Recovery- und Resolution-Planung von systemrelevanten Schweizer Finanzinstituten.⁶⁸

⁶⁵ FINMA-Rundschreiben 2013/1 „Anrechenbare Eigenmittel – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2015/3 „Leverage Ratio – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2017/7 „Kreditrisiken – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2008/20 „Marktrisiken – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2016/1 „Offenlegung – Banken“. Das FINMA-Rundschreiben 2008/1 „Operationelle Risiken – Banken“ wird in einem separaten Prozess revidiert (vgl. hierzu sogleich unten [II.2.c\)bb\)](#)).

⁶⁶ FINMA Rundschreiben 2023/1, „Operationelle Risiken und Resilienz – Banken“, vom 7. Dezember 2022.

⁶⁷ Ab Inkrafttreten wird das Rundschreiben auch die als Mindeststandard anerkannten „Empfehlungen für das Business Continuity Management (BCM)“ der Schweizerischen Bankiervereinigung ersetzen.

⁶⁸ Vgl. hierzu Medienmitteilung der FINMA, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2022/03/20220324-mm-resolution-bericht/>.

Bei den Finanzmarktinfrastrukturen hat die FINMA die Recovery-Pläne der zentralen Gegenpartei SIX x-clear sowie des Zentralverwahrers SIX SIS erstmals genehmigt. Die Grossbanken Credit Suisse und UBS konnten Fortschritte in ihrer globalen Resolvability (Abwickelbarkeit) erzielen. Sie bauten Hindernisse zur Umsetzung der Resolution-Strategie deutlich ab. Die FINMA hat die Recovery-Pläne der beiden Grossbanken erneut genehmigt. Auch die Schweizer Notfallpläne von Credit Suisse und UBS beurteilt die FINMA weiterhin als umsetzbar. Die FINMA erachtet die Notfallpläne der inlandorientierten systemrelevanten Banken PostFinance, Raiffeisen und Zürcher Kantonalbank indes weiterhin für nicht umsetzbar. Keine der Banken hat ausreichend verlustabsorbierende Mittel reserviert, um im Krisenfall rekapitalisiert und weitergeführt werden zu können (sog. Gone-Concern-Kapital).

d) Management von klimabezogenen Finanzrisiken

Die grössten Banken und Versicherungsunternehmen müssen gemäss den FINMA-Rundschreiben 2016/1 „Offenlegung – Banken“ und 2016/2 „Offenlegung – Versicherer (Public Disclosure)“ ihre wesentlichen klimabezogenen Finanzrisiken beschreiben. Dabei haben sie darzulegen, welchen Einfluss die Klimarisiken auf die Geschäfts- und Risikostrategie sowie deren Auswirkungen auf die bestehenden Risikokategorien haben. Zudem müssen die Institute die Risikomanagementstrukturen und -prozesse offenlegen, mit welchen sie die Risiken identifizieren, bewerten und behandeln. Dazu gehören auch quantitative Informationen und Beschriebe der verwendeten Methodologien. Die Institute haben auch darzulegen, mit welcher Governance-Struktur sie klimabezogenen Finanzrisiken begegnen. Schliesslich müssen sie Einschätzungen machen, für wie wesentlich sie die Risiken halten und welche Kriterien und Bewertungsmethoden für diese Einschätzung berücksichtigt werden.

Am 29. November 2022 veröffentlichte die FINMA eine Aufsichtsmitteilung⁶⁹ in der sie die wesentlichen Erkenntnisse aus einer von ihr durchgeführten Analyse zur ersten Offenlegung klimabezogener Finanzrisiken festhält.

Am 24. Januar 2023 veröffentlichte die FINMA ausserdem eine Aufsichtsmitteilung⁷⁰ betreffend Entwicklungen im Bereich des Managements von Klimarisiken. Darin bekräftigt sie ihre Erwartung, dass beaufsichtigte Institute ein adäquates und ihrem Risikoprofil entsprechendes Klimarisikomanagement etablieren. Dabei erwartet die FINMA, dass die beaufsichtigten Finanzinstitute

⁶⁹ FINMA-Aufsichtsmitteilung 03/2022, „Umsetzung der Klimarisiko-Offenlegung durch Kategorie 1-2 Institute, vom 29. November 2022.

⁷⁰ FINMA-Aufsichtsmitteilung 01/2023, „Entwicklungen im Bereich des Managements von Klimarisiken, vom 24. Januar 2023.

sich proaktiv mit den angesprochenen Empfehlungen und Hilfestellungen internationaler Gremien sowie mit bewährten Praktiken am Markt auseinandersetzen und ihre Instrumente und Prozesse wo nötig weiterentwickeln.

e) Datenschutz

Seit 1. Oktober 2011 ist die Datenverordnung-FINMA in Kraft.⁷¹ Diese wurde im Rahmen von mehreren Teilrevisionen ergänzt und präzisiert. Die geltende Datenverordnung-FINMA regelt die Führung einer Datensammlung mit Hinweisen zu Personen, die für die Beurteilung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit relevant sein können (Datensammlung Gewähr oder früher auch Watchlist genannt) sowie die Datenbearbeitung durch Dritte im Rahmen der Aufsicht.

Am 25. September 2020 wurde die Totalrevision des Datenschutzgesetzes⁷² vom Parlament verabschiedet.

Vom 9. März bis 10. Mai 2022 führte die FINMA eine Anhörung zur Totalrevision der Datenverordnung-FINMA durch.⁷³ Mit der Totalrevision der Datenverordnung-FINMA sollen die bestehenden Ausführungsvorschriften der FINMA im Lichte der neuen Bundesregelungen ergänzt und präzisiert werden. Gleichzeitig soll das revidierte Datenschutzrecht umgesetzt werden.

f) Geldwäscherei

Am 2. November 2022 passte die FINMA die Geldwäschereiverordnung-FINMA⁷⁴ an, um den jüngsten Revisionen des GwG und der GwV Rechnung zu tragen. Die Verordnung trat am 1. Januar 2023 in Kraft.

Die vom 8. März bis 10. Mai 2022 durchgeführte Anhörung im Vorfeld der Revision ergab, dass wie von der FINMA vorgeschlagen die gesetzlich geregelte Überprüfung der Identität der wirtschaftlich berechtigten Person sowie die periodische Überprüfung der Aktualität der Kundendaten auf Verordnungsebene nicht konkretisiert werden müssen. Hingegen bleibt die Bestimmung bestehen, dass Finanzintermediäre die Modalitäten der Aktualisierung und

⁷¹ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Datenbearbeitung (Datenverordnung-FINMA), vom 8. September 2011 (SR 956.124).

⁷² Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), vom 19. Juni 1992 (SR 235.1).

⁷³ Die Anhörungsunterlagen sind abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2022/03/20220324-mm-resolution-bericht/>>.

⁷⁴ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA), vom 3. Juni 2015 (SR 955.033.0).

Überprüfung der Kundenbelege in einer internen Weisung regeln müssen. Zudem wird die Geldwäschereiverordnung-FINMA auch auf Distributed-Ledger-Handelssysteme angewendet.

3. SIX Swiss Exchange

a) Aktienrechtsrevision

Seit dem 1. Januar 2023 gelten für Aktiengesellschaften flexiblere Gründungs- und Kapitalvorschriften. Gleichzeitig wurde die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) aufgehoben und deren Bestimmungen in das Obligationenrecht (OR) überführt. Die bereits per 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Bestimmungen für besseren Schutz von Mensch und Umwelt finden nach Ablauf der Übergangsfrist erstmals auf das Geschäftsjahr 2023 Anwendung. Die auf bundesrechtlicher Ebene erfolgten Änderungen mussten in den Regularien für die Handelsplätze von SIX umgesetzt werden. Die Anpassungen hatten bei folgenden Regularien Änderungen zur Folge: (i) Richtlinie Ausgestaltung von Effekten (RLAE); (ii) Richtlinie Corporate Governance (RLCG); (iii) Richtlinie Regelmeldepflichten (RLRMP); (iv) Richtlinie Verfahren Beteiligungsrechte (RLVB); sowie (v) Gebührenordnung zum Kotierungsreglement. Die revidierten Regularien sind am 1. Januar 2023 in Kraft getreten. In Bezug auf die RLCG sind diese erstmals für Berichtsperioden, die am oder nach dem 1. Januar 2023 beginnen, anzuwenden. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen für die Berichtspflichten zu den Geschlechterrichtwerten, welche für Berichtsperioden ab dem 1. Januar 2026 bzw. 1. Januar 2031 gelten.

b) Corporate Governance

Am 1. Januar 2023 ist der vollständig revidierte Leitfaden zur Richtlinie Corporate Governance⁷⁵, der sich auf die Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance⁷⁶ (RLCG) bezieht, in Kraft getreten. Seit der letztmaligen Überarbeitung des Leitfadens im Jahr 2017 wurde die RLCG mehrmals partiell revidiert, insb. in Bezug auf die Möglichkeit eines „Opting-In“ für einen Nachhaltigkeitsbericht, Folgeanpassungen der Einführung des Finanzdienstleistungsgesetzes sowie die Angaben zu generellen Handelssperrzeiten. Mit der Einführung des neuen regulatorischen Standards Sparks wurde die

⁷⁵ Abrufbar unter: <<https://www.ser-ag.com/dam/downloads/publication/obligations/guidelines/guideline-dcg-de.pdf>>.

⁷⁶ Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) vom 29. Juni 2022.

RLCG ein weiteres Mal angepasst. Zuletzt wurde infolge der umfassenden Aktienrechtsrevision eine substantielle Überarbeitung erforderlich. Der revidierte und aktualisierte Leitfaden enthält nun all diese Änderungen. Gleichzeitig wurden die bestehenden Erläuterungen auf ihre Aktualität überprüft und, soweit notwendig, angepasst oder entfernt.

c) *Hinterlegungsscheine (Global Depository Receipts)*

Am 25. Juli 2022 traten revidierte Bestimmungen zu Hinterlegungsscheinen bzw. *Global Depository Receipts* (GDR) in Kraft. Mit den revidierten Bestimmungen wurden die Kotierung und der Handel von GDR attraktiv ausgestattet und vergleichbare regulatorische Rahmenbedingungen wie an anderen Handelsplätzen geschaffen. Entsprechend wurden Anpassungen am Kotierungsreglement⁷⁷ vorgenommen, wie insb. (i) neue Informationspflichten des Depositärs und Pflichten zur Verwahrung der Basisaktien, (ii) die Pflicht angemessene Informationen über den Depositär, die Hinterlegungsscheine und den Hinterlegungsvertrag im Prospekt oder einem zusätzlichen Dokument offenzulegen; (iii) die bis anhin bestehende Ausnahme zur Offenlegung von Management-Transaktionen wurde aufgehoben; (iv) die Anwendbarkeit der Richtlinie Corporate Governance (RLCG) bleibt ausgenommen. Neu hat der Emittent der Basisaktien indes sowohl im Prospekt nach dem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)⁷⁸ als auch im Geschäftsbericht eine Erklärung abzugeben, wonach er die Corporate Governance Standards seines Heimatmarktes einhält; sowie (v) die bis anhin bestandene Ausnahme zur Veröffentlichung von Zwischenabschlüssen wird aufgehoben. Der Emittent der Basisaktien ist verpflichtet, Halbjahresabschlüsse zu veröffentlichen.

Die an der SIX Swiss Exchange AG kotierten Hinterlegungsscheine werden in einem neuen Handelssegment „Hinterlegungsscheine“ handelbar. Das Handelsmodell für Hinterlegungsscheine ist demjenigen des Handelssegments „Mid-/Small-Cap Aktien“ nachgebildet.

⁷⁷ Kotierungsreglement vom 27. April 2022.

⁷⁸ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vom 15. Juni 2018 (SR 950.1).

d) Reporting – Ad hoc-Mitteilungen

Mit einer Übergangsfrist vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2021 änderte die SIX Exchange Regulation die Art der Übermittlung für Ad hoc-Mitteilungen. Seit 1. Januar 2022 sind ad hoc-Mitteilungen zwingend über CONNEXOR® Reporting zu übermitteln und nicht mehr wie bis anhin durch E-Mail.⁷⁹

⁷⁹ Art. 12a SIX-Richtlinie zur Ad hoc-Publizität (RLAhP).

Versicherungsrecht

Hansjürg Appenzeller/Vanessa Isler

Inhalt

I.	<u>Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER)</u>	34
1.	<u>Entwicklungen zur Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD)</u>	34
a)	<u>Bewertung von fondsgebundenen Versicherungsprodukten</u>	34
b)	<u>Leitfaden zur Integration von Nachhaltigkeitspräferenzen in der Eignungsprüfung unter der Versicherungsvertriebsrichtlinie</u>	35
c)	<u>Umgang mit Ausschlüssen im Zusammenhang mit systemischen Risiken</u>	35
2.	<u>ESG: Nachhaltiges Finanzwesen, EU-Taxonomie und Klimarisiken</u>	36
a)	<u>Inkraftsetzung der RTS unter der Offenlegungsverordnung per 1. Januar 2023</u>	36
b)	<u>Überwachung der Verwendung von Risikoszenarien für den Klimawandel im ORSA</u>	37
3.	<u>Forderung zur Veröffentlichung von Stresstests</u>	37
4.	<u>Umgang mit Cyberrisiken</u>	38
5.	<u>EIOPA Warnung zu Kreditversicherungsprodukten</u>	38
6.	<u>Wichtige EuGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht</u>	39
a)	<u>EuGH vom 24. November 2022 Rs C-458/21 (Mehrwertsteuerbefreiung)</u>	39
b)	<u>EuGH vom 13. Januar 2022 Rs C-724/20 (Anhängige Rechtsstreitigkeiten in Liquidationsverfahren)</u>	40
c)	<u>EuGH vom 29. September 2022 Rs C-633/20 (Versicherungsvermittlung)</u>	42
II.	<u>Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022 (HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER)</u>	44
1.	<u>Revision VAG</u>	44
2.	<u>Revision AVO</u>	44
3.	<u>Weitere aufsichtsrechtliche Aspekte</u>	45
4.	<u>Wichtige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Versicherungsrecht</u>	46
a)	<u>BGer 4A_330/2021 (Gültiger Deckungsausschuss bei Pandemien)</u>	46
b)	<u>BGer 4A_394/2021 vom 11. Januar 2022 (Beweismass gem. Art. 40 VVG)</u>	46
c)	<u>BGer 4A_303/2022 vom 17. Oktober 2022 (Pandemieausschluss)</u>	47

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

1. Entwicklungen zur Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD)¹

a) *Bewertung von fondsgebundenen Versicherungsprodukten*

Am 30. November 2021 hat die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) ein *Supervisory Statement* zur Bewertung von fondsgebundenen (*unit-linked*) Versicherungsprodukten veröffentlicht.² Das *Supervisory Statement* soll einen gemeinsamen Ansatz für die Bewertung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses entwickeln. Versicherungsunternehmen und -vermittler, die Versicherungsprodukte zum Verkauf an Kunden konzipieren und vertreiben, sollen das Kosten-Nutzen-Verhältnis bei fondsgebundenen Versicherungsprodukten nach denselben Grundsätzen bewerten.³ Zusätzlich hat die EIOPA eine Methodologie publiziert, welche einen EU-weiten Ansatz zur Identifikation von fondsgebundenen Versicherungsprodukten mit schlechtem oder gar keinem Kosten-Nutzen-Verhältnis skizziert.⁴ Die Methodologie enthält insbesondere auch Hinweise bezüglich der Erwartungen der EIOPA in diesem Bereich mit Blick auf die Strukturierung und den Vertrieb von fondsgebundenen Versicherungsprodukten.

¹ Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb, ABl L 26 vom 2. Februar 2016, 19 ff.

² EIOPA, *Supervisory Statement on assessment of value for money of unit-linked insurance products under product oversight and governance*, EIOPA (2021)0045739 vom 30. November 2021.

³ Vgl. zur Einhaltung der Aufsichts- und Lenkungsanforderungen gemäss Art. 25 Richtlinie (EU) 2016/97, Delegierte Verordnung (EU) 2017/2358 der Kommission vom 21. September 2017 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Aufsichts- und Lenkungsanforderungen für Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreiber, ABl. L 341 vom 20. Dezember 2017, 1 ff.

⁴ EIOPA, *Methodology to assess value for money in the unit-linked market*, EIOPA BoS-22/482 vom 31. Oktober 2022.

b) *Leitfaden zur Integration von Nachhaltigkeitspräferenzen in der Eignungsprüfung unter der Versicherungsvertriebsrichtlinie*

Am 20. Juli 2022 hat die EIOPA einen Leitfaden zur Integration von Nachhaltigkeitspräferenzen zur Beurteilung der Eignung von Versicherungsanlageprodukten für Kunden nach der Versicherungsvertriebsrichtlinie⁵ veröffentlicht.⁶ Der Leitfaden konkretisiert die Delegierte Verordnung im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in die Aufsichts- und Lenkungsanforderungen an Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreiber sowie in die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln.⁷ Der Leitfaden gibt unter anderem Auskunft darüber, wann Nachhaltigkeitspräferenzen erhoben, wie die Kundenpräferenz mit Produkten abgestimmt und wie Informationen zu Nachhaltigkeitspräferenzen gesammelt werden sollen.

c) *Umgang mit Ausschlüssen im Zusammenhang mit systemischen Risiken*

In einem *Supervisory Statement* vom August 2022 hat die EIOPA auf das zunehmende Risiko hingewiesen, dass Versicherungsprodukte nach systemisch relevanten Ereignissen wie Pandemien, Klimawandel und grossflächigen Cyber-Angriffen unbezahlbar oder unverfügbar werden.⁸ Ziel des *Supervisory Statements* ist es, einen gemeinsamen Rahmen zu schaffen für den Umgang nationaler Aufsichtsbehörden mit Risiken in Versicherungsverträgen, die aus systemischen Ereignissen stammen. Das *Supervisory Statement* enthält zudem eine Reihe von Empfehlungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb und der Strukturierung von Versicherungsprodukten, welche solche Ausschlüsse beinhalten.

⁵ Vgl. Art. 30 Richtlinie (EU) 2016/97.

⁶ EIOPA, Guidance on the integration of sustainability preferences in the suitability assessment under the Insurance Distribution Directive (IDD), EIOPA BoS-221391 vom 20. Juli 2022.

⁷ Delegierte Verordnung (EU) 201/1257 der Kommission vom 21. April 2021 zur Änderung der Delegierten Verordnungen (EU) 2017/2358 und (EU) 2017/2359 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in die Aufsichts- und Lenkungsanforderungen an Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreiber sowie in die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln, ABl. L 277 vom 2. August 2021, 18 ff.

⁸ EIOPA Supervisory Statement on Exclusions in Insurance Products Related to Risks Arising from Systemic Events, EIOPA BoS-22/419 vom 26. August 2022.

2. ESG: Nachhaltiges Finanzwesen, EU-Taxonomie und Klimarisiken

a) Inkraftsetzung der RTS unter der Offenlegungsverordnung per 1. Januar 2023

Im Zusammenhang mit dem europäischen Grünen Deal zur Bewältigung klima- und umweltbedingter Herausforderungen⁹ wurde am 10. März 2021 die Offenlegungsverordnung (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*, SFDR) in Kraft gesetzt.¹⁰ Die Offenlegungsverordnung harmonisiert die Vorschriften über Transparenz im Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken und deren nachteiligen Auswirkungen sowie bei der Bereitstellung von Finanzprodukten.¹¹ Im Oktober 2021 haben die *European Supervisory Authorities* (ESA) im Rahmen ihrer Kompetenz unter der Taxonomieverordnung¹² einen Entwurf zur Ergänzung der Offenlegungsverordnung um *Regulatory Technical Standards* (RTS) vorgelegt.¹³

In einem Brief vom 25. November 2021 hat die stellvertretende Generaldirektion der Europäischen Kommission angekündigt, dass sich das Datum für die Anwendung der RTS um weitere sechs Monate auf den 1. Januar 2023 verschiebt. Das Schreiben sieht jedoch auch vor, dass die erste Berichterstattung über die wichtigsten Indikatoren der Nachhaltigkeit für nachteilige Auswirkungen (*principal impact indicators*; PASI) gemäss Artikel 4 der Offenlegungsverordnung für die Periode zwischen 1. Januar 2022 und 31. Dezember 2022 voraussichtlich im Juni 2023 publiziert werden muss. Daher mussten Unternehmen weiterhin ab 1. Januar 2022 Informationen über PASI sammeln.

⁹ Siehe dazu Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 11. Dezember 2019, Der europäische Grüne Deal, COM (2019) 640 final.

¹⁰ Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl L 317 vom 9. Dezember 2019, 1 ff.

¹¹ Siehe dazu, Appenzeller Hansjürg et al., Versicherungsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22, Zürich 2022, 53 ff.

¹² Siehe Art. 25 der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl L 198 vom 22. Juni 2020.

¹³ ESA, Final Report on draft Regulatory Technical Standards with regard to the content and presentation of disclosures pursuant to Article 8(4), 9(6) and 11(5) of Regulation (EU) 2019/2088, JC 2021 50 vom 22. Oktober 2021.

Das *Supervisory Statement* der Europäischen Aufsichtsbehörden vom Februar 2021¹⁴, welches dazu dient, bis zum Inkrafttreten der RTS eine kohärente Anwendung der Offenlegungsverordnung zu fördern, wurde in diesem Zusammenhang angepasst.¹⁵ Die Anpassungen betreffen primär die Zeitschiene zur Einhaltung der Vorschriften.

b) *Überwachung der Verwendung von Risikoszenarien für den Klimawandel im ORSA*

In einer Stellungnahme¹⁶ vom April 2021 hatte die EIOPA bereits gefordert, dass Versicherungsunternehmen die längerfristigen Folgen des Klimawandels in ihre Szenarioanalysen im Rahmen der eigenen Solvabilitätsbeurteilung (*Own Risk and Solvency Assessment*, ORSA) integrieren.¹⁷ Diese Forderung hat die EIOPA im August 2022 in einer *Application Guidance* konkretisiert, welche als detaillierter und praxisorientierter Leitfaden für die Umsetzung nachhaltiger Finanzziele dienen sollen.¹⁸

3. Forderung zur Veröffentlichung von Stresstests

In einer Stellungnahme vom 12. April 2022 forderte die EIOPA die Veröffentlichung der Einzelergebnisse der Stresstests, welche die EIOPA zur Prüfung der Widerstandsfähigkeit von Versicherungsunternehmen durchgeführt hat.¹⁹ Damit bezweckt die EIOPA eine Verbesserung der Marktdisziplin, eine Steigerung des Engagements der Teilnehmer und einen Beitrag zur Schaffung eines *Level Playing Field* zwischen Versicherungsunternehmen und anderen Finanzmarktteilnehmern.²⁰ Zu diesem Zweck schlägt die EIOPA eine Anpassung der

¹⁴ ESA, Joint ESA Supervisory Statement on the application of the Sustainable Finance Disclosure Regulation, JC 2021 06 vom 25. Februar 2021.

¹⁵ ESA, Updated Joint ESA Supervisory Statement on the application of the Sustainable Finance Disclosure Regulation, JC 2022 12 vom 24. März 2022.

¹⁶ EIOPA, Opinion on the supervision of the use of climate change risk scenarios in ORSA, BoS-21/127 vom 19. April 2021; So auch schon EIOPA, Opinion on Sustainability within Solvency II, BoS-19/241 vom 30. September 2019.

¹⁷ Appenzeller et al., 56.

¹⁸ EIOPA, Application guidance on running climate change materiality assessment and using climate change scenarios in the ORSA, EIOPA BoS-22/329 vom 2. August 2022.

¹⁹ EIOPA, Opinion to institutions of the European Union on individual disclosures in the context of EU-wide stress test exercises, EIOPA BoS-22/157 vom 12. April 2022; für die Empfehlungen der EIOPA mit Bezug auf den 2021 Stresstest, siehe EIOPA, 2021 Insurance Stress Test Recommendations, EIOPA BoS-22/123 vom 16. März 2022.

²⁰ EIOPA BoS-22/157, Rz. 8.

Richtlinie Solvency II²¹ vor, welche derzeit überarbeitet wird.²² Unter dem geltenden Recht ist es den Versicherungsunternehmen freigestellt, ob sie die Ergebnisse der Stresstests veröffentlichen wollen. Anders als im Bankensektor darf die EIOPA aber Einzelergebnisse in Bezug auf bestimmte Versicherungsunternehmen nicht veröffentlichen.²³

4. Umgang mit Cyberrisiken

Die Bewältigung von Cyberrisiken ist gegenwärtig eines der bedeutsamsten Themen in der Versicherungsaufsicht. Die EIOPA hat vor diesem Hintergrund letztes Jahr eine Übersicht zum Thema Cyberrisiken²⁴ erstellt, worin die Häufigkeit, der Hintergrund und die Folgen von Cyberangriffen auf Versicherer umschrieben werden.²⁵ Im August 2022 hat die EIOPA in einem *Supervisory Statement* nationale Aufsichtsbehörden aufgefordert, in ihrer Aufsichtstätigkeit mehr Augenmerk auf versicherungstechnische Cyberrisiken zu richten, insbesondere im Rückversicherungsbereich.²⁶ Zudem hat die EIOPA ein *Discussion Paper* veröffentlicht, welches eine Reihe von theoretischen und praktischen Ansätzen zur Konzeption möglicher zukünftiger Stresstests für Versicherungen mit Schwerpunkt auf Cyberrisiken beinhaltet.²⁷

5. EIOPA Warnung zu Kreditversicherungsprodukten

Im Zuge einer von der EIOPA durchgeführten Studie zur Funktionsweise des EU-Marktes für Kreditschutzversicherungsprodukte (*credit protection insurance*; CPI), die von Banken als Versicherungsvermittler vertrieben werden²⁸, ist

²¹ Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl L 335 vom 17. Dezember 2009, 1 ff.; zum Vorschlag, siehe EIOPA BoS-22/157, Rz. 12.

²² Appenzeller et al., 47 ff.

²³ EIOPA BoS-22/157, Rz. 11.

²⁴ EIOPA, *Cyber risks: what is the impact on the insurance industry?* vom 15. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.eiopa.europa.eu/media/feature-article/cyber-risks-what-impact-insurance-industry_en>.

²⁵ Appenzeller et al., 57 f.

²⁶ EIOPA, *Supervisory Statement on management of non-affirmative cyber exposures*, EIOPA BoS-22/414 vom 9. August 2022; insbes. Rz. 1.14 f.

²⁷ EIOPA, *Discussion Paper on methodological principles of insurance stress testing, cyber component*, EIOPA BoS-22/514 vom 2. November 2022.

²⁸ EIOPA, *Credit Protection Insurance (CPI) sold via Banks*, abrufbar unter: <<https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/reports/eiopa-thematic-review-on-credit-protection-insurance2022.pdf>>.

die EIOPA zum Schluss gekommen, dass CPI-Produkte trotz gewissen Vorteilen auch erhebliche Risiken für Verbraucher mit sich bringen. Dazu gehören insbesondere die begrenzte Auswahl und mangelnde Vergleichbarkeit, die grosse Produktvielfalt und Preisstreuung, Probleme im Zusammenhang mit der Kündigung der Produkte und Wechsel des Anbieters und das hohe Vergütungs-niveau und Interessenkonfliktpotenzial. In der Folge hat die EIOPA am 30. August 2022 eine Warnung an Versicherungsunternehmen und Banken publiziert, die Probleme mit Vergütungen und Interessenkonflikten zu adressieren, um sich nicht allfälligen Aufsichts-massnahmen auszusetzen.²⁹

6. Wichtige EuGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht

a) *EuGH vom 24. November 2022 Rs C-458/21 (Mehrwertsteuerbefreiung)*

Der EuGH hatte vorfrageweise zu entscheiden, ob Dienstleistungen an ein Versicherungsunternehmen, welche darin bestehen, (i) die Richtigkeit der Diagnose einer schweren, bereits diagnostizierten Krankheit des Versicherten zu überprüfen (InterConsultation-Dienst), (ii) nach den besten verfügbaren medizinischen Dienstleistungen zur Heilung des Versicherten zu suchen, und (iii) in dem Fall, dass es von der Versicherungspolice abgedeckt ist und vom Versicherten beantragt wird, dafür Sorge zu tragen, dass die medizinische Behandlung im Ausland erbracht wird ((ii) und (iii) zusammen, FindBestCare-Dienst) gemäss Art. 131 Abs. 1 Buchst. C der Mehrwertsteuerrichtlinie³⁰ von der Mehrwertsteuer befreit sind.

Zunächst hat der EuGH bestätigt, dass die in Art. 132 der Mehrwertsteuerrichtlinie enthaltenen Steuerbefreiungen eng auszulegen sind.³¹ Art. 132 der Mehrwertsteuerrichtlinie sieht vor, dass Leistungen mehrwertsteuerbefreit sind, sofern diese kumulativ eine „Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin“ darstellen und „im Rahmen der Ausübung der von dem betreffenden Mitgliedstaat definierten ärztlichen und arztähnlichen Berufe durchgeführt werden“. Gemäss der bestehenden EuGH Praxis ist ausschlaggebend, dass die

²⁹ EIOPA, EIOPA warns insurers and banks to address issues with high remuneration and conflicts of interest from the sale of credit protection insurance or face possible supervisory action, EIOPA BoS-22/434.

³⁰ Richtlinie (EG) 2006/112 des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347 vom 11. Dezember 2006, 1 ff.

³¹ EuGH, Urteil vom 24. November in der Rechtssache C-458/21, ECLI:EU:C:2022:924 - CIG Pannónia Életbiztosító, Rz. 20, m.w.H.

(medizinischen) Leistungen „zum Schutz, einschliesslich der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung, der menschlichen Gesundheit erbracht werden“.³²

Bezüglich des InterConsultation-Dienstes befand der Gerichtshof, dass dies der Erstellung eines ärztlichen Gutachtens gleichgestellt sei. Sodann sei der Hauptzweck der Bestätigung oder Entkräftung einer bestehenden ärztlichen Diagnose zur Feststellung, ob eine schwere Krankheit besteht, „nicht der Schutz einschliesslich der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit der Person“, sondern diene der Entscheidungsfindung durch einen Dritten. Damit könne eine solche Abklärung nur mittelbar therapeutische Wirkung entfalten. Dies gilt gemäss EuGH ungeachtet dessen, dass im Rahmen des InterConsultation-Dienstes auch „ergänzende Untersuchungen wie histologische Analysen“ durchgeführt oder ausländische medizinische Sachverständige beigezogen werden konnten. Damit bestätigt der EuGH die bestehende Rechtsprechung, wonach Leistungen, die im Rahmen von ärztlichen Gutachten erbracht werden, grundsätzlich keine „Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin“ i.S.v. Art. 132 der Mehrwertsteuerrichtlinie darstellen.³³

Bezüglich der FindBestCare-Dienste kam der Gerichtshof zum Schluss, dass die entsprechenden Leistungen, wie bspw. die Vereinbarung von Terminen mit den Erbringern medizinischer Dienstleistungen, die Organisation der medizinischen Behandlung, der Hotelunterbringung und der Reise, die Erbringung eines Kundendienstes und die Überprüfung der Angemessenheit der vorgeschlagenen medizinischen Behandlung, primär administrativen Charakter hatten und somit nicht dem „Schutz, einschliesslich der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung, der menschlichen Gesundheit“ dienen. Damit stellen sie ebenfalls keine „Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin“ i.S.v. Art. 132 der Mehrwertsteuerrichtlinie dar.³⁴

b) EuGH vom 13. Januar 2022 Rs C-724/20 (Anhängige Rechtsstreitigkeiten in Liquidationsverfahren)

In diesem Fall ging es um einen Rechtsstreit zwischen Paget Approbois (Paget) einerseits und Depeyre entreprises SARL (Depeyre) und der Alpha Insurance A/S (Alpha Insurance) andererseits über die Zahlung einer Versicherungsschädigung. Alpha Insurance, die von Depeyre als der eigentliche Versicherer

³² EuGH, C-458/21, Rz. 25.

³³ EuGH, C-458/21, Rz. 27 ff., m.w.H. auf die bestehende EuGH-Praxis zu ärztlichen Gutachten.

³⁴ EuGH, C-458/21, Rz. 32 ff.

zum Zeitpunkt des Schadensfalls bezeichnet worden war, beantragte die Feststellung, dass das Verfahren in Frankreich betreffend die Vertriebsentschädigung mit Eröffnung des dänischen Insolvenzverfahrens über Alpha Insurance zu unterbrechen wäre. Das französische Berufungsgericht ging dagegen davon aus, dass das dänische Insolvenzverfahren für das laufende Verfahren vor französischen Gerichten unbeachtlich sei. In der Folge hatte der EuGH somit zu beurteilen, ob ein Rechtsstreit, den ein Versicherter in einem Mitgliedsstaat anhängig gemacht hat, gemäss Art. 292 der Richtlinie Solvabilität II³⁵ ausgesetzt werden soll, wenn sich das Versicherungsunternehmen in einem anderen Mitgliedsstaat in einem Insolvenzverfahren befindet und das Recht dieses Mitgliedsstaates eine Verfahrensunterbrechung vorsieht.

Art. 292 der Richtlinie Solvabilität II³⁶ sieht vor, dass für die Wirkungen der Sanierungsmassnahme oder des Liquidationsverfahrens auf einen anhängigen Rechtsstreit über einen Vermögensgegenstand oder ein Recht der Masse ausschliesslich das Recht des Mitgliedstaats massgeblich ist, in dem der Rechtsstreit anhängig ist. Daraus ergibt sich, dass kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein müssen: (1) es muss sich um eine Sanierungsmassnahme oder ein Liquidationsverfahren gemäss Art. 268 Abs. 1 Buchst. c bzw. d der Richtlinie Solvabilität II handeln³⁷, (2) es muss ein anhängiger Rechtsstreit vorliegen³⁸ und (3) der anhängige Rechtsstreit muss „einen Vermögensgegenstand oder ein Recht der Masse“ betreffen.³⁹ Das Vorliegen der ersten beiden Voraussetzungen bestätigte der EuGH. Bei der dritten Voraussetzung hat der EuGH zunächst anerkannt, dass die verschiedenen Sprachfassungen der Richtlinie nicht eindeutig sind.⁴⁰ Sodann hat der EuGH entschieden, dass die Begriffe „Vermögensgegenstand“, „Gegenstand“ oder „Recht der Masse“ nicht nur einen bestimmten Vermögensgegenstand, einen bestimmten Gegenstand oder ein bestimmtes Recht dieses Unternehmens bezeichnen, sondern vielmehr sämtliche Vermögenswerte auf der Aktiv- oder auf der Passivseite, die Gegenstand des Liquidationsverfahrens sind.⁴¹ Dies erfasse auch „die Entschädigung,

³⁵ Richtlinie (EG) 2009/138 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit, ABl. L 335 vom 17. Dezember 2009, 1 ff.

³⁶ Richtlinie (EG) 2009/138.

³⁷ EuGH, Urteil vom 13. Januar 2022 in der Rechtssache C-724/20, ECLI:EU:C:2022:9 - Paget Approbois und Alpha Insurance, Rz. 40 ff.

³⁸ EuGH, C-724/20, Rz. 44 ff.

³⁹ EuGH, C-724/20, Rz. 49 ff.

⁴⁰ EuGH, C-724/20m, Rz. 51 f., mit Verweis auf die französische, spanische, italienische, portugiesische, finnische, dänische und deutsche Sprachfassung.

⁴¹ EuGH, C-724/20, Rz. 53 ff.

die ein Versicherungsnehmer wegen bei einem Schadensfall erlittener Schäden von seinem Versicherer fordert, der während des anhängigen Rechtsstreits in Liquidation gesetzt wird“.⁴²

Weiter hält der Gerichtshof in diesem Urteil fest, dass das Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Rechtsstreit anhängig ist, im Sinne von Art. 292 der Richtlinie Solvabilität II⁴³ alle Wirkungen des Liquidationsverfahrens auf diesen Rechtsstreit regeln soll, insbesondere auch solche Bestimmungen, welche zur Unterbrechung eines anhängigen Rechtsstreites führen und die Fortsetzung des Verfahrens von gewissen Voraussetzungen abhängig machen.⁴⁴

c) *EuGH vom 29. September 2022 Rs C-633/20 (Versicherungsvermittlung)*

TC Medical Air Ambulance Agency GmbH (TC Medical) hatte ein Werbeunternehmen damit beauftragt, mittels Haustürwerbung Verbrauchern gegen Entgelt den Beitritt zu einer Gruppenversicherung anzubieten. Dafür schloss die TC Medical bei einem Versicherungsunternehmen einen Gruppenversicherungsvertrag ab. Kunden der TC Medical bezahlten ein Entgelt an TC Medical und waren dafür berechtigt, gewisse Versicherungsleistungen in Anspruch zu nehmen, u.a. über von dieser an die Kunden abgetretenen Ansprüchen aus dem Gruppenversicherungsvertrag. Weder TC Medical noch das beauftragte Werbeunternehmen verfügten über die im nationalen Recht vorgesehene Bewilligung zur Ausübung der Versicherungsvermittlungstätigkeit.⁴⁵ Der Gerichtshof hatte zu beurteilen, ob es sich bei der Tätigkeit der TC Medical um eine Versicherungsvermittlungstätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nrn. 1, 3 und 8 der Versicherungsvertriebsrichtlinie handelte.

Der EuGH bestätigte, dass die Tätigkeit der TC Medical als Versicherungsvermittlungstätigkeit im Sinne der Versicherungsvertriebsrichtlinie gilt. Insbesondere führte der EuGH aus, dass das Tatbestandsmerkmal der Vergütung erfüllt ist, auch wenn diese darin besteht, dass die Zahlung von den Versicherten an den Versicherungsvermittler und nicht vom Versicherungsunternehmen bspw. in der Form einer Provision geleistet wird.⁴⁶ Weiter ist es gemäss den Erwägungen des EuGH für den Versicherungsvermittlerbegriff unerheb-

⁴² EuGH, C-724/20, Rz. 53 ff.

⁴³ Richtlinie (EG) 2009/138.

⁴⁴ EuGH, C-724/20, Rz. 58 ff.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 29. September 2022 in der Rechtssache C-633/20; ECLI:EU:C:2022:733 - TC Medical Air Ambulance Agency, Rz. 16 ff.

⁴⁶ EuGH, C-633/20, Rz. 41 f.

lich, ob der vermeintliche Versicherungsvermittler gleichzeitig Versicherter ist.⁴⁷ Vielmehr stehe im Vordergrund, dass Verbrauchern „trotz der Unterschiede zwischen den Vertriebskanälen das gleiche Schutzniveau“ zukomme.⁴⁸

⁴⁷ EuGH, C-633/20, Rz. 46.

⁴⁸ EuGH, C-633/20, Rz. 49 und 52.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022

1. Revision VAG⁴⁹

Am 18. März 2022 hat das Parlament die Gesetzesvorlage zur Teilrevision des VAG in den Schlussabstimmungen verabschiedet. Für die Änderungen im Einzelnen wird auf die letztjährige Ausgabe verwiesen.⁵⁰

Die Referendumsfrist ist am 7. Juli 2022 abgelaufen. Geplant ist, dass das revidierte VAG und die entsprechenden Ausführungsbestimmungen im dritten Quartal 2023 in Kraft treten, wobei im Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrages eine Inkraftsetzung Anfang 2024 wahrscheinlicher erscheint.

2. Revision AVO⁵¹

Am 17. Mai 2022 hat das Eidgenössische Finanzdepartement den Entwurf zur Änderung der AVO veröffentlicht und die diesbezügliche Vernehmlassung eröffnet.⁵² Das Vernehmlassungsverfahren endete im September 2022. Im Zeitpunkt der Veröffentlichung wurde der finale Text der AVO noch nicht publiziert.

Die revidierte Aufsichtsverordnung setzt die Anliegen der Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes um, insbesondere die Implementierung von Aufsichtserleichterungen für kleine Versicherungsunternehmen, die Neugestaltung der Bestimmungen zu den Solvenzanforderungen, die Einführung von Verhaltensregeln im Zusammenhang mit dem Vertrieb qualifizierter Lebensversicherungen sowie die Konkretisierung der Anforderungen an die Versicherungszweckgesellschaft.

Folgende Änderungen der AVO sind besonders erwähnenswert:

- Umsetzung des Kleinversicherungsregimes durch von der FINMA zu bewilligenden Aufsichtserleichterungen oder -befreiungen kleiner Versicherungsunternehmen (Art. 1c-1g E-AVO);

⁴⁹ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01).

⁵⁰ Appenzeller et al., 67 ff.

⁵¹ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO, SR 961.011).

⁵² Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Bericht zur Änderung der Aufsichtsverordnung (Aufsicht, Solvenz, gebundenes Vermögen, Verhaltensregeln und Versicherungsvermittlung) vom 17. Mai 2022.

- Festlegung von Kriterien für (bewilligungspflichtige) Geschäfte mit und (bewilligungsfreie) Geschäfte ohne Zusammenhang mit dem Versicherungsgeschäft (Art. 5b und 5c E-AVO);
- komplette Überarbeitung der Solvenzanforderungen, insbesondere mit Bezug auf (1) das anzustrebende Schutzniveau bezüglich Insolvenzrisiken, (2) das risikotragende Kapital, das Zielkapital und deren Ermittlung (insbesondere mit Bezug auf die marktkonforme Bewertung) und (3) die Schwellenwerte (sog. „Interventionsschwellen“) zur Ergreifung von sichernden Massnahmen gemäss Art. 51 nVAG (Art. 21 ff. und Art. 51 ff. E-AVO);
- Einführung eines „qualitativ hochstehenden“ regulatorischen Eigenkapitals (sog. Tier 1) und einer Privilegierung bei der Anrechenbarkeit von Tier 1-risikoabsorbierenden Kapitalinstrumenten (Art. 32, 34, 37 und 38 E-AVO);
- Konkretisierung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Versicherungszweckgesellschaften (Art. 111d ff. E-AVO);
- Einführung von produktspezifischen Informationspflichten im Zusammenhang mit qualifizierten und nicht-qualifizierten Lebensversicherungsprodukten (Art. 129a ff. E-AVO); und
- Modernisierung des Vermittlerrechts, insbesondere die Erfassung von „Vergleichsplattformen“ im Internet als Versicherungsvermittler und Einführung von Corporate Governance-Mindeststandards (Art. 182 ff. E-AVO).

3. Weitere aufsichtsrechtliche Aspekte

Im August 2022 erliess die FINMA eine Verfügung, wonach die Krankenkasse CSS für den Zeitraum zwischen 2013 und 2019 Prämien im Umfang von CHF 129 Millionen an Krankenzusatzversicherte zurückerstatten muss. Die FINMA begründete dies mit den Mängeln beim Geschäft mit externen Versicherungsvermittlern und der nicht verursachergerechten Zuordnung von Verwaltungskosten, welche zu einer fehlerhaften Tarifiermittlung geführt habe.⁵³ CSS hat angekündigt, die Verfügung vor Bundesgericht anzufechten.

⁵³ FINMA, Medienmitteilung vom 16. August 2022.

4. Wichtige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Versicherungsrecht

a) *BGer 4A_330/2021 (Gültiger Deckungsausschluss bei Pandemien)*

In einem Entscheid vom 5. Januar 2022 hatte das Bundesgericht einen in den Zusatzbedingungen enthaltenen Deckungsausschluss für Schäden als Folge einer Pandemie zu beurteilen.⁵⁴ Gemäss den Zusatzbedingungen waren Schäden versichert, die „infolge von Massnahmen, die eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt, um durch: a) Schliessung oder Quarantäne von Betrieben oder Betriebsteilen sowie Einschränkungen der betrieblichen Tätigkeit [...] die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern“ versichert, nicht jedoch „Schäden infolge von Influenza-Viren und Prionkrankheiten (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.) sowie infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten“.

Zunächst hielt das Bundesgericht fest, dass die entsprechenden Klauseln nicht objektiv ungewöhnlich seien.⁵⁵ Im Gegensatz zur Vorinstanz kam das Bundesgericht sodann zum Schluss, dass die COVID-19 Pandemie von der Versicherungsdeckung ausgeschlossen ist, obwohl die referenzierten WHO-Pandemiestufen bei Vertragsabschluss von der WHO nicht mehr gebraucht wurden. Begründet hat das Bundesgericht dies damit, dass dem Versicherten unter Berücksichtigung des Zwecks der Klauseln hätte klar sein müssen, dass damit die gravierendsten Pandemieereignisse von der Versicherungsdeckung ausgeschlossen werden sollen.⁵⁶

b) *BGer 4A_394/2021 vom 11. Januar 2022 (Beweismass gem. Art. 40 VVG)*

Das Bundesgericht bestätigte in diesem Urteil seine Praxis, worin im Zusammenhang mit der betrügerischen Begründung eines Versicherungsanspruches gemäss Art. 40 VVG⁵⁷ das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit Anwendung findet, insofern als es darum geht, die Täuschungsabsicht (als innerpsychologisches Phänomen) zu belegen.⁵⁸ Beim Beweis der objektiven

⁵⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A_330/2021 vom 5. Januar 2022.

⁵⁵ BGer 5A_330/2021, E. 4.1.2., 4.2.5.

⁵⁶ BGer 5A_330/2021, E. 5.2.2.

⁵⁷ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG, SR 221.229.1).

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A_394/2021 vom 11. Januar 2022, E. 3.4.2., E. 3.4.3., E. 5.

Voraussetzung der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten bestehe allerdings i.d.R. keine Beweisnot, weshalb der Nachweis grundsätzlich mit dem strikten Beweismass zu erbringen sei.⁵⁹

c) *BGer 4A_303/2022 vom 17. Oktober 2022 (Pandemieausschluss)*

In diesem Fall ging es um die Bestimmung des Begriffs des versicherten Ereignisses in der Unternehmensversicherungspolice eines Restaurantbetriebs. Das Bundesgericht hatte konkret zu beurteilen, ob die vom Bundesrat im Zusammenhang mit der Covid-19 Pandemie erlassenen Verfügungen bzw. Verordnungen als ein einziger Schadensfall oder mehrere Schadensfälle zu beurteilen sind.

Die Police wie auch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen hielten fest, dass „Massnahmen, die von den zuständigen Behörden kraft gesetzlicher Bestimmungen angeordnet werden, um die Verbreitung von übertragbaren Krankheiten zu verhindern“ als versicherte Ereignisse gelten. Die Versicherte stellte sich auf den Standpunkt, dass jeder Beschluss des Bundesrates grundsätzlich als ein eigenständiges Schadensereignis zu gelten habe, wofür sie Anspruch auf Ersatz des Umsatzausfalls bis zum vereinbarten Maximalbetrag beanspruchen könne. Die Versicherung hingegen war der Ansicht, dass das behördliche Massnahmepaket, welches der Bundesrat im Frühling 2020 zur Bekämpfung der Covid-19 Pandemie anordnete, als Ganzes ein einziges und einheitliches Schadensereignis darstelle.⁶⁰ Das Bundesgericht stützte die Auffassung der Versicherung mit Verweis auf die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips und der dynamischen Entwicklung der Pandemie, welche ein flexibles Vorgehen im Rahmen eines Massnahmenpakets erfordert hätte.⁶¹

⁵⁹ BGer 5A_394/2021, E. 3.4.3., wobei das Bundesgericht auf Konstellationen hinweist, in denen auch bei der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten eine Beweisnot bestehen kann, bspw. bei der Vortäuschung eines Diebstahls, welcher sich in aller Regel nicht strikt nachweisen lässt.

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_303/2022 vom 17. Oktober 2022, E.1.2.

⁶¹ BGer 5A_303/2022 vom 17. Oktober 2022, E.6.2.

Kommunikation und Medien

Tobias Baumgartner/Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (TOBIAS BAUMGARTNER)	51
1.	Allgemeine Entwicklungen	51
a)	Europäische Erklärung zu digitalen Rechten und Grundsätzen	51
b)	Massnahmenpaket für digitale Souveränität Europas	52
c)	Verzahnung von grünem und digitalem Wandel	53
d)	Förderung sicherer Kommunikationsdienste via Satellitensystem	54
e)	EU-weite Interoperabilität des öffentlichen Sektors bei der Digitalisierung	54
f)	Einheitliche Ladegeräte für Mobiltelefone und Tablets	55
g)	Leitlinien zur ethischen Nutzung künstlicher Intelligenz für Lehr- und Lernzwecke	55
h)	Haftung für Schäden durch künstliche Intelligenz	56
i)	EuGH: Widerruf der Zustimmung zur Verarbeitung personenbezogener Daten.	56
2.	Internet	57
a)	Erklärung zur Zukunft des Internets	57
b)	Neue Anforderungen an Internetplattformen	57
c)	Neue Richtlinie zur Cybersicherheit	58
d)	Cybersicherheit von vernetzten Geräten	59
3.	Digitale Inhalte	59
a)	Vorschlag einer Verordnung zur europäischen Medienfreiheit	59
b)	Umgang mit missbräuchlichen Klagen gegen Journalisten	60
c)	Online-Tool zur Erkennung von Fake News	61
d)	Leitlinien für Lehrkräfte an Schulen zur Bekämpfung von Desinformation	61
e)	Löschung terroristischer Inhalte auf Online-Plattformen	62
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022 (ULRIKE I. HEINRICH)	63
1.	Allgemeine Entwicklungen	63
a)	Änderung des Filmgesetzes	63
b)	Datenschutzgesetz Schweiz	64
c)	Nutzung von Mobilitätsdaten	64
d)	Digitalisierung der Schweiz	65
e)	Strategie Digitale Schweiz	65
f)	Mediennutzung Schweiz	66
g)	Einheitlicher Ladestandard für Mobiltelefone und Tablets	66
h)	Künstliche Intelligenz und internationales Regelwerk	67

2.	Telekommunikation und Rundfunk	68
a)	Massnahmenpaket zugunsten der Medien	68
b)	Digitaler Wandel im Service public	68
c)	Abgabe für Radio und Fernsehen I	69
d)	Konzession der SRG verlängert	69
e)	Abgabe für Radio und Fernsehen II	69
3.	Internet	70
a)	Grundversorgung für Telefon und Internet	70
b)	Revision der Verordnung über die Fernmeldedienste (FDV)	70
c)	Swiss Internet Governance Forum	71
d)	Elektronische Identität (E-ID-Gesetz)	71
e)	Elektronische Stimmabgabe	71
f)	Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr	72
g)	Regulierung von Internetplattformen	72
h)	Strafrecht schützt ausreichend vor Mobbing	73
i)	Cybersicherheit von vernetzten Geräte	74
j)	Meldepflicht für Cyberangriffe bei sensiblen Infrastrukturen	74

I. Rechtseentwicklungen in der EU im Jahr 2022

Im Berichterstattungszeitraum befasste sich die Europäische Kommission vor allem mit grundlegenden Fragen. So wurden Verordnungsvorschläge zur europäischen Medienfreiheit und zur digitalen Souveränität Europas vorgelegt. Angesichts zunehmender Desinformation im Internet arbeitete die Kommission Leitlinien für Lehrkräfte aus, um bei der Vermittlung digitaler Kompetenzen schon im Schulalter anzusetzen. Wie in den Vorjahren war auch wieder das Thema Internetsicherheit auf der Agenda der Europäischen Kommission. Internetplattformen sollen verstärkte Sicherheits- und Meldepflichten auferlegt werden; neu sollen auch vernetzte Geräte bestimmten Sicherheitsanforderungen unterliegen.

1. Allgemeine Entwicklungen

a) *Europäische Erklärung zu digitalen Rechten und Grundsätzen*

Am Rande der Tagung des Europäischen Rates vom 15. Dezember 2022 unterzeichnete Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen gemeinsam mit der Präsidentin des Europäischen Parlaments Roberta Metsola und dem tschechischen Ministerpräsidenten Petr Fiala, der den Ratsvorsitz vertrat, die von der Europäischen Kommission im Januar 2022¹ vorgeschlagene Europäische Erklärung zu digitalen Rechten und Grundsätzen.² Diese Erklärung steht für das Engagement der EU für einen sicheren und nachhaltigen digitalen Wandel. Sie soll als Richtschnur für politische Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger sowie Unternehmen im Bereich der neuen Technologien dienen. Mit der europäischen Erklärung zu den digitalen Rechten und Grundsätzen will die EU die europäischen Werte sichern, indem sie

- die Menschen in den Mittelpunkt des digitalen Wandels stellt;
- Solidarität und Inklusion durch Konnektivität, digitale Bildung, Ausbildung und Kompetenzen, faire und gerechte Arbeitsbedingungen sowie den Zugang zu digitalen öffentlichen Online-Diensten fördert;
- die Bedeutung der Wahlfreiheit und eines fairen digitalen Umfelds bekräftigt;
- die Teilhabe im digitalen öffentlichen Raum fördert;
- die Sicherheit, den Schutz und die Handlungsfähigkeit im digitalen Umfeld verbessert, insbesondere bei jungen Menschen;

¹ Europäische Kommission, Eine europäische Erklärung zu den digitalen Rechten und Grundsätzen für die digitale Dekade vom 26. Januar 2022, COM (2022) 27 final.

² Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/22/7683 vom 15. Dezember 2022.

- Nachhaltigkeit fördert.

Insbesondere stehen diese Rechte und Grundsätze für eine erschwingliche und schnelle digitale Netzanbindung überall und für alle, gut ausgestattete Klassenzimmer und digital kompetente Lehrkräfte, einen nahtlosen Zugang zu öffentlichen Diensten im Internet, ein sicheres digitales Umfeld für Kinder, sowie die Kontrolle darüber, wie personenbezogenen Daten verwendet und an wen sie weitergegeben werden. Damit die Ziele bis 2030 umgesetzt werden und die Erklärung konkrete Wirkung entfaltet, wird die Kommission die Fortschritte überwachen und im Rahmen des jährlichen Berichts über den Stand der digitalen Dekade darüber Auskunft geben.

b) Massnahmenpaket für digitale Souveränität Europas

Die Europäische Kommission legte am 8. Februar 2022 ein Massnahmenpaket zur Stärkung der digitalen Souveränität Europas vor.³ Die vorgeschlagenen Massnahmen erfolgten vor dem Hintergrund der momentanen Halbleiterknappheit in einer Vielzahl von Sektoren, u.a. im Automobilsektor. Im Mittelpunkt des Massnahmenpakets steht der Verordnungsvorschlag zur Stärkung des europäischen Halbleiter-Ökosystems (sog. European Chips Act).⁴ Auf der Grundlage dieser Verordnung sollen in der EU Ressourcen gebündelt und dadurch ein florierendes Halbleiter-Ökosystem von der Forschung bis zur Produktion und eine resiliente Lieferkette geschaffen werden, um Abhängigkeiten zu verringern. Darüber hinaus soll ein Chip-Fonds Start-up-Unternehmen den Zugang zu Finanzmitteln erleichtern, damit Unternehmen ihre Innovationen zur Marktreife bringen und Investoren anziehen können.⁵ Schliesslich soll ein gemeinsamer Mechanismus für die Koordinierung zwi-

³ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Chips-Gesetz für Europa vom 8. Februar 2022, COM (2022) 45 final.

⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für Massnahmen zur Stärkung des europäischen Halbleiter-Ökosystems (Chip-Gesetz) vom 8. Februar 2022, COM (2022) 46 final.

⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung des Verordnung (EU) 2021/2085 zur Gründung der Gemeinsamen Unternehmen im Rahmen von „Horizont Europa“ hinsichtlich des Gemeinsamen Unternehmens für Chips vom 8. Februar 2022, COM (2022) 47 final.

schen den Mitgliedstaaten und der Kommission zur Überwachung des Angebots an Halbleitern, zur Abschätzung der Nachfrage und zur Vorwegnahme von Engpässen dienen.⁶

c) *Verzahnung von grünem und digitalem Wandel*

Die jährliche Strategische Vorausschau der Europäischen Kommission dient als Grundlage für ihre Prioritätensetzung gemäss der jährlichen Rede zur Lage der Union, dem Arbeitsprogramm der Kommission und der mehrjährigen Programmplanung. In ihrer Strategischen Vorausschau vom 29. Juni 2022 stellt die Kommission die Nachhaltigkeit in den Mittelpunkt der digitalen Transformation. Sie verfolgt das Ziel, grösstmögliche Synergien und Kohärenz in den Bereichen Klimaschutz und Digitalisierung zu schaffen.⁷ Entsprechend benennt die Strategische Vorausschau verschiedene Bereiche, in denen Massnahmen erforderlich sind, um die Chance einer Verzahnung von digitalem und grünem Wandel zu maximieren. Dies sind u.a.:

- Stärkung der grünen und digitalen Diplomatie durch das Gewicht, das die EU im Bereich der Regulierung und Standardisierung hat;
- Strategisches Management der Beschaffung kritischer Rohstoffe und Waren durch einen langfristigen systemischen Ansatz, um eine neue Abhängigkeitsfalle zu vermeiden;
- Mobilisierung zusätzlicher zukunftsfähiger Investitionen in neue Technologien und Infrastrukturen – insbesondere in Forschung und Innovation sowie Synergien zwischen Humankapital und Technologie – mit länderübergreifenden Projekten, die für die Bündelung von EU-, nationalen und privaten Ressourcen von zentraler Bedeutung sind;
- Stärkung eines globalen Ansatzes für die Festlegung von Normen und Nutzung des Pioniervorteils der EU im Bereich der wettbewerbsorientierten Nachhaltigkeit, der auf dem Grundsatz „Reduzierung, Reparatur, Wiederverwendung und Recycling“ beruht.

⁶ Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2022/210 vom 8. Februar 2022 über ein gemeinsames Instrumentarium der Union zur Behebung von Lieferengpässen bei Halbleitern und einen EU-Mechanismus zur Überwachung des Halbleiter-Ökosystems, ABl. L 35 vom 17. Februar 2022, 17 ff.

⁷ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat, Strategische Vorausschau 2022 vom 29. Juni 2022, COM (2022) 289 final.

d) *Förderung sicherer Kommunikationsdienste via Satellitensystem*

Die Kommission legte am 15. Februar 2022 den Vorschlag einer Verordnung zur Einrichtung des EU-Programms für sichere Konnektivität für den Zeitraum 2023-2027⁸ vor. In dem Programm ist das Ziel festgelegt, eine EU-Satellitenkonstellation mit der Bezeichnung „IRIS2“ einzurichten, die bis 2027 sichere Kommunikationsdienste via Satellit ermöglichen soll. Hintergrund ist der Umstand, dass Cyberangriffe und Naturkatastrophen zum Zusammenbruch terrestrischer Kommunikationsnetze führen können. Durch die Einrichtung der neuen Satellitenkonstellation sollen eine besser vernetzte kritische Infrastruktur sowie resilientere unabhängige Hochgeschwindigkeits- Satellitenkommunikationsdienste ermöglicht werden. Der Rat und das Europäische Parlament konnten am 17. November 2022 eine vorläufige Einigung⁹ hinsichtlich des Verordnungstextes erzielen.

e) *EU-weite Interoperabilität des öffentlichen Sektors bei der Digitalisierung*

Am 21. November 2022 legte die Europäische Kommission einen Verordnungsvorschlag zur Interoperabilität des öffentlichen Sektors vor, der die Digitalisierung der Verwaltungen in allen EU-Mitgliedstaaten vorantreiben soll.¹⁰ Die Verordnung verfolgt die Schaffung eines Rahmens für die Zusammenarbeit öffentlicher Verwaltungen in der gesamten EU, der dazu beiträgt, einen sicheren grenzüberschreitenden Datenaustausch aufzubauen und gemeinsame digitale Lösungen wie quelloffene Software und IT-Tools zu vereinbaren. Verwaltungen sollen in die Lage versetzt werden, wirksamer zusammenzuarbeiten, Informationen gemeinsam zu nutzen und die Erbringung öffentlicher Dienste über Ländergrenzen, Sektoren und Organisationsgrenzen hinweg nahtlos zu gestalten.

⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung des Programms der Union für sichere Konnektivität für den Zeitraum 2023-2027 vom 15. Februar 2022, COM (2022) 57 final.

⁹ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 17. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/11/17/council-and-european-parliament-agree-on-boosting-secure-communications-with-a-new-satellite-system/>>.

¹⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Massnahmen für ein hohes Mass an Interoperabilität des öffentlichen Sektors in der Union (Gesetz für ein interoperables Europa) vom 18. November 2022, COM (2022) 720 final.

f) *Einheitliche Ladegeräte für Mobiltelefone und Tablets*

Der Rat und das Europäische Parlament erliessen am 23. November 2022 eine revidierte Richtlinie über die Bereitstellung von Funkanlagen.¹¹ Mit den neuen Bestimmungen werden Hersteller von Funkanlagen und deren Zubehör zur Einhaltung bestimmter Standards verpflichtet.¹² Entsprechendes Zubehör wird damit für verschiedenste Geräte vereinheitlicht, so dass weniger Elektronikabfall entsteht. Mittels Piktogrammen sollen die Verbraucher darüber informiert werden, ob ein neues Gerät zusammen mit Ladegerät angeboten wird; ein Etikett soll zudem Auskunft über die jeweilige Ladeleistung geben. Neu ist dem Verbraucher auch die Wahl zu überlassen, ob er ein neues Gerät mit oder ohne Ladegerät kauft.

Die neuen Vorschriften gelten für diverse elektronische Geräte, insbesondere Mobiltelefone, Tablets, digitale Fotoapparate, Videospielkonsolen, Kopfhörer, Ohrhörer, tragbare Lautsprecher, kabellose Mäuse, Tastaturen und tragbare Navigationssysteme. Für die Mehrzahl der betroffenen Geräte müssen die neuen Vorschriften 2 Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie von den Herstellern umgesetzt werden.¹³

g) *Leitlinien zur ethischen Nutzung künstlicher Intelligenz für Lehr- und Lernzwecke*

Die Kommission veröffentlichte am 25. Oktober 2022 ethische Leitlinien über die Nutzung von künstlicher Intelligenz (KI) und Daten im Lehr- und Lernkontext.¹⁴ Im Zentrum der Leitlinien steht die Art und Weise, wie KI in Schulen eingesetzt werden kann, um Lehrkräfte sowie Schülerinnen und Schüler beim Lehren und Lernen zu unterstützen und die Abwicklung von Verwaltungsaufgaben in Bildungseinrichtungen zu erleichtern. Die Leitlinien sind Teil des Aktionsplans für digitale Bildung 2021-2027¹⁵ und wurden von einer eigens

¹¹ Richtlinie (EU) 2022/2380 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. November 2022 zur Änderung der Richtlinie 2014/53/EU über die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung von Funkanlagen auf dem Markt, ABL. L 315 vom 7. Dezember 2022, 30 ff.

¹² Vgl. Art. 1 Richtlinie (EU) 2022/2380.

¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2022/2380.

¹⁴ Europäische Kommission, Ethische Leitlinien für Lehrkräfte über die Nutzung von KI und Daten für Lehr- und Lernzwecke, abrufbar unter: <<https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/d81a0d54-5348-11ed-92ed-01aa75ed71a1>>.

¹⁵ Europäische Kommission, Aktionsplan für digitale Bildung (2021-2027), abrufbar unter: <<https://education.ec.europa.eu/de/focus-topics/digital-education/action-plan>>.

eingesetzten Expertengruppe¹⁶ der Kommission entwickelt. Die Leitlinien umfassen praktische Hinweise für Lehrkräfte und Schulleitungen zur Planung eines sinnvollen Einsatzes von KI und Daten in Schulen; sie stützen sich auf ethische Erwägungen und Erfordernisse. So wird in den Leitlinien beispielsweise dargelegt, wie Technologien eingesetzt werden können, um eine individuelle Anpassung an die Fähigkeiten der einzelnen Lernenden zu ermöglichen oder um Massnahmen individuell auf Schülerinnen und Schüler mit besonderen Bedürfnissen abzustimmen. Ausserdem sollen die Leitlinien als Grundlage für Diskussionen über neue Kompetenzen dienen, die Lehrkräfte und Erziehungspersonal für die ethische Nutzung von KI und Daten benötigen.

h) Haftung für Schäden durch künstliche Intelligenz

Die Europäische Kommission legte am 28. September 2022 einen Richtlinien-vorschlag betreffend Haftung für künstliche Intelligenz (KI) vor.¹⁷ Die Richtlinie soll jeder natürlichen Person, die einen Schaden durch ein fehlerhaftes KI-Produkt erleidet, einen Anspruch auf Schadensersatz einräumen. Gemäss dem Richtlinien-vorschlag gilt ein Produkt dann als fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die allgemein erwartet werden darf. Dies umfasst auch vorhersehbare Fehlanwendungen und die Auswirkungen anderer Produkte, die voraussehbar zusammen mit dem streitigen Produkt verwendet werden.

Auf der Grundlage der Richtlinie soll das rechtliche Verfahren für Opfer vereinfacht werden, wenn es um den Nachweis geht, dass das Verschulden einer Person zu einem Schaden geführt hat. Per Kausalitätsvermutung wird Opfern im Falle fehlerhafter KI-Leistungen die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen erleichtert. Auch soll Opfern in Fällen, in denen der Schaden von KI-Systemen mit hohem Risiko ausgeht, ein Recht auf Zugang zu Beweismitteln im Besitz von Unternehmen und Anbietern zustehen.

i) EuGH: Widerruf der Zustimmung zur Verarbeitung personenbezogener Daten

Mit Urteil vom 27. Oktober 2022 stellte der EuGH fest, dass die für die Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlichen Dienste geeignete technische und organisatorische Massnahmen treffen müssen, um die anderen

¹⁶ Commission Expert Group on Artificial Intelligence (AI) and Data in Education and Training (E03774), vgl. <<https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=de&groupId=3774&fromMeetings=true&meetingId=27674>>.

¹⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über ausservertragliche zivilrechtliche Haftung an künstlicher Intelligenz vom 28. September 2022, COM (2022) 496 final.

Verantwortlichen, die ihnen diese Daten übermittelt haben bzw. denen sie die Daten weitergeleitet haben, über den Widerruf der Einwilligung der betroffenen Person zu informieren¹⁸. Stützen sich verschiedene Verantwortliche auf ein und dieselbe Einwilligung der betroffenen Person, genügt es, wenn sich diese Person an irgendeinen der Verantwortlichen wendet, um ihre Einwilligung zu widerrufen.

2. Internet

a) *Erklärung zur Zukunft des Internets*

Am 28. April 2022 unterzeichneten die EU, die USA und zahlreiche internationale Partner eine [Erklärung zur Zukunft des Internets](#).¹⁹ Mit der Erklärung unterstützen die zeichnenden Parteien ein offenes, freies, globales, interoperables und sicheres Internet und bekräftigen ihr Engagement für den Schutz und die Achtung der Menschenrechte in der gesamten digitalen Welt. Die Zustimmung zu den in der Erklärung enthaltenen Grundsätzen entfaltet keine rechtsverbindliche Wirkung für die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten und kann ihrer Position in anderen Foren weder vorgreifen noch diese vorwegnehmen.²⁰

b) *Neue Anforderungen an Internetplattformen*

Mit der Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat am 27. Oktober 2022 neue Haftungs- und Sicherheitsvorschriften für digitale Plattformen.²¹ Die neuen Vorschriften betreffen Internet-Plattformen, die Waren, Dienstleistungen oder Inhalte anbieten. Vorgesehen sind insbesondere Massnahmen und Pflichten zur Bekämpfung illegaler Dienstleistungen und Inhalte sowie zur Stärkung der Rechte von Nutzern und Interessen der Zivilgesellschaft. Online-Plattformen werden neu diesbezügliche Melde- und Löschungspflichten auferlegt. Zudem sehen sie neue Pflichten gegenüber den Nutzern mehr Transparenz im Hin-

¹⁸ EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 in der Rechtssache C-129/21, ECLI:EU:C:2022:833 - Proximus.

¹⁹ Der Text der Erklärung und eine Übersicht der zeichnenden Parteien findet sich unter: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-future-internet>.

²⁰ Im Weiteren vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 28. April 2022, IP/22/2695.

²¹ Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (sog. Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277 vom 27. Oktober 2022, 1 ff.

blick auf Werbemassnahmen sowie Schadensersatzpflichten bei Pflichtverletzungen vor. Einzelne Bestimmungen der Verordnung werden bereits seit dem 16. November 2022 angewendet; der überwiegende Teil wird indes erst ab 17. Februar 2024 anwendbar sein.

c) *Neue Richtlinie zur Cybersicherheit*

Am 14. November 2022 verabschiedeten der Rat und das Parlament eine revidierte Richtlinie zur Förderung des Cybersicherheitsniveaus in der EU (sog. NIS-2-Richtlinie).²² Sie ersetzt die diesbezügliche Richtlinie aus dem Jahr 2016.²³ Ziel ist es, die Resilienz und die Kapazitäten zur Reaktion auf Sicherheitsvorfälle sowohl des öffentlichen als auch des privaten Sektors und der EU als Ganzes weiter zu verbessern. Die neue Richtlinie bildet die Basis für Risikomanagementmassnahmen und Meldepflichten im Bereich der Cybersicherheit in allen Sektoren, die unter die Richtlinie fallen, so etwa Energie, Verkehr, Gesundheit und digitale Infrastrukturen. Nicht erfasst sind indes Tätigkeiten in den Bereichen Verteidigung, nationale Sicherheit, öffentliche Sicherheit und Strafverfolgung. Auch Justiz, Parlamente und Zentralbanken sind vom Anwendungsbereich ausgenommen.

Mit der Richtlinie wird auch das Europäische Netzwerk der Verbindungsorganisationen für Cyberkrisen, EU-CyCLONe, offiziell eingerichtet; es soll das koordinierte Management massiver Cybersicherheitsvorfälle und -krisen unterstützen. Waren nach der alten NIS-Richtlinie noch die Mitgliedstaaten dafür zuständig waren, festzulegen, welche Einrichtungen die Kriterien für die Einstufung als Betreiber wesentlicher Dienste erfüllen, wird mit der neuen Richtlinie ein Schwellenwert für die Grösse eingeführt, der als allgemeine Regel für die Ermittlung beaufsichtigter Einrichtungen dient. Dies hat zur Folge, dass alle mittleren und grossen Einrichtungen, die in den benannten Sektoren tätig sind oder unter die Richtlinie fallende Dienste erbringen, in den Anwendungsbereich fallen.

²² Richtlinie (EU) 2022/2555 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über Massnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148 (NIS-2-Richtlinie), ABl. L 333 vom 27. Dezember 2022, 80 ff.

²³ Richtlinie (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über Massnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union (NIS-Richtlinie), ABl. L 194 vom 19. Juli 2016, 1.

d) *Cybersicherheit von vernetzten Geräten*

Die Europäische Kommission legte am 15. September 2022 einen Verordnungsvorschlag vor, wonach in der EU künftig verbindliche Cybersicherheitsanforderungen für bestimmte digitale Produkte gelten sollen (sog. Cyberresilienzgesetz).²⁴ Betroffen wären Produkte, die direkt oder indirekt mit einem anderen Gerät oder einem digitalen Netz (insb. Internet) verbunden sind. Der Vorschlag umfasst

- Vorschriften für das Inverkehrbringen von Produkten mit digitalen Elementen, um ihre Cybersicherheit zu gewährleisten;
- grundlegende Anforderungen an die Gestaltung, Entwicklung und Herstellung von Produkten mit digitalen Elementen und Verpflichtungen der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf diese Produkte;
- grundlegende Anforderungen an die von den Herstellern anzuwendenden Verfahren zur Behebung von Schwachstellen, um die Cybersicherheit von Produkten mit digitalen Elementen während ihres gesamten Lebenszyklus zu gewährleisten;
- Vorschriften für die Marktüberwachung und Durchsetzung.

3. **Digitale Inhalte**

a) *Vorschlag einer Verordnung zur europäischen Medienfreiheit*

Mit dem Vorschlag einer Verordnung zur Förderung der Medienfreiheit (sog. Europäisches Medienfreiheitsgesetz) vom 16. September 2022 will die Europäische Kommission den Pluralismus und die Unabhängigkeit der Medien in der EU besser schützen.²⁵ Der Vorschlag umfasst insbesondere Schutzvorkehrungen gegen politische Einflussnahme auf redaktionelle Entscheidungen und gegen Überwachung durch Spähsoftware. Daneben verfolgt der Vorschlag die Absicherung der Unabhängigkeit und der stabilen Finanzierung öffentlich-rechtlicher Medien sowie die Transparenz von Medieneigentum und die Zuweisung staatlicher Werbeausgaben. Zudem werden Massnahmen zum

²⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/1020 vom 15. September 2022, COM (2022) 454 final.

²⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt (Europäisches Medienfreiheitsgesetz) und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU vom 16. September 2022, COM (2022) 457 final.

Schutz der Unabhängigkeit von Redakteuren und zur Offenlegung von Interessenkonflikten festgelegt. Um einer Medienkonzentration entgegenzuwirken, soll darüber hinaus ein neues unabhängiges Europäisches Gremium für Mediendienste geschaffen werden, das sich aus Vertretern der nationalen Medienregulierungsbehörden zusammensetzt. Ergänzend nahm die Kommission eine Empfehlung an, um interne Schutzvorkehrungen für redaktionelle Unabhängigkeit zu fördern.²⁶ Die Empfehlung sieht verschiedene freiwillige Massnahmen vor, die von Medienunternehmen in Betracht gezogen werden können. Die Massnahmen reichen von Bedingungen für die unabhängige Erstellung redaktioneller Inhalte bis hin zu Strategien zur Gewährleistung einer auf lange Sicht stabilen Produktion von Nachrichteninhalten.

b) Umgang mit missbräuchlichen Klagen gegen Journalisten

Zum Schutz der journalistischen Arbeit schlug die Kommission am 27. April 2022 eine Richtlinie zum Umgang mit missbräuchlichen Klagen gegen Journalisten vor.²⁷ Die Richtlinie befasst sich mit dem Phänomen offenkundig missbräuchlicher Gerichtsverfahren gegen Journalisten und Menschenrechtsverteidiger, die sich für die Verteidigung der Grundrechte, Frauenrechte, Umweltrechte etc. einsetzen. Die Richtlinie soll u.a. die vorzeitige Einstellung offenkundig unbegründeter Gerichtsverfahren ermöglichen, die Verfahrenskosten dem Kläger auferlegen und dem Betroffenen Schadensersatz für den erlittenen materiellen oder immateriellen Schaden zusprechen. Ausserdem sollen Gerichte abschreckende Sanktionen verhängen können. Betroffene sollen auch vor Urteilen aus Drittländern geschützt werden. Daneben hat die Kommission eine Empfehlung angenommen, welche die Richtlinie ergänzt.²⁸

²⁶ Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2022/1634 vom 16. September 2022 zu internen Schutzvorkehrungen für redaktionelle Unabhängigkeit und Transparenz von Medieneigentum, ABl. L 245 vom 22. September 2022, 56 ff.

²⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“) vom 27. April 2022, COM (2022) 177 final.

²⁸ Europäische Kommission, Empfehlung (EU) 2022/758 der Kommission vom 27. April 2022 zum Schutz von Journalisten und Menschenrechtsverteidigern, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („Strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“), ABl. L138 vom 17. Mai 2022, 30 ff.

c) *Online-Tool zur Erkennung von Fake News*

Der Diplomatische Dienst der EU hat ein neues Online-Tool zur Erkennung von Desinformation im Internet entwickelt (EUvsDISINFO).²⁹ Das Tool soll es den Internetnutzern erleichtern, die Relevanz und Zuverlässigkeit von Quellen einzuschätzen und reagieren zu können. Es werden Mechanismen und Taktiken der Desinformation erläutert, auch enthält die Webseite Einblicke in das krenlfreundliche Medienökosystem sowie in die Philosophie, die hinter ausländischer Informationsmanipulation und Einmischung steckt.

d) *Leitlinien für Lehrkräfte an Schulen zur Bekämpfung von Desinformation*

Die Kommission veröffentlichte am 11. Oktober 2022 Leitlinien für Lehr- und Erziehungskräfte an Primar- und Sekundarschulen zur Bekämpfung von Desinformation und zur Förderung digitaler Kompetenzen im Unterricht.³⁰ Die Leitlinien sollen der praktischen Unterstützung von Lehrkräften und beinhalten Definitionen technischer Konzepte, Unterrichtsmaterial und Anweisungen zur Förderung eines reflektierten Verhaltens im Internet. Das Instrumentarium umfasst drei Themenschwerpunkte, nämlich den Aufbau digitaler Kompetenzen, die Bekämpfung von Desinformation und die Bewertung digitaler Kompetenzen.

Die Leitlinien wurden mit Unterstützung einer Expertengruppe³¹ der Kommission zur Bekämpfung von Desinformation und zur Förderung digitaler Kompetenzen in der allgemeinen und beruflichen Bildung entwickelt. Zeitgleich hat diese Expertengruppe auch einen Bericht veröffentlicht, in dem die Rolle der allgemeinen und beruflichen Bildung bei der Bekämpfung von Desinformation analysiert und mögliche Lösungen auf EU- und nationaler Ebene vorgestellt werden.³²

²⁹ Das Tool ist zu finden unter: <<https://euvsdisinfo.eu/learn/#>>.

³⁰ Die Leitlinien sind abrufbar unter: <<https://doi.org/10.2766/28248>>.

³¹ Zur Zusammensetzung vgl.: <<https://education.ec.europa.eu/news/kick-off-meeting-of-the-expert-group-on-tackling-disinformation-and-promoting-digital-literacy-through-education-and-training>>.

³² Der Bericht ist abrufbar unter: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/72421f53-4458-11ed-92ed-01aa75ed71a1/language-en>>.

e) *Löschung terroristischer Inhalte auf Online-Plattformen*

Seit dem 7. Juni 2022 gilt die Verordnung über terroristische Online-Inhalte unmittelbar in den Mitgliedstaaten.³³ Terroristische Inhalte im Internet müssen nun innerhalb von einer Stunde gelöscht werden. Zudem müssen Online-Plattformen Massnahmen ergreifen, wenn sie mit terroristischen Inhalten konfrontiert werden. Entfernungsanordnungen müssen Gründe darüber aufweisen, warum Inhalte als „terroristisch“ eingestuft werden. Ferner sind strenge Schutzklauseln vorgesehen, um die Wahrung von Grundrechten wie der Meinungsfreiheit zu gewährleisten.

³³ Verordnung (EU) 2021/784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, ABl. L 172 vom 17. Mai 2021, 79 ff.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022

In der Berichtsperiode kann die Schweiz im Bereich Kommunikation und Medien wieder einige interessante Entwicklungen vorweisen. Um nur einige zu nennen: Online-Medien haben erstmals das Fernsehen als Meinungsmächtigste Mediengattung abgelöst; in- und ausländische Streamingdienste sowie ausländische Fernsehdienste mit Schweizer Werbefenstern müssen künftig in Schweizer Filme oder dessen Vermittlung investieren; das Datenschutzgesetz tritt erst am 1. September 2023 in Kraft; und zum besseren Schutz der Privatsphäre der Benutzerinnen und Benutzer von vernetzten Geräten müssen spätestens ab dem 1. August 2024 alle auf dem Schweizer Markt erhältlichen drahtlosen Geräte und Produkte, die zur Kommunikation mit dem Internet verbunden werden können, über Funktionen verfügen, die den Schutz von Personendaten gewährleisten.

I. Allgemeine Entwicklungen

a) *Änderung des Filmgesetzes*

Im Berichtsjahr hat die Schweizer Stimmbevölkerung über die Änderung des Filmgesetzes (FiG) abgestimmt und die Einführung einer Investitionspflicht in das Schweizer Filmschaffen für Streamingdienste angenommen.³⁴ Neu müssen in- und ausländische Streamingdienste sowie ausländische Fernsehdienste mit Schweizer Werbefenstern in Schweizer Filme oder dessen Vermittlung investieren. Der Umfang der Investitionspflicht beläuft sich auf 4 Prozent ihres jährlich in der Schweiz erzielten Bruttoeinkommens. Streamingdiensten, die diese Abgabe nicht entrichten, droht eine Ersatzabgabe. Das revidierte FiG legt zudem eine Quote von europäischen Filmen auf Streamingdiensten fest (30%) und regelt den öffentlichen Zugang zu vom Bund unterstützten Filmen.

Die Änderung des FiG zieht Anpassungen an der bestehenden Filmverordnung (FiV) nach sich und macht darüber hinaus die Einführung einer neuen Verordnung mit Ausführungsbestimmungen zur Umsetzung der europäischen Quote und der Investitionspflicht in das Schweizer Filmschaffen (FQIV) erforderlich, die sich an die Fernseh- und Abrufdienste richtet. Die Vernehmlassung zur Änderung der FiV und Einführung der FQIV dauerte bis zum 17. Februar 2023.³⁵

³⁴ Die Annahme erfolgte am 15. Mai 2022, vgl. BAK-Website, abrufbar unter: <https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturschaffen/film1/aenderung-filmgesetz.html>.

³⁵ Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 3. November 2022, Vernehmlassungseröffnung: Eidgenössisches Department des Innern.

b) *Datenschutzgesetz Schweiz*

Gemäss Bundesratsbeschluss vom 31. August 2022 treten das totalrevidierte Datenschutzgesetz (DSG) und die Ausführungsbestimmungen in der neuen Datenschutzverordnung (DSV) und der neuen Verordnung über Datenschutz-zertifizierungen (VDSZ) erst am 1. September 2023 in Kraft.³⁶ Mit der langen Umsetzungsfrist folgt der Bundesrat dem Anliegen der Wirtschaft, den Datenschutzverantwortlichen ausreichend Zeit einzuräumen, um die notwendigen Vorkehrungen für die Umsetzung des neuen Datenschutzrechts zu treffen.

Die Revision der schweizerischen Datenschutzgesetzgebung soll der Schweiz auch erlauben, das revidierte Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (SEV 108)³⁷ des Europarats zu ratifizieren sowie die Schengen-relevante Richtlinie (EU) 2016/680 über den Datenschutz in Strafsachen³⁸ umzusetzen.

Darüber hinaus wollte man die schweizerische Datenschutzgesetzgebung den Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung³⁹ annähern, damit die EU die Schweiz weiterhin als Drittstaat mit einem angemessenen Datenschutzniveau anerkennt. So bleibt die grenzüberschreitende Datenübermittlung auch künftig ohne weitere Hürden möglich.

c) *Nutzung von Mobilitätsdaten*

Daten spielen auch in der Mobilität eine immer wichtigere Rolle. Bislang sind die in diesem Zusammenhang nötigen Informationen jedoch noch nicht ausreichend verfügbar und harmonisiert. Um die Nutzung von Mobilitätsdaten verkehrsträgerübergreifend zu verbessern⁴⁰ und den Informationsfluss zu allen Aspekten der Mobilität dauerhaft, sicher und frei von kommerziellen

³⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 31. August 2022, Neues Datenschutzrecht ab 1. September 2023.

³⁷ Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981.

³⁸ Richtlinie (EU) 2016/680 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates.

³⁹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

⁴⁰ Lieferung, Bereitstellung, Austausch, Verknüpfung, Bezug von Daten.

Interessen zu gewährleisten, schlägt der Bundesrat den Aufbau einer staatlichen, zunächst vom Bund finanzierten⁴¹ Mobilitätsdateninfrastruktur (MODI) vor. Vom 2. Februar bis 3. Mai 2022 hat der Bundesrat den Entwurf zum Bundesgesetz über die Mobilitätsdateninfrastruktur (MODIG)⁴² in die Vernehmlassung geschickt.⁴³ Die Eingaben werden derzeit ausgewertet.

d) *Digitalisierung der Schweiz*

Am 9. Dezember 2022 hat der Bundesrat zwei Berichte zur Digitalisierung verabschiedet und damit ein Monitoring der relevanten Entwicklungen in den Bereichen Wirtschaftspolitik⁴⁴ und Arbeitsmarkt⁴⁵ vorgelegt.⁴⁶ Die Berichte lassen erkennen, dass die Schweiz den digitalen Wandel gut meistert und im internationalen Vergleich bei der Digitalisierung nach wie vor stark positioniert ist.⁴⁷

e) *Strategie Digitale Schweiz*

Am 16. Dezember 2022 hat der Bundesrat die neue, vereinfachte Strategie Digitale Schweiz genehmigt.⁴⁸ Die für die Bundesverwaltung verbindliche Strategie definiert seit 2018 Leitlinien für das staatliche Handeln in der Digitalisierung und dient zudem als Orientierungsrahmen für Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft, um den digitalen Wandel bestmöglich zu nutzen.

Die Strategie Digitale Schweiz sieht neu jährlich wechselnde Fokusthemen vor. Hierbei handelt es sich um Themen, denen der Bundesrat eine besondere Priorität für die digitale Schweiz beimisst. Für 2023 sind dies: digitalisierungsfreundliches Recht, Digitalisierung im Gesundheitsbereich und digitale Souveränität.

⁴¹ Nach 10 Jahren soll die Finanzierung möglichst über Nutzungsgebühren erfolgen.

⁴² Entwurf zum Bundesgesetz über die Mobilitätsdateninfrastruktur (MODIG), abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/70077.pdf>.

⁴³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Februar 2022, Bundesrat will Nutzung von Mobilitätsdaten verbessern und Verkehrssystem effizienter machen.

⁴⁴ Bericht des Bundesrates vom 9. Dezember 2022, Digitalisierung – Handlungsfelder der Wirtschaftspolitik.

⁴⁵ Bericht des Bundesrates vom 9. Dezember 2022, Auswirkungen der Digitalisierung auf den Arbeitsmarkt – Monitoring 2022.

⁴⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. Dezember 2022, Schweiz gut unterwegs – Monitoring zu Entwicklungen der Digitalisierung.

⁴⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. Dezember 2022 (Fn. 46).

⁴⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. Dezember 2022, Neue Strategie für die Digitale Schweiz.

f) *Mediennutzung Schweiz*

Die fortschreitende Digitalisierung zeigt sich auch in der Mediennutzung der Schweizerinnen und Schweizer. Zwar kann das klassische Fernsehen mit 5.9 Mio. Nutzern noch immer die höchste Nutzerzahl vorweisen: 2 von 3 Personen in der Schweiz schalten den Fernseher täglich ein. Mit 3.1 Mio. Nutzern (Netflix) und 4.5 Mio. Nutzern (YouTube) hat der Konsum von Streamingdiensten im Berichtsjahr weiter zugenommen.⁴⁹ Gemäss einer vom BAKOM in Auftrag gegebenen Studie haben Online-Medien im Jahr 2021 zudem erstmals das Fernsehen als meinungsmächtigste Mediengattung abgelöst.⁵⁰

g) *Einheitlicher Ladestandard für Mobiltelefone und Tablets*

Ab dem 28. Dezember 2024 müssen EU-weit alle neu verkauften Smartphones mit einem einheitlichen USB-C-Ladekabel ausgerüstet sein.⁵¹ Diese Pflicht gilt auch für Tablets, E-Reader, Digitalkameras, Kopfhörer, tragbare Lautsprecher und Tastaturen. Für Laptops greifen die neuen Vorschriften erst ab Frühjahr 2026.

Auch wenn die Pflicht zum einheitlichen Ladestandard keine direkte Anwendung auf die Schweiz findet, kann davon ausgegangen werden, dass zukünftig auch in der Schweiz nur noch Geräte auf den Markt kommen, die sich über einen USB-C-Anschluss laden lassen.⁵² Alle auf dem Schweizer Markt vertriebenen Mobiltelefone müssen bereits seit 2017 mit einem einheitlichen Ladegerät kompatibel sein.⁵³

⁴⁹ Interessengemeinschaft elektronische Medien IGE, IGE-Digimonitor 2022, Zusammenfassung abrufbar unter: <<https://www.igem.ch/download/Zusammenfassung-IGEM-Digimonitor-2022.pdf?d=1674575388481>>.

⁵⁰ Publicom, Medienmonitor Schweiz 2021, Bericht, Eine Untersuchung der Publicom AG im Auftrag des Bundesamts für Kommunikation, abrufbar unter: <https://www.medienmonitor-schweiz.ch/file/download/1004/MMS2021_Jahresbericht.pdf>.

⁵¹ Vgl. vorne I.1.f).

⁵² Gemäss BAKOM ist die schweizerische Gesetzgebung bereit, den EU-Entscheid zu übernehmen, vgl. Finke Björn/Mettler Jon, EU führt wohl einheitliches Ladekabel für Handys ein – die Schweiz zieht nach, BaZonline, 23. September 2022.

⁵³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. November 2015, In Richtung eines einheitlichen Ladegeräts für die Mobiltelefone; Apple hält sich bei der Schnittstelle zum Netzteil an diese Regelung (USB-Anschluss), nicht jedoch bei der Schnittstelle zum mobilen Endgerät (Lightning-Standard).

h) Künstliche Intelligenz und internationales Regelwerk

Auf internationaler⁵⁴ und nationaler Ebene finden aktuell in zahlreichen Foren Diskussionen zur Bedeutung und (möglichen) Regulierung von Künstlicher Intelligenz (KI) statt.

Am 13. April veröffentlichte das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) einen Bericht an den Bundesrat zum Thema „Künstliche Intelligenz und internationales Regelwerk“⁵⁵ und erfüllte damit den Auftrag des Bundesrates vom 13. Dezember 2019: „Das EDA (Direktion für Völkerrecht DV) soll vertieft prüfen, wie internationale Regeln im KI-Bereich entstehen, wie sie zu qualifizieren sind und inwiefern dadurch Völkerrecht geschaffen wird, und ggf. Massnahmen vorschlagen, wie sich die Schweiz dazu positionieren soll.“

Der Bericht kommt zum Ergebnis, dass die aktuellen Diskussionen auf internationaler Ebene zwar noch weitgehend am Anfang stehen, aber dennoch bereits jetzt ein internationales Regelwerk zu KI erkennbar ist, das auf fünf Ebenen entsteht: (1) Völkerrecht, (2) Soft Law, (3) nationale Erlasse mit internationaler Wirkung, (4) technische Standards und Selbstbindung der Unternehmen sowie (5) normative Kraft des Faktischen durch die technologische Entwicklung.

Aufgrund ihrer Stärken in Forschung und Entwicklung, ihrer wirtschaftlichen Kraft und ihrer Glaubwürdigkeit in internationalen Rechtsfragen attestiert der Bericht der Schweiz gute Voraussetzungen, das entstehende internationale Regelwerk zu KI im Sinne ihrer Interessen und Werte mitzugestalten. Hierzu müsse sie sich aber aktiv einbringen.⁵⁶

⁵⁴ Vgl. vorne [1.1.g](#)).

⁵⁵ Bericht des EDA an den Bundesrat vom 13. April 2022, Künstliche Intelligenz und internationales Regelwerk.

⁵⁶ Bericht des EDA vom 13. April 2022 (Fn. 55), Schlussfolgerung, 26.

2. Telekommunikation und Rundfunk

a) Massnahmenpaket zugunsten der Medien

Am 13. Februar 2022 haben die Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger das Massnahmenpaket zugunsten der Medien abgelehnt.⁵⁷ Ein besonders heikler Punkt war die Frage der Unabhängigkeit der Medien vom Staat.⁵⁸ Bundesrat⁵⁹ und Parlament⁶⁰ hatten die Annahme zuvor empfohlen, um ein vielfältiges Medienangebot in allen Regionen der Schweiz zu fördern. Neben dem Ausbau der indirekten Presseförderung sah das Massnahmenpaket die Unterstützung von Online-Medien sowie allgemeine Massnahmen zugunsten der elektronischen Medien vor. Darüber hinaus wollte der Bundesrat die Rahmenbedingungen der elektronischen Medien durch die Unterstützung von Aus- und Weiterbildungsinstitutionen, nationalen Nachrichtenagenturen oder Selbstregulierungsorganisationen verbessern.

b) Digitaler Wandel im Service public

Ein leistungsfähiger Service public ist auch in einer digitalen Schweiz eine zentrale Voraussetzung für die Lebensqualität der Bevölkerung, die Vitalität der politischen Institutionen und die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft. Zu diesem Ergebnis kommt der am 12. Oktober 2022 verabschiedete Grundlagenbericht des Bundesrates „Digitaler Service Public“.⁶¹ Weil die soziale und wirtschaftliche Teilhabe im digitalen Raum zu grossen Teilen auf einer effizienten, erschwinglichen und zuverlässigen Hochbreitbandinfrastruktur und einem verbesserten Zugang zu Daten basiert, soll ab 1. Januar 2024 ein Inter-

⁵⁷ BAKOM, Massnahmenpaket zugunsten der Medien, abrufbar unter: <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetze/zukuenftiges-gesetz-ueber-elektronische-medien.html>>.

⁵⁸ So auch SRF online, Volk schickt Medienpaket bachab, 13. Februar 2022, abrufbar unter: <<https://www.srf.ch/news/abstimmungen-13-februar-2022/massnahmenpaket-medien/massnahmenpaket-medien-volk-schickt-medienpaket-bachab>>.

⁵⁹ An seiner Sitzung vom 29. April 2020 hat der Bundesrat die Botschaft zum Bundesgesetz über ein Massnahmenpaket zugunsten der Medien verabschiedet, BBl 2020 4541.

⁶⁰ Das Parlament hatte am 18. Juni 2021 beschlossen, die Medien mit einem Massnahmenpaket zu unterstützen, vgl. BAKOM, Massnahmenpaket zugunsten der Medien (Fn. 57).

⁶¹ Grundlagenbericht des Bundesrates vom 12. Oktober 2022, Digitaler Service public, abrufbar unter: <https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/bilder/bakom/digitale-schweiz_und_internet/strategie_digitale_schweiz/dialog_digitale_schweiz/grundbericht.pdf.download.pdf/Beilage_01_Bericht_DE_zu_BRA_UVEK.pdf>.

netzgang von 80 Mbit/s das bisherige Grundversorgungsangebot von 10 Mbit/s ergänzen.⁶² Darüber hinaus ist eine Hochbreitbandstrategie für die Schweiz in Vorbereitung.

c) *Abgabe für Radio und Fernsehen I*

Zur Unterstützung der SRG aber auch konzessionierter lokaler Radio- und Fernsehsender zahlen alle Schweizer Haushalte sowie Unternehmen und Kollektivhaushalte eine Abgabe für Radio und Fernsehen, unabhängig davon, ob Geräte vorhanden sind, die den Empfang von Radio- oder Fernsehprogrammen ermöglichen.⁶³ Gemäss Bundesratsbeschluss vom 7. September 2022 beträgt die Höhe der Abgabe für Radio und Fernsehen für den Zeitraum 2023/24 sowohl für Privathaushalte als auch für Unternehmen weiterhin 335 CHF pro Jahr. Die Höhe der Abgabe für den Zeitraum 2025/26 wird der Bundesrat im Jahr 2024 neu beurteilen.⁶⁴

d) *Konzession der SRG verlängert*

An seiner Sitzung vom 7. September 2022 hat der Bundesrat die zum Ende des Berichtsjahrs auslaufende Konzession der SRG bis Ende 2024 unverändert verlängert. Die Grundzüge der Konzession der SRG ab 2025 wird der Bundesrat 2023 festlegen. Unter anderem soll die SRG ihren Online-Auftritt stärker auf Audio- und audiovisuelle Inhalte ausrichten.⁶⁵

e) *Abgabe für Radio und Fernsehen II*

Die Abgabe für Radio und Fernsehen⁶⁶ stellt keine Diskriminierung gegenüber Personen dar, die als „Single“ leben.⁶⁷ Mit Urteil vom 13. Dezember 2022 hat das Bundesgericht die entsprechende Beschwerde eines allein wohnenden Mannes abgewiesen.⁶⁸

⁶² Vgl. [II.3.a\)](#).

⁶³ BAKOM, Abgabe für Radio und Fernsehen, abrufbar unter: <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/elektronische-medien/abgabe-fur-radio-und-fernsehen.html>.

⁶⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 7. September 2022, Unveränderte Höhe der Radio- und Fernsehgebühr, Verlängerung der SRG-Konzession.

⁶⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 7. September 2022 (Fn. 64).

⁶⁶ Vgl. Website des BAKOM, abrufbar unter: <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/elektronische-medien/abgabe-fur-radio-und-fernsehen.html>.

⁶⁷ Urteil des BGer vom 13. Dezember 2022, 2C_547/2022.

⁶⁸ Medienmitteilung des BGer vom 19. Januar 2023, Urteil vom 13. Dezember 2022 (2C_547/2022), Radio- und TV-Abgabe: keine Diskriminierung von „Singles“.

3. Internet

a) Grundversorgung für Telefon und Internet

Am 19. Mai 2022 hat die Eidgenössische Kommunikationskommission (Com-Com) die zum Ende des Berichtsjahrs auslaufende Grundversorgungskonzession der Swisscom um ein Jahr bis Ende 2023 verlängert.⁶⁹ Zu den Diensten der Grundversorgung gehören neben verschiedenen Diensten für Menschen mit Behinderungen ein Internetzugang mit 10/1 Mbit/s, ein Telefondienst mit einer oder drei Rufnummern sowie zwei kostenlose Verzeichniseinträge (vgl. Art. 15 FDV).

b) Revision der Verordnung über die Fernmeldedienste (FDV)

Grund für die vorab angesprochene unveränderte Verlängerung der bestehenden Grundversorgungskonzession⁷⁰ ist die noch laufende Anpassung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV), mit welcher der Bundesrat den Umfang der Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten neu festlegen will. Zusätzlich zur Erweiterung des Grundversorgungsumfanges durch die Aufnahme eines weiteren Internetzugangsdienstes soll (auch mangels Nachfrage) der Telefondienst mit drei Rufnummern aus dem Grundversorgungsangebot gestrichen werden.⁷¹ Die am 3. Dezember 2021 eröffnete Vernehmlassung zur Revision der FDV dauerte bis zum 18. März 2022. Am 16. November 2022 veröffentlichte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) seinen Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung.⁷²

⁶⁹ Medienmitteilung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) vom 19. Mai 2022, ComCom verlängert die Konzession für die Telecom-Grundversorgung um ein Jahr.

⁷⁰ Vgl. [II.3.a](#).

⁷¹ BAKOM, Revision der Verordnung über Fernmeldedienste (Anpassung der Grundversorgungsbestimmungen), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 26. November 2021.

⁷² BAKOM, Vernehmlassung über Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit von Informationen und von Fernmeldeinfrastrukturen und -diensten, abrufbar unter: https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/vernehmlassung_massnahmen_fernmeldeinfrastrukturen_diensten.html.

c) *Swiss Internet Governance Forum*

Nach zwei ausschliesslich virtuellen Runden fand das Swiss IGF im Berichtsjahr hybrid statt, zeitgleich in Bern und virtuell.⁷³ Am 2. Juni 2022 diskutierten die Teilnehmenden über Themen wie die Regulierung der Künstlichen Intelligenz und der digitalen Plattformen, über Cybersicherheit und über die digitale Partizipation. Die Teilnehmer des IGF sehen unter anderem einen Regulierungsbedarf im Zusammenhang mit Künstlicher Intelligenz. Dieser könne aber nicht allein durch von Unternehmen selbst gesetzte ethische Standards abgedeckt werden.⁷⁴

Das Swiss IGF 2023 findet am 13. Juni 2023 statt.

d) *Elektronische Identität (E-ID-Gesetz)*

An seiner Sitzung vom 29. Juni 2022 hat der Bundesrat die Vernehmlassung für ein Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise (E-ID-Gesetz, BGEID) eröffnet.⁷⁵ Mithilfe der vom Bund herausgegebenen neuen elektronischen Identität (E-ID) sollen sich die Nutzerinnen und Nutzer sicher, schnell und unkompliziert ausweisen können. Antragsberechtigt sollen alle Personen sein, die über eine Schweizer Identitätskarte, einen Schweizer Pass oder einen von der Schweiz ausgestellten Ausländerausweis verfügen.

Die Vernehmlassung dauert bis am 20. Oktober 2022 und wird derzeit ausgewertet.

e) *Elektronische Stimmabgabe*

Seit dem 1. Juli 2022 gelten für die erste Etappe der Neuausrichtung des Versuchsbetriebs E-Voting⁷⁶ neue Rechtsgrundlagen; neben der teilrevidierten Verordnung über die politischen Rechte (VPR) ist auch die totalrevidierte Ver-

⁷³ BAKOM, Swiss Internet Governance Forum, abrufbar unter: <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/digital-und-internet/internet/swiss-igf.html>>.

⁷⁴ Vgl. Website des Swiss IGF, abrufbar unter: <https://www.un.org/techenvoy/sites/www.un.org.techenvoy/files/Swiss_Internet_Governance_Forum_Messages_from_Bern_2022.pdf>.

⁷⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. Juni 2022, E-ID: Bundesrat eröffnet Vernehmlassung.

⁷⁶ An seiner Sitzung vom 28. April 2021 hatte der Bundesrat entschieden, das Vernehmlassungsverfahren für die Neuausrichtung des Versuchsbetriebs der elektronischen Stimmabgabe zu eröffnen, vgl. Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 28. April 2021, Neuausrichtung E-Voting: Eröffnung der Vernehmlassung.

ordnung der Bundeskanzlei über die elektronische Stimmabgabe (VEleS) in Kraft getreten.⁷⁷ Damit können Kantone dem Bundesrat wieder beantragen, dass sie im Rahmen des Versuchsbetriebs die elektronische Stimmabgabe anbieten.

f) Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr

Um den digitalen Wandel in der Schweizer Justiz in Straf-, Zivil- und Verwaltungsverfahren voranzutreiben, sollen künftig alle an einem Justizverfahren beteiligten Parteien über eine sichere, zentrale Plattform mit den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsbehörden Daten austauschen können. Im Berichtsjahr hat der Bundesrat das EJPD beauftragt, bis Ende 2022 eine Botschaft zum neuen Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) auszuarbeiten.⁷⁸

g) Regulierung von Internetplattformen

Am 10. Oktober 2022 hat eine Koalition aus der Zivilgesellschaft⁷⁹ ihr „Joint Statement zur Plattformregulierung“ veröffentlicht, um „Grundrechte, rechtsstaatliche Prinzipien und demokratische Kontrolle auch in der digitalen Öffentlichkeit durchzusetzen“⁸⁰. Die vorgeschlagenen Massnahmen umfassen:

- Datenzugang für Forschung, Zivilgesellschaft und Journalismus;
- Prüfung algorithmischer Systeme auf ihre Risiken für Grundrechte etc.;
- Transparente und zugängliche Verfahren (Beschwerdesysteme etc.);
- Einrichtung einer Aufsichtsbehörde;
- Verpflichtung der Plattformen, eine CH-Vertretung einzurichten;
- Transparenz über algorithmische Empfehlungssysteme;
- Schutz besonders schützenswerter Personendaten;
- Keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts;

⁷⁷ Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 25. Mai 2022, E-Voting: Neue rechtliche Grundlagen treten in Kraft.

⁷⁸ Medienmitteilung des EJPD vom 29. Juni 2022, Kommunikationsplattform für elektronischen Rechtsverkehr: Gesetzesentwurf bis Ende 2022.

⁷⁹ Das Statement wird unterstützt von AlgorithmWatch Schweiz, Digitale Gesellschaft, Stiftung Mercator Schweiz, CH, Dezentrum, Fachgruppe „Informatik und Gesellschaft“ der Schweizer Informatikgesellschaft, humanrights.ch, ICT4Peace, Netzcourage, OpenData.ch, PinkCross, Stiftung für Konsumentenschutz, Stiftung Risiko Dialog und Zurich Hub for Ethics an Technology (ZHET), vgl. humanrights.ch, Die Schweiz muss Regeln für Kommunikationsplattformen schaffen, abrufbar unter: <<https://www.humanrights.ch/de/stellungnahmen/regeln-kommunikationsplattformen>>.

⁸⁰ Humanrights.ch (Fn. 79).

- Kennzeichnung von politischer und kommerzieller Werbung;
- Eingrenzung von Desinformation und Kennzeichnung von (Social) Bots;
- Stärkung der digitalen Informations- und Nachrichtenkompetenz.

Im Auftrag des Bundesrats sollte das UVEK bis Ende 2022 ein Aussprachepapier zur Frage verfassen, ob und wie Kommunikationsplattformen reguliert werden können.⁸¹

h) Strafrechtschützt ausreichend vor Mobbing

Mit dem Postulat 21.3969⁸² hat der Nationalrat den Bundesrat beauftragt zu prüfen, wie Cybermobbing⁸³ und digitale Gewalt⁸⁴ bestraft werden können.⁸⁵ Der in diesem Zusammenhang am 19. Oktober 2022 verabschiedete Bericht des Bundesrates kommt zum Ergebnis, dass das geltende Strafrecht Mobbing-Opfer im Internet und in der analogen Welt ausreichend schützt.⁸⁶

Insbesondere scheitert die Strafbarkeit bei im Internet begangenen Taten in der Regel nicht daran, dass diese nicht vom Strafrecht erfasst sind. Vielmehr liege die Schwierigkeit in der Rechtsdurchsetzung. So handeln Täter im virtuellen Raum zumeist anonym, was die Strafverfolgung erschwert. Dieses Problem liesse sich auch nicht durch einen spezifischen Cybermobbing-Artikel im Strafrecht lösen.

Mit der Frage der Rechtsdurchsetzung bei Hassreden befasst sich der Bundesrat gesondert.⁸⁷

⁸¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. November 2021, Bundesrat will breite Diskussion zur Regulierung von Kommunikationsplattformen.

⁸² Eingereicht durch die Kommission für Rechtsfragen NR am 25. Juni 2021.

⁸³ Hierbei handelt es sich um als ein systematisches einschüchterndes, belästigendes oder blossstellendes Verhalten, mit welchem das Opfer beleidigt, schikaniert, gequält oder herabgesetzt wird.

⁸⁴ Den Begriff der digitalen Gewalt grenzt der Bundesrat in seinem Bericht ein auf Hassrede, Rachepornografie und Sextortion – die Androhung der Veröffentlichung intimer Aufnahmen, um so beispielsweise Geld zu erpressen.

⁸⁵ Postulat 21.3969, Ergänzungen betreffend Cybermobbing im Strafgesetzbuch, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90730.html>>.

⁸⁶ Bundesrat, Ergänzungen betreffend Cybermobbing im Strafgesetzbuch, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 21.3969, 19. Oktober 2022, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/73646.pdf>>.

⁸⁷ Postulat 21.3450, Hassreden. Bestehen gesetzliche Lücken?, eingereicht durch die Sicherheitspolitische Kommission SR am 25. März 2021.

i) *Cybersicherheit von vernetzten Geräte*

Am 1. September 2022 ist die revidierte Verordnung des BAKOM über Fernmeldeanlagen (VFAV) in Kraft getreten.⁸⁸ Die neuen VFAV-Bestimmungen zielen auf einen besseren Schutz der Privatsphäre der Benutzerinnen und Benutzer von vernetzten Geräten (Smartphones, Smartwatches, Fitness-Tracker, drahtlose Spielzeuge). Spätestens ab dem 1. August 2024 müssen alle auf dem Schweizer Markt erhältlichen drahtlosen Geräte und Produkte, die zur Kommunikation mit dem Internet verbunden werden können, über Funktionen verfügen, die den Schutz von Personendaten gewährleisten. Dies gilt insbesondere dann, wenn Kinder betroffen sind (Babyphones, Spielzeuge etc.).

j) *Meldepflicht für Cyberangriffe bei sensiblen Infrastrukturen*

Der Bundesrat plant die Einführung einer Meldepflicht für Cyberangriffe bei kritischen Infrastrukturen und hat zu diesem Zweck am 2. Dezember 2022 die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Informationssicherheit beim Bund gutgeheissen.⁸⁹ Die zuhanden des Parlaments verabschiedete Vorlage schafft die gesetzlichen Grundlagen zur Meldepflicht für Betreiberinnen und Betreiber kritischer Infrastrukturen und definiert die Aufgaben des Nationalen Zentrums für Cybersicherheit (NCSC), welches als zentrale Meldestelle für Cyberangriffe vorgesehen ist. Ein wichtiges in der Vernehmlassung genanntes Anliegen ist die Einführung einer möglichst unbürokratischen Meldepflicht ohne grossen Zusatzaufwand.⁹⁰

⁸⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. August 2022, Cybersicherheit von drahtlosen Geräten.

⁸⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Dezember 2022, Bundesrat überweist Botschaft zur Meldepflicht für Cyberangriffe bei kritischen Infrastrukturen.

⁹⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Dezember 2022 (Fn. 89).

Wettbewerbsrecht

David Bruch/David Mamane*

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (DAVID BRUCH)	76
1.	Wettbewerbsabreden	76
a)	Praxis der Europäischen Kommission	76
b)	Praxis der Europäischen Gerichte	78
2.	Missbrauchskontrolle	82
a)	Praxis der Europäischen Kommission	82
b)	Praxis der Europäischen Gerichte	84
3.	Zusammenschlusskontrolle	88
a)	Praxis der Europäischen Kommission	88
b)	Praxis der Europäischen Gerichte	92
4.	Rechtsetzung und Rechtsetzungsprojekte	93
a)	Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act; DMA)	93
b)	Überarbeitete Vertikal-GVO und -Leitlinien	95
c)	Weitere Leitlinien und Notizen	95
d)	Konsultationen und Evaluationen	96
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022 (DAVID MAMANE)	98
1.	Wettbewerbsabreden	98
2.	Missbrauchskontrolle	99
3.	Zusammenschlusskontrolle	100

* Die Autoren zeichnen jeweils ausschliesslich für die Ausführungen in ihren Abschnitten verantwortlich (David Bruch für die Ausführungen unter I. und David Mamane für die Ausführungen unter II.), in welchen sie einzig ihre persönliche Meinung wiedergeben.

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

Der vorliegende Beitrag widmet sich ausgewählten Entwicklungen des europäischen Wettbewerbsrechts seit Januar 2022 bis Ende Dezember 2022. Es besteht kein Anspruch auf Vollständigkeit. Wie in den Vorjahren¹ konzentrieren sich die Ausführungen auf die Praxis in den Bereichen Wettbewerbsabreden (s.u. [L.1](#)), Missbrauchskontrolle (s.u. [L.2](#)) und Unternehmenszusammenschlüsse (s.u. [L.3](#)). Anschliessend wird auch auf die Rechtsetzung und ausgewählte Rechtsetzungsprojekte im Bereich des europäischen Wettbewerbsrecht eingegangen (s.u. [L.4](#)). Der vierte Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts – das Beihilfenrecht² – wird mangels Entsprechung im Schweizer Recht nicht behandelt.

1. Wettbewerbsabreden

a) *Praxis der Europäischen Kommission*

Im Bereich Wettbewerbsabreden beendete die Europäische Kommission im Jahr 2022 zwei Verfahren nach Verpflichtungszusagen sowie zwei weitere Verfahren unter Auferlegung von Sanktionen (Summe aller Sanktionen: 188,5 Mio. Euro; s. dazu sogleich). Auch eröffnete sie mehrere Untersuchungen und führte mehrmals Hausdurchsuchungen durch. Folgendes ist dazu hervorzuheben.

Ein Sanktionsentscheid der Europäischen Kommission betraf ein Kartell aus zwei Unternehmen (*Crown* und *Silgan*)³ im Bereich des Vertriebs von Metall Dosen und Metallverschlüssen in Deutschland.⁴ Gemäss der Europäischen Kommission hatten die beiden Unternehmen über längere Zeit detaillierte Informationen über ihre jüngsten Verkäufe von Metallverschlüssen an ihre einzelnen Kundinnen und Kunden ausgetauscht und sich zeitweise abgestimmt über die Erhebung eines Preisaufschlages sowie die Absenkung der Mindesthaltbarkeitsempfehlung für bestimmte Metall Dosen und -Verschlüsse.

¹ Vgl. etwa Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/2022, Zürich 2022, 103 ff.

² Die Europäische Kommission fällte 2022 rund 800 Entscheide im Bereich des Beihilfenrechts; abrufbar unter: <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-12/2022_at_a_glance_1.pdf>.

³ Siehe dazu Fall AT.40522; Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 12. Juli 2022, IP/22/4483.

⁴ IP/22/4483.

Beide Unternehmen räumten die Beteiligung am Verstoss ein und stimmten einem Vergleich zu. Die Europäische Kommission sanktionierte beide Unternehmen mit Geldbussen in Höhe von insgesamt 31,5 Mio. Euro.

Der zweite Sanktionsentscheid des Jahres 2022 betraf ein Kartell aus sechs Unternehmen (INEOS, Sunpor, Synbra, Synthomer, Synthos und Trinseo)⁵ im Bereich der Beschaffung von Styrolmonomer. Dieser Stoff stellt einen wichtigen Inputfaktor für die Produktion vieler chemischer Erzeugnisse wie Kunststoffe, Harze, Gummi und Latex dar.⁶ Gemäss der Europäischen Kommission tauschten die sechs Unternehmen sensible Geschäftsinformationen aus und koordinierten ihre Verhandlungsstrategie gegenüber Styrolmonomer-Verkäuferinnen in Bezug auf einen branchenspezifischen Referenzpreis für Styrol. Dieser Referenzpreis sei häufig Teil der Preisformel in Styrol-Lieferverträgen. Alle beteiligten Unternehmen räumten die Beteiligung am Verstoss ein und stimmten einem Vergleich zu. Die Europäische Kommission sanktionierte fünf Unternehmen mit Geldbussen in Höhe von insgesamt 157 Mio. Euro. Gegen Ineos verhängte die Europäische Kommission keine Sanktion, da das Unternehmen die Europäische Wettbewerbsbehörde über das Kartell informiert hatte.

Mitte 2022 beendete die Europäische Kommission das Verfahren gegen *Insurance Ireland*⁷ sowie das schon seit 2016 laufende Verfahren gegen T-Mobile CZ, CETIN und O2 CZ und deren Muttergesellschaften *Deutsche Telekom* bzw. *PPF Group*⁸ jeweils nach Verpflichtungszusagen von Seiten der Unternehmen. Im Fall *Insurance Ireland* sicherte die Europäische Kommission durch die Erklärung der Verbindlichkeit der Zusage, allen interessierten Versicherungsunternehmen diskriminierungsfreien Zugang zu einer von *Insurance Ireland* betriebenen Datenplattform zu gewähren, den Zugang zum irischen Versicherungsmarkt insbesondere für Versicherungsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ab. Im Fall T-Mobile CZ, CETIN u.a. verpflichteten sich die Unternehmen dazu, ihre Vereinbarung über die gemeinsame Nutzung der Mobilfunknetze der Vertragsparteien so auszulegen und umzusetzen, dass sie nicht den Ausbau oder die Verbesserung der Mobilfunknetze behindert.

⁵ Siehe dazu Fall AT.40547; Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29. November 2022, IP/22/7168.

⁶ IP/22/7168.

⁷ Siehe dazu Fall AT.40511; Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 30. Juli 2022, IP/22/4242.

⁸ Siehe dazu Fall AT.40305; Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 11. Juni 2022, IP/22/4463.

Zu erwähnen ist schliesslich, dass die Europäische Kommission im März 2022 eine Untersuchung gegen Google und Meta (ehemals Facebook) eingeleitet hat. Gegenstand des Verfahrens ist der Verdacht, die beiden Unternehmen könnten durch eine Vereinbarung in Bezug auf Display-Werbung gegen das Wettbewerbsrecht verstossen.⁹ Die Europäische Kommission teilte mit, die Untersuchung der Kommission betreffe eine von Google und Meta im September 2018 geschlossene Vereinbarung mit dem Code-Namen „Jedi Blue“. Die Kommission befürchte, dass diese Vereinbarung insbesondere dazu diene, Werbetechnologiedienste (sog. „Ad Tech Services“), die mit dem Google-Dienst „Open Bidding“ im Wettbewerb stehen würden, auszuschliessen.

b) Praxis der Europäischen Gerichte

Im Jahr 2022 ergingen betreffend Entscheidungen der Europäischen Kommission zum Bereich Wettbewerbsabreden im Wesentlichen bestätigende Urteile der Europäischen Gerichte.¹⁰ Dazu kann Folgendes hervorgehoben werden.

So bestätigte der Europäische Gerichtshof die Sanktionen, welche die Europäische Kommission im Jahr 2015 mehreren Herstellern von optischen Laufwerken¹¹ auferlegt hatte.¹² Zwar kam der Gerichtshof zum Ergebnis, dass weder die Europäische Kommission noch das Europäische Gericht das Vorliegen einzelner, gesonderter Wettbewerbsabreden betreffend konkrete Geschäfte mit Einkäufern von optischen Laufwerken nachgewiesen und begründet hätten; insofern seien deshalb das EuG-Urteil und die Kommissionsentscheidung aufzuheben. Da die Europäische Kommission aber zu Recht davon ausgegangen sei, dass die Rechtsmittelführerinnen jedenfalls an einer einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung betreffend den Verkauf optischer Laufwerke beteiligt gewesen seien, und keine fehlerhafte Ausübung des Sanktionsermessens erkennbar sei, bestätigte der Gerichtshof die auferlegten Sanktionen vollumfänglich.

⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 11. März 2022, IP/22/1703.

¹⁰ Vgl. EuGH, Urteile vom 16. Juni 2022 in den Rechtssachen C-697/19 P, C-698/19 P, C-699/19 P, C-700/19 P, Sony u.a. / Kommission, ECLI:EU:C:2022:478; EuG, Urteil vom 2. Februar 2022 in der Rechtssache T-799/17, Scania / Kommission, ECLI:EU:T:2022:48; EuG, Urteil vom 9. Februar 2022 in der Rechtssache T-195/19, GEA / Kommission, ECLI:EU:T:2022:65; EuG, Urteile vom 30. März 2022 in den Rechtssachen T-323/17 u.a., Martinair Holland u.a. / Kommission, ECLI:EU:T:2022:174; siehe zu den letztgenannten Urteilen auch EuG, Pressemitteilung vom 30. März 2022, Nr. 53/22.

¹¹ Siehe dazu Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 21. Oktober 2015, IP/15/5885.

¹² EuGH, C-697/19 P, C-698/19 P, C-699/19 P, C-700/19 P.

Das Europäische Gericht wies die Klage von Scania gegen den Entscheid der Europäischen Kommission von 2017¹³, dem Unternehmen wegen der Beteiligung an einem Lkw-Herstellerinnen-Kartell eine Sanktion in Höhe von rund 880 Mio. Euro aufzuerlegen, vollumfänglich ab.¹⁴ Mit dem Urteil stellte das Gericht insbesondere klar, dass die Durchführung „hybrider Verfahren“, d.h. solcher Kartellverfahren, welche in Bezug auf einzelne adressierte Unternehmen zu unterschiedlichen Zeitpunkten abgeschlossen werden, nicht rechtswidrig seien. „Hybride Verfahren“ würden weder zur Verletzung der Unschuldsvermutung oder des Rechts auf wirksame Verteidigung führen noch die Pflicht zur Unparteilichkeit verletzen. Auch betonte das Gericht in Bezug auf die Praxis zur „einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung“, dass nicht eine Reihe von einzelnen Verstößen nachgewiesen werden müsse, sondern der Nachweis ausreiche, dass die verschiedenen Beiträge der beteiligten Unternehmen Teil eines wettbewerbswidrigen Gesamtplans waren. Hinsichtlich der Zurechenbarkeit der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung führte es aus, dass für einen Gesetzesverstoss und die Sanktionierung nicht der Nachweis erbracht werden müsse, dass jedes Kartellmitglied jede Umsetzungshandlung der jeweils anderen Kartellmitglieder kannte oder diese im Einzelnen guthiess. Es genüge das Wissen um den gemeinsamen Gesamtplan. Gegen das Urteil wurden Rechtsmittel eingelegt und die Sache ist jetzt beim Europäischen Gerichtshof hängig.¹⁵

Das Europäische Gericht bestätigte zudem weitgehend den Entscheid der Europäischen Kommission von 2017¹⁶, zahlreichen Luftfrachtunternehmen Sanktionen in Höhe von insgesamt 776 Mio. Euro aufzuerlegen.¹⁷ Diesbezüglich bestätigte das Gericht neun der 16 auferlegten Sanktionen oder erhöhte sie sogar. In sieben Fällen senkte es die Sanktion ab, zumeist weil das Gericht nicht davon überzeugt war, dass die jeweiligen Unternehmen gleichermassen

¹³ Fall AT.39824; s. dazu auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 27. September 2017, IP/17/3502.

¹⁴ EuG, T-799/17, *Scania / Kommission*.

¹⁵ Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH in der Rechtssache C-251/22 P.

¹⁶ Fall AT.39258; s. dazu auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17. März 2017, IP/17/661.

¹⁷ EuG, Urteile vom 30. März 2022 in den Rechtssachen T-323/17 u.a., *Martinair Holland u.a. / Kommission*, ECLI:EU:C:2018:244; Siehe dazu auch EuG, Pressemitteilung vom 30. März 2022, No 53/22.

an allen Elementen der sanktionierten Wettbewerbsabrede beteiligt waren.¹⁸ Gegen sämtliche *Luftfracht*-Urteile wurden Rechtsmittel eingelegt und sie sind jetzt beim Europäischen Gerichtshof hängig.¹⁹

Neben den genannten Urteilen, welche Entscheidungen der Europäischen Kommission betrafen, ergingen bezüglich des Bereichs Wettbewerbsabreden weitere bedeutsame Urteile in Vorabentscheidungsverfahren.²⁰ Folgendes kann dazu hervorgehoben werden.

Im Vorabentscheidungsverfahren *Bundeswettbewerbsbehörde / Nordzucker* machte der Europäische Gerichtshof grundlegende Aussagen zum Doppelbestrafungsverbot (*ne bis in idem*).²¹ Danach könne es mit dem Doppelbestrafungsverbot vereinbar sein, wenn eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde ein Unternehmen sanktioniert wegen eines Verhaltens, das im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats einen wettbewerbswidrigen Zweck oder eine wettbewerbswidrige Wirkung hatte, obwohl dasselbe Verhalten bereits von einer Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats in einer endgültigen Entscheidung erwähnt wurde. Dies jedoch nur, sofern die zeitlich vorangehende Entscheidung nicht auf der Feststellung eines wettbewerbswidrigen Zwecks oder einer wettbewerbswidrigen Wirkung im Hoheitsgebiet derjenigen Behörde beruhe, die zeitlich nachgelagert eine Sanktionsentscheidung fällen wolle. Ferner hielt der EuGH in dem Urteil fest, dass der Grundsatz *ne bis in idem* auch Anwendung finden könne, wenn im zweiten, zeitlich nachgelagerten mitgliedstaatlichen Verfahren nur ein Verstoss festgestellt, aber keine Sanktion auferlegt werden kann, da dort eine Sanktion wegen der Teilnahme am mitgliedstaatlichen Kronzeugenprogramm nicht möglich wäre.

Im Vorabentscheidungsverfahren *Zenith Media Communications SRL / Consiliul Concurenței* hielt der Europäische Gerichtshof Grundlegendes fest zur Berücksichtigung des Umsatzes bei der Berechnung der Sanktion für Verstösse nach Art. 101 AEUV.²² Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip

¹⁸ EuG, Pressemitteilung vom 30. März 2022, No 53/22.

¹⁹ Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH in den Rechtssachen C-367/22 P, C-369/22 P, C-370/22 P, C-375/22 P, C-378/22 P, C-379/22 P, C-380/22 P, C-381/22 P, C-382/22 P, C-385/22 P, C-386/22 P, C-401/22 P, C-403/22 P, .

²⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 22. März 2022 in der Rechtssache C-151/20, *Bundeswettbewerbsbehörde / Nordzucker u.a.*, ECLI:EU:C:2022:203; EuGH, Urteil vom 1. August 2022 in der Rechtssache C-588/20, *Landkreis Northeim / Daimler*, ECLI:EU:C:2022:607; EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2022 in der Rechtssache C-385/21, *Zenith Media Communications SRL / Consiliul Concurenței*, ECLI:EU:C:2022:866.

²¹ EuGH, C-151/20.

²² EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2022 in der Rechtssache C-385/21, *Zenith Media Communications SRL / Consiliul Concurenței*, ECLI:EU:C:2022:866.

würde es dem EU-Wettbewerbsrecht entgegenstehen, wenn die Sanktionsberechnung für Verstösse gegen Art. 101 AEUV zwingend auf Grundlage des in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Umsatzes erfolgen müssen. Die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden müssten vielmehr die Möglichkeit zur Prüfung von Nachweisen haben, welche vom zu sanktionierenden Unternehmen als Beleg dafür vorgelegt würden, dass dieser Umsatz nicht seine tatsächliche wirtschaftliche Situation wiedergebe und daher ein anderer, diese Situation besser wiedergebender Betrag als Umsatz zu berücksichtigen sei, sofern diese Nachweise genau und dokumentiert seien.

Im Vorabentscheidungsverfahren *Landkreis Northeim / Daimler* stellte der Europäische Gerichtshof im Nachgang zur Entscheidung der Europäischen Kommission zum Lkw-Herstellerinnen-Kartell²³ fest, dass durch das Kartell auch Verkäufe von Sonderlastkraftwagen wie Müllfahrzeuge erfasst werden sollten.²⁴ Auch Käufer solcher Sonderfahrzeuge können damit allfällige Schäden gegenüber den Mitgliedern des Lkw-Herstellerinnen-Kartells geltend machen.

Zu erwähnen sind zuletzt die Schlussanträge des Generalanwalts im Vorabentscheidungsverfahren *European Superleague / UEFA, FIFA*.²⁵ In diesem Verfahren ist namentlich zu prüfen, ob es mit EU-Wettbewerbsrecht vereinbar wäre, wenn die UEFA und die FIFA Spieler oder Vereine von ihren Wettbewerben ausschliessen würden, sofern diese Spieler oder Vereine an der neu zu gründenden „Superleague“ teilnehmen. Aus Sicht des Generalanwalts wären solche Ausschlüsse – genauso wie andere Restriktionen zu Lasten von an der „Superleague“ teilnehmenden Spielern oder Vereinen – unproblematisch. Denn diese systembedingten Einschränkungen würden notwendig mit den legitimen Zielen, die von der FIFA und der UEFA verfolgt würden und mit den Besonderheiten des Sports verbunden seien, zusammenhängen und seien im Hinblick darauf verhältnismässig.

²³ Fall AT.39824; s. dazu auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 19. Juli 2016, IP/16/2582 und Nachweis in Fn. 13.

²⁴ EuGH, C-588/20.

²⁵ Generalanwalt, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022 in der Rechtssache C-333/21, *European Superleague / UEFA, FIFA*, ECLI:EU:C:2022:993.

2. Missbrauchskontrolle

a) *Praxis der Europäischen Kommission*

Im Berichtszeitraum fällte die Europäische Kommission im Bereich Missbrauchskontrolle einzig Entscheide zur Erklärung der Verbindlichkeit von Verpflichtungszusagen.²⁶ Sanktionen sprach die Europäische Kommission im Jahr 2022 im Bereich der Missbrauchskontrolle nicht aus. Darüber hinaus veröffentlichte sie insbesondere die Ergebnisse ihrer Sektoruntersuchung zum „Internet der Dinge“²⁷ sowie einer externen Marktstudie über den Vertrieb von Hotelübernachtungen²⁸. Folgendes ist dazu hervorzuheben.

Ende Dezember 2022 erklärte die Europäische Kommission in zwei Verfahren Verpflichtungszusagen von *Amazon* für rechtlich verbindlich und schloss die Verfahren ab.²⁹ Die Verpflichtungszusagen betreffen die Nutzung nichtöffentlicher Daten von Marktplatzverkäufen durch *Amazon* sowie eine allfällige Diskriminierung von Verkäuferinnen und Verkäufern beim Zugang zur *Amazon*-Buy Box und zu *Amazon*-Prime. Die Europäische Kommission war im Rahmen der Verfahren zum vorläufigen Ergebnis gekommen, dass *Amazon* im deutschen, französischen und spanischen Markt für die Bereitstellung von Online-Marktplatzdienste für Drittverkäuferinnen und -Verkäufer über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. *Amazon* dürfe daher insbesondere ihre konzerneigenen Anbieter von solchen Produkten und Dienstleistungen, welche auch Drittverkäuferinnen und Drittverkäufer auf den *Amazon*-Plattformen anbieten würden, nicht bevorzugen und ihnen namentlich keine nichtöffentlichen Daten über die Verkäufe der Drittverkäuferinnen und -Verkäufer zur Verfügung stellen. *Amazon* sagte daraufhin konkrete Massnahmen zu, durch welche derartige Diskriminierungen künftig verhindert werden sollen (z.B. keine Weitergabe nichtöffentlicher Daten an konzerneigene Anbieter, Anzeige eines zweiten, konkurrierenden Buy Box-Angebots). Die für verbindlich erklärten

²⁶ Fall AT.40462 und AT.40703; Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 20. Dezember 2022, IP/22/7777.

²⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 20. Januar 2022, IP/22/402; Europäische Kommission, Endgültiger Bericht – Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge für Verbraucher, COM (2022), 19 final.

²⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 26. August 2022, IP/22/5045; Market study on the distribution of hotel accommodation in the EU (COMP/2020/OP/002), abrufbar unter: <<https://op.europa.eu/en/web/general-publications/publications>>.

²⁹ Siehe Nachweise in Fn. 26.

Zusagen spezifisch betreffend Prime und der Anzeige eines zweiten, konkurrierenden Buy Box-Angebots gelten für sieben Jahre, die übrigen Zusagen von Amazon für fünf Jahre.

Im Januar 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission die Ergebnisse ihrer Sektoruntersuchung zum „Internet der Dinge“.³⁰ Dazu hob die Europäische Kommission hervor, dass es sich um einen Bereich mit hohen Marktzutrittsschranken und einigen wenigen vertikal integrierten Anbieterinnen handle. Es bestünden wettbewerbliche Probleme u. a. im Zusammenhang mit dem Datenzugang, der Interoperabilität und Ausschliesslichkeitspraktiken der vertikal integrierten Anbieterinnen. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung werde die Kommission als Grundlage für ihre künftigen Durchsetzungs- und Regulierungsmassnahmen in diesem Bereich heranziehen.

Im August 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission die Ergebnisse einer externen Marktstudie über den Vertrieb von Hotelübernachtungen.³¹ Die Studie kam insbesondere zum Ergebnis, dass sich die Situation im Bereich des Vertriebs von Hotelübernachtungen gegenüber 2016 – in diesem Jahr hatte das European Competition Network (ECN) eine ähnliche Studie durchgeführt³² – nicht wesentlich verändert habe. *Booking.com* und *Expedia* seien nach wie vor die führenden online-travel-agencies (OTA) bei Hotelbuchungen, und es gebe keine Anzeichen für wesentliche Veränderungen bei den OTA-Marktanteilen oder für den Eintritt neuer Marktteilnehmerinnen. Soweit in Mitgliedstaaten die Anwendung von weiten und engen Paritätsklauseln im Hotelgewerbe verboten sei, habe dies offenbar nicht zu wesentlichen Veränderungen der Vertriebspraxis im Vergleich zu anderen in der Studie untersuchten Mitgliedstaaten geführt.

³⁰ Siehe Nachweis in Fn. 27.

³¹ Siehe Nachweis in Fn. 28.

³² Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU Competition Authorities in 2016; abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf>.

b) *Praxis der Europäischen Gerichte*

Im Jahr 2022 ergingen betreffend den Bereich der Missbrauchskontrolle die folgenden Urteile der Europäischen Gerichte (Auswahl).³³

Das Europäische Gericht wies eine Klage von Google und Alphabet gegen einen Sanktionsentscheid der Europäischen Kommission von 2018³⁴ im Wesentlichen ab.³⁵ Mit dem Entscheid von 2018 hatte die Europäische Kommission Google und Alphabet eine Sanktion in Höhe von rund 4,34 Mrd. Euro auferlegt wegen illegaler Praktiken betreffend Android-Geräte. Das Gericht reduzierte diese Sanktion auf 5,125 Mrd. Euro. Das Gericht hielt fest, dass die Europäische Kommission zu Recht von einer beherrschenden Stellung des Google/Alphabet-Konzerns auf verschiedenen Märkten ausgegangen sei (auf dem weltweiten Markt [mit Ausnahme Chinas] für die Lizenzierung von Betriebssystemen für Mobilgeräte, auf dem weltweiten Markt [mit Ausnahme Chinas] für Android-App-Stores sowie auf verschiedenen nationalen Märkte für allgemeine Suchdienste im EWR). Der Google/Alphabet-Konzern habe diese Stellung missbraucht durch verschiedene Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Android-Betriebssystem. Diese Verhaltensweisen seien dazu geeignet, Konkurrentinnen gewisser Google-Dienste (z. B. Google-Suchmaschine und -Browser) unzulässig zu verdrängen bzw. behindern. Da aber nicht jeder von der Europäischen Kommission für rechtswidrig erklärten Verhaltensweisen missbräuchlich gewesen sei und die Europäische Kommission zudem

³³ Zusätzlich zu den nachfolgend aufgeführten Urteilen können insbesondere noch die folgenden Entscheidungen genannt werden: EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 in der Rechtssache C-721/20, *DB Station & Service AG / ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH*, ECLI:EU:C:2022:832. Das in einem Vorabentscheidungsverfahren getroffene Urteil betrifft die Frage, inwiefern mitgliedstaatliche Zivilgerichte bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Streitigkeiten betreffend die Nutzung von Bahninfrastruktur gebunden sind an sektorspezifisches EU-Recht (in casu: Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. L 75 vom 15. März 2001, 29 ff.). EuG, Urteil vom 2. Februar 2022 in der Rechtssache T-616/18, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo / Kommission*, ECLI:EU:T:2022:43. Mit dem Urteil weist das Gericht die Klage von *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo* gegen eine Erklärung der Verbindlichkeit von Verpflichtungszusagen von *Gazprom* ab. Gegen das Urteil wurden Rechtsmittel eingelegt und die Sache ist jetzt hängig vor dem EuGH (Rechtssache C-255/22 P).

³⁴ Fall AT.40099; s. dazu auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 18. Juli 2018, IP/18/4581.

³⁵ EuG, Urteil vom 14. September 2022 in der Rechtssache T-604/18, *Google und Alphabet / Kommission*, ECLI:EU:T:2022:541.

in Bezug auf den Nachweis gewissere unzulässiger Verhaltensweisen auch den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, sei die Sanktion auf 4,125 Mrd. Euro herabzusetzen. Gegen das Urteil wurden Rechtsmittel eingelegt, weshalb die Sache jetzt beim Europäischen Gerichtshof hängig ist.³⁶

Das Europäische Gericht hiess eine Klage von *Intel* gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission von 2009³⁷, *Intel* wegen der Gewährung von Treuerabatten und Ausschliesslichkeitszahlungen beim Verkauf bestimmter *Intel*-Chips eine Sanktion in Höhe von rund 1,06 Mrd. Euro aufzuerlegen, weitgehend gut und hob die Sanktion auf.³⁸ Die Entscheidung erging, nachdem der Europäische Gerichtshof die Sache im Jahr 2017 nach einer Klage von *Intel* gegen das erste *Intel*-Urteil des Europäischen Gerichts von 2014³⁹ zur Neuurteilung an das Europäische Gericht zurückgewiesen hatte.⁴⁰ Grund für diese Rückweisung war, dass das Europäische Gericht einen von der Europäischen Kommission damals durchgeführten AEC-Test (as efficient competitor test)⁴¹ nicht ausreichend berücksichtigt habe bzw. sich nicht genügend mit den Argumenten von *Intel* gegen den Test auseinander gesetzt habe. Diese Prüfung hat das Gericht nunmehr nachgeholt. Es betonte dabei, dass bei einem Treuerabattensystem und Ausschliesslichkeitszahlungen eines Unternehmens mit marktbeherrschender Stellung vermutet werden könne, dass dieses wettbewerbsbeschränkende Wirkungen (Ausschluss bzw. Verdrängung von Konkurrentinnen) habe. Im Falle des Bestreitens müsse aber konkret gezeigt werden, dass durch das Rabattsystem bzw. Ausschliesslichkeitszahlungen möglicherweise oder wahrscheinlich Konkurrentinnen vom Markt verdrängt werden könnten. Das erfordere nicht zwingend, dass ein AEC-Test durchgeführt

³⁶ Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH in der Rechtssache C-738/22 P.

³⁷ Case AT.37990; s. dazu auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 13. Mai 2009, IP/09/745.

³⁸ EuG, Urteil vom 26. Januar 2022 in der Rechtssache T-286/09 RENV, *Intel Corporation / Kommission*, ECLI:EU:T:2022:19.

³⁹ EuG, Urteil vom 12. Juni 2014 in der Rechtssache T-286/09, *Intel Corporation / Kommission*, ECLI:EU:T:2014:547.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 6. September 2017 in der Rechtssache C-413/14 P., *Intel Corporation / Kommission* ECLI:EU:C:2017:632.

⁴¹ Mit einer solchen wirtschaftlichen Analyse wurde im vorliegenden Fall geprüft, ob die streitigen Rabatte geeignet waren, einen ebenso effizienten Wettbewerber wie *Intel*, der jedoch keine beherrschende Stellung innehat, vom Markt zu verdrängen. Ganz konkret sollte mit dem AEC-Test bestimmt werden, zu welchem Preis ein ebenso effizienter Wettbewerber wie *Intel*, der dieselben Kosten hat wie *Intel*, seine Prozessoren hätte anbieten müssen, um einen Computerhersteller oder Elektronikhändler für den Verlust der in Rede stehenden Rabatte zu entschädigen, um zu ermitteln, ob ein solcher Wettbewerber dann immer noch seine Kosten decken kann; vgl. EuG, Pressemitteilung vom 26. Januar 2022, Nr. 16/22.

werde. Da die Europäische Kommission aber einen solchen durchgeführt und ihn berücksichtigt habe, müsse er auch geprüft werden. Der von der Europäischen Kommission durchgeführte AEC-Test leide jedoch an Fehlern und sei nicht hinreichend repräsentativ (sachlich und zeitlich). Dass durch das Rabattsystem möglicherweise oder wahrscheinlich Konkurrentinnen vom Markt verdrängt werden könnten, sei daher nicht mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit feststellbar, weshalb die Sanktion aufzuheben sei. Die Europäische Kommission zog das Urteil an den Europäischen Gerichtshof weiter, wo es derzeit hängig ist.⁴²

Das Europäische Gerichte hiess eine Klage der Computer-Chips-Herstellerin *Qualcomm* gegen eine Sanktionsentscheidung der Europäischen Kommission von 2018⁴³ weitgehend gut.⁴⁴ Mit der Sanktionsentscheidung hatte die Europäische Kommission *Qualcomm* wegen der Gewährung von Ausschliesslichkeitszahlungen beim Verkauf bestimmter *Qualcomm*-Chips an *Apple* eine Sanktion in Höhe von fast 1 Mrd. Euro auferlegt. Das Gericht hob diese Sanktion nunmehr auf. Es begründet dies zum einen mit der Verletzung der Verteidigungsrechte von *Qualcomm* sowie zum anderen damit, die Europäische Kommission habe nicht hinreichend nachgewiesen, dass die Ausschliesslichkeitszahlungen dazu geeignet waren, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen (Ausschluss bzw. Verdrängung von Konkurrentinnen) zu erzeugen. Die Verteidigungsrechte seien dadurch verletzt worden, dass die Europäische Kommission nicht alle Sitzungen und Telefonkonferenzen mit Dritten ausreichend dokumentiert habe und die Europäische Kommission in der Sanktionsentscheidung einen Missbrauch der Stellung auf einem relevanten Markt bejaht habe, während die Mitteilung der Beschwerdepunkte noch einen Missbrauch der Stellung auf zwei relevanten Märkten betraf. Der Nachweis der Eignung, wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten, sei deshalb nicht erbracht, da die Sachverhaltsfeststellungen der Europäischen Kommission fehlerhaft und lückenhaft seien. So habe es die Europäische Kommission versäumt, zugunsten von *Qualcomm* zu berücksichtigen, dass es für *Apple* – gemäss den eigenen Feststellungen der Europäischen Kommission – ohnehin keine valablen Alternativen zu *Qualcomm*-Chips gegeben habe. Auch könne der Nachweis der Eignung nicht dadurch gelingen, dass die Europäische Kommission gezeigt habe, dass bei der Beschaffung von *Qualcomm*-Chips für bestimmte iPad-Modell in den Jahren 2014 und 2015 tatsächlich der Anreiz herabgesetzt

⁴² Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH in der Rechtssache C-240/22 P.

⁴³ Fall AT.40220; s. dazu auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24. Januar 2018, IP/18/421.

⁴⁴ EuG, Urteil vom 15. Juni 2022 in der Rechtssache T-235/18, *Qualcomm* / Kommission, ECLI:EU:T:2022:358.

war, auf Konkurrentinnen von *Qualcomm* auszuweichen. Denn die Europäische Kommission habe nicht dargelegt, weshalb sich hieraus eine unzulässige Anreizwirkung für die gesamte Beschaffung von Computer-Chips durch *Apple* im insgesamt massgeblichen Zeitraum (Februar 2011–September 2016) ergebe. Die Entscheidung der Europäischen Kommission sei somit aufzuheben. Soweit ersichtlich, lege gegen das Urteil niemand Rechtsmittel ein.

Im Vorabentscheidungsverfahren *Servizio Elettrico Nazionale, ENEL / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u.a.* hielt der Europäische Gerichtshof Grundlegendes fest zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen, dessen marktbeherrschende Stellung aus einem gesetzlichen Monopol in der Vergangenheit resultiert.⁴⁵ Ein solches Unternehmen dürfe gemäss Art. 102 AEUV nach einer Liberalisierung grundsätzlich nicht auf Ressourcen oder Mittel zurückgreifen, über die es aufgrund seines früheren Monopols verfüge und die daher seinen Konkurrentinnen nicht zur Verfügung stehen würden. Ein Rückgriff darauf sei höchstens zulässig, wenn hierfür sachliche Gründe (z. B. Effizienzvorteile, positive Auswirkungen für Verbraucher) bestehen würden. Hinsichtlich der Zurechenbarkeit eines Verstosses durch die Tochtergesellschaft in einem Konzern führte der Gerichtshof aus, es dürfe ohne Weiteres angenommen werden, dass dieser Verstoß der Muttergesellschaft zuzurechnen sei, sofern die Muttergesellschaft nahezu das gesamte Kapital der Tochtergesellschaft direkt oder indirekt halte. Davon sei nur abzuweichen, wenn die Muttergesellschaft nachweise, dass sie trotz dieser Beteiligung nicht befugt war, das Verhalten der Tochtergesellschaft zu bestimmen.

Wie im Vorabentscheidungsverfahren *Bundeswettbewerbsbehörde / Nordzucker*⁴⁶ (siehe dazu oben [1.1.b](#)) machte der Europäische Gerichtshof auch im Vorabentscheidungsverfahren *bpost / Autorité belge de la concurrence* grundlegende Aussagen zum Doppelbestrafungsverbot (*ne bis in idem*).⁴⁷ In diesem Verfahren ging es um die Frage, ob eine Sanktion, welche auf Grundlage einer sektorspezifischen Regulierung ergeht (z.B. Vorschriften im Postsektor), den Erlass einer Sanktion nach Wettbewerbsrecht ausschliesst, wenn mit der wettbewerbsrechtlichen Geldbusse dasselbe Verhalten sanktioniert werden soll, welches Grundlage für die sektorspezifische Sanktion war. Der Gerichtshof urteilte, dass in einer solche Konstellation eine Sanktion nach Wettbe-

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 12. Mai 2022 in der Rechtssache C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale, ENEL / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato u.a.*, ECLI:EU:C:2022:379.

⁴⁶ EuGH, C-151/20.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 22. März 2022 in der Rechtssache C-117/20, *bpost / Autorité belge de la concurrence*, ECLI:EU:C:2022:202.

werksrecht unter bestimmten Voraussetzungen möglich bleibe. Erforderlich sei das Bestehen klarer und präziser Regeln, anhand derer die Rechtsunterworfenen vorhersehen könnten, bei welchen Verhaltensweisen eine Kumulierung in Frage komme, und die die Koordinierung zwischen den zuständigen Vollzugsbehörden ermöglichen würden. Zudem müssten die beiden Verfahren in hinreichend koordinierter Weise und in engem zeitlichen Zusammenhang geführt worden sein und die Gesamtheit der verhängten Sanktionen müsse der Schwere der begangenen Verstösse entsprechen.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die Europäischen Gerichte mehrere Entscheide fällten zur Weigerung der Europäischen Kommission, Beschwerden von Unternehmen über den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in Verfahren nachzugehen. In zwei Fällen stützten die Gerichte die abweisende Kommissionsentscheidung.⁴⁸ In zwei anderen Fällen erklärte das Europäische Gericht das Vorgehen der Europäischen Kommission für rechtswidrig.⁴⁹

3. Zusammenschlusskontrolle

a) *Praxis der Europäischen Kommission*

Im Zeitraum Januar 2022 bis November 2022 gingen bei der Europäischen Kommission 359 Fusionsmeldungen ein (Vorjahreszeitraum: 405).⁵⁰ In diesem Zeitraum wurden elf Fusionskontrollverfahren ganz oder teilweise an nationale Behörden überwiesen sowie insgesamt elf Meldungen zurückgezogen (sieben in Phase 1 und vier in Phase 2). Die grosse Mehrheit der von der Europäischen Kommission beurteilten Meldungen genehmigte sie in Phase 1-Verfahren (354 Genehmigungen). In zehn Fällen erfolgte eine Genehmigung in Phase 1 nach einer Verpflichtungszusage von Seiten der beteiligten Unterneh-

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 30. Juni 2022 in der Rechtssache C-149/21 P, *Fakro / Kommission*; EuG, Urteil vom 13. Juli 2022 in der Rechtssache T-886/19, *Design Light & Led Made in Europe and Design Luce & Led Made in Italy / Kommission*, ECLI:EU:C:2022:517.

⁴⁹ EuG, Urteil vom 2. Februar 2022 in der Rechtssache T-399/19, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo / Kommission*; EuG, Urteil vom 9. Februar 2022 in der Rechtssache T-791/19, *Sped-Pro / Kommission*, ECLI:EU:T:2022:44.

⁵⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en> sowie <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2>.

men.⁵¹ Ein Phase 2-Verfahren leitete die Europäische Kommission in sieben Fällen ein.⁵² In Phase 2 untersagte sie zwei Fusionen und genehmigte zwei weitere unter Auflagen (s. sogleich).⁵³ Folgende Entscheide der Europäischen Kommission sind hervorzuheben:

Zu Beginn des Jahres 2022 untersagte die Europäische Kommission die Übernahme Schiffbaugeschäfts der *Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering* durch *Hyundai Heavy Industries*.⁵⁴ Der Zusammenschluss der beiden südkoreanischen Schiffbauunternehmen hätte zu einer beherrschenden Stellung des neu aufgestellten Unternehmens geführt und den Wettbewerb auf dem Weltmarkt für den Bau grosser Flüssigastanker zu sehr eingeschränkt. Gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission legte *Hyundai Heavy Industries* Rechtsmittel beim Europäischen Gericht ein.⁵⁵

Die zweite Untersagung des Jahres 2022 betraf die Übernahme von *GRAIL* durch *Illumina*.⁵⁶ Gemäss der Europäischen Kommission hätte der Zusammenschluss die Innovation im Bereich von blutbasierten Krebsfrüherkennungstests behindert und die Auswahl an Produkten eingeschränkt. Bedeutsam ist dieser Entscheid insbesondere, da er einen im Zeitpunkt der Untersagungsentscheidung bereits vollzogenen Zusammenschluss betrifft, welcher mit Blick auf die umsatzbezogenen Schwellenwerte auf EU-Ebene und in den Mitgliedsstaaten gar nicht meldepflichtig war. Dass die Europäische Wettbewerbsbehörde den Zusammenschluss trotzdem aufgriff und

⁵¹ Dies betrifft folgende Zusammenschlüsse: *Prince / Ferro* (M.10341), *Ali Group / Welbilt* (M.10431), *Parker / Megitt* (M.10506), *D'Ieteren / PHE* (M.10687), *Bouygues / Equans* (M.10575), *KPS Capital Partners / Real Alloy Europe* (M.10702), *Philip Morris / Swedish Match* (M.10792), *Celanese / Dupont* (M.10721), *ALD / Leaseplan* (M.10638), *Salmar / NTS* (M.10699).

⁵² Dies betrifft folgende Zusammenschlüsse: *MOL / OMV Slovenija* (M.10438), *Norsk Hydro / Alumetal* (M.10658), *Orange / VOO / Brutele* (M.10663), *Microsoft / Activision Blizzard* (M.10646), *Booking Holdings / Etraveli Group* (M.10615), *Kronospan / Pfleiderer Polska* (M.10325), *Vivendi / Lagardère* (M.10433), *Broadcom / VMware* (M.10806).

⁵³ In diesen Fällen untersagte die Europäische Kommission einen Zusammenschluss: *Hyundai Heavy Industries Holdings / Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering* (M.9343) und *Illumina / GRAIL* (M.10188). Sie genehmigte die folgenden Zusammenschlüsse nach Verpflichtungszusagen: *Meta / Kustomer* (M.10262) und *Cargotec / Konecranes* (M.10078).

⁵⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 13. Januar 2022 i.S. *Hyundai Heavy Industries Holdings / Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering* (M.9343).

⁵⁵ Lee Joyce, *Hyundai Heavy files suit in EU court after Daewoo takeover veto*, Reuters vom 28. März 2022, abrufbar unter: <<https://www.reuters.com/business/hyundai-heavy-files-suit-eu-court-after-daewoo-takeover-veto-2022-03-28/>>.

⁵⁶ Europäische Kommission, Entscheidung vom 6. September 2022 i.S. *Illumina / GRAIL* (M.10188).

untersagte, ist namentlich auf die Sonderbestimmung von Art. 22 der Fusionskontrollverordnung⁵⁷ und entsprechende Anträge der Mitgliedstaaten zurückzuführen. Nach dieser Bestimmung kann die Europäische Kommission einen Zusammenschluss – unabhängig von der Überschreitung von Schwellenwerten – auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten prüfen, wenn dieser ihrer Ansicht nach den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw. der Antrag stellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht. Das Europäische Gericht hat den Rückgriff auf Art. 22 der Fusionskontrollverordnung gestützt.⁵⁸ Zum Schutz des Wettbewerbs gelten derzeit in dieser Sache noch einstweilige Massnahmen.⁵⁹ Über die definitiven Massnahmen zur Rückabwicklung des vollzogenen Zusammenschlusses sowie eine allfällige Sanktion wegen eines Verstoss gegen das Durchführungsverbot wird die Europäische Kommission zu einem späteren Zeitpunkt entscheiden.⁶⁰

Im Januar 2022 genehmigte die Europäische Kommission die Übernahme von *Kustomer* durch *Meta* (ehemals *Facebook*) nach Verpflichtungszusagen von Seiten *Meta*.⁶¹ Im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens hatte die Europäische Kommission zunächst die Gefahr gesehen, dass *Meta* aufgrund seiner Marktmacht im Bereich der Messengerdienste (*WhatsApp*, *Instagram* und *Messenger*) und seiner vertikalen Integration Abschottungsstrategien gegenüber Konkurrentinnen von *Kustomer* und neuen Marktteilnehmerinnen verfolgen könnte, namentlich die Verweigerung oder Einschränkung des Zugangs zu den Programmierschnittstellen für die Messaging-Kanäle von *Meta*. *Meta* räumte diese Bedenken durch die Zusage der Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu den Schnittstellen sowie der diskriminierungsfreien Teilhabe an Verbesserungen und Aktualisierungen für die Konkurrentinnen von *Kustomer* aus (Laufzeit der Verpflichtungszusagen: 10 Jahre).

Im Februar 2022 gab die Europäische Kommission sodann die Fusion von *Cargotec* und *Konecranes* nach Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmen frei.⁶² Die beiden Unternehmen seien die grössten Hersteller von Contai-

⁵⁷ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung), ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, 1 ff.

⁵⁸ EuG, Urteil vom 13. Juli 2022 in der Rechtssache T-227/21, *Illumina / Kommission*.

⁵⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 5. Dezember 2022, IP/22/7403.

⁶⁰ Vgl. Nachweis in Fn. 59.

⁶¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. Januar 2022 i.S. *Meta / Kustomer* (M.10262).

⁶² Europäische Kommission, Entscheidung vom 24. Februar 2022 i.S. *Cargotec / Konecranes* (M.10078).

ner- und Frachtschlaggeräten in Europa und würden mit ihrem Angebot, welches auch Automatisierungslösungen für Terminals umfasse, zu den weltweit führenden Unternehmen in diesem Bereich gehören. Die Europäische Kommission hatte daher im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens Bedenken geäußert, dass das angemeldete Vorhaben den Wettbewerb bei einer Reihe von Container- und Frachtschlaggeräten erheblich verringern und zu höheren Preisen im Europäischen Wirtschaftsraum führen könnte. *Cargotec* und *Konecranes* hatten deshalb zugesagt, gewisse Geschäftsbereiche an Dritte zu veräußern, weshalb die Europäische Kommission den Zusammenschluss unter der Bedingung der Umsetzung der Zusage genehmigte. Gleichwohl wurde das Zusammenschlussvorhaben später aufgegeben, da die Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königreichs die Fusion untersagte.⁶³

Einen bedeutsamen Entscheid fällt die Europäische Kommission auch betreffend das Verhältnis der EU-Zusammenschlusskontrolle zur mitgliedstaatlichen Investitionskontrolle: Die Europäische Kommission entschied am 21. Februar 2022, dass Ungarn sein Veto gegen die Übernahme der ungarischen Tochtergesellschaften der AEGON-Gruppe durch die *Wiener Versicherung Gruppe AG (VIG)* zurücknehmen müsse; andernfalls könne die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn vor dem Europäischen Gerichtshof einleiten.⁶⁴ Ungarn wollte die im August 2021 von Seiten der Europäischen Kommission genehmigte Übernahme⁶⁵ untersagen, weil es der Ansicht war, dass der Verkauf den Interessen Ungarns zuwiderlaufe. Gemäss der Europäischen Kommission verstosse das Veto Ungarns gegen Art. 21 Fusionskontrollverordnung, da nach dieser Bestimmung ausschliesslich die Europäische Kommission für Zusammenschlüsse von unionsweiter Bedeutung zuständig sei. Zu einem Vertragsverletzungsverfahren kam es letztendlich nicht, da Ungarn sein Veto tatsächlich zurücknahm. Ob dafür der Entscheid der Europäischen Kommission ursächlich war, darf indes bezweifelt werden. Denn VIG hatte bereits im Dezember 2021 mit dem ungarischen Staatsfonds *Corvinus* vereinbart, dass *Corvinus* eine 45-prozentige Beteiligung

⁶³ Vgl. Bericht von Vertikal, abrufbar unter: <<https://vertikal.net/de/news/beitrag/39550/megafusion-abgeblasen?acceptCookies=1>>.

⁶⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 21. Februar 2022, IP/22/1258.

⁶⁵ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 12. August 2021 i.S. AEGON / VIG (M.10102).

an den von VIG übernommenen ungarischen Tochtergesellschaften der AEGON-Gruppe erhalte.⁶⁶ Es ist anzunehmen, dass die Bedenken Ungarns gegen die Übernahme damit ausgeräumt waren.

b) *Praxis der Europäischen Gerichte*

Das Europäische Gericht fällte im Berichtszeitraum neben dem oben erwähnten Urteil zu Art. 22 der Fusionskontrollverordnung⁶⁷ weitere Entscheide zugunsten der Europäischen Kommission. So bestätigte es die Sanktion gegen Canon wegen des vorzeitigen Teilvollzugs der Übernahme von TMSC⁶⁸, die Untersagung des Zusammenschlusses i.S. *Wieland / Aurubis Rolled Products / Schwermetall*⁶⁹ sowie die Untersagung des Zusammenschlusses zwischen *thyssenkrupp* und *Tata Steel*^{70, 71}. Des Weiteren wies es Amtshaftungsklagen von UPS und ASL Aviation Holding ab.⁷² Die beiden Unternehmen hatten Schadenersatz gefordert, weil ihnen aus der Untersagung der Übernahme von TNT Express durch UPS⁷³ im Jahr 2013 ein widerrechtlicher Schaden entstanden sei.

⁶⁶ Vgl. etwa die Pressemitteilung von AEGON vom 16. Februar 2022, abrufbar unter <<https://www.aegon.com/investors/press-releases/2022/vig-reaches-agreement-with-hungarian-state-holding-corvinus/>>.

⁶⁷ Nachweis in Fn. 58.

⁶⁸ Europäische Kommission, Entscheidung vom 27. Juni 2019 i.S. *Canon / TMSC* (M.8179).

⁶⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 5. Februar 2019 i.S. *Wieland / Aurubis Rolled Products / Schwermetall* (M.8900).

⁷⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 11. Juni 2019 i.S. *thyssenkrupp / Tata Steel* (M.8713).

⁷¹ Vgl. EuG, Urteil vom 18. Mai 2022 in der Rechtssache T-609/19, *Canon / Kommission* (rechtskräftig), ECLI:EU:T:2022:299; EuG, Urteil vom 18. Mai 2022 in der Rechtssache T-251/19, *Wieland / Kommission* (rechtskräftig), ECLI:EU:T:2022:296; EuG, Urteil vom 22. Juni 2022 in der Rechtssache T-584/19, *thyssenkrupp / Kommission* (Rechtssache hängt vor EuGH; C-581/22 P), ECLI:EU:T:2022:386.

⁷² EuG, Urteil vom 23. Februar 2022 in der Rechtssache T-834/17, *UPS / Kommission* (Rechtssache hängt vor EuGH; C-297/22 P), ECLI:EU:T:2022:84; EuG, Urteil vom 23. Februar 2022 in der Rechtssache T-540/18, *ASL Aviation Holding* (rechtskräftig), ECLI:EU:T:2022:85.

⁷³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 30. Januar 2013 i.S. *UPS / TNT Express*.

4. Rechtsetzung und Rechtsetzungsprojekte

Auch auf Rechtsetzungsebene gab es 2022 bedeutsame Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht. Zu nennen sind insbesondere die Verabschiedung und das Inkrafttreten des Digital Market Acts (DMA)⁷⁴, der überarbeiteten Vertikal-GVO⁷⁵ (inkl. Vertikal-Leitlinien⁷⁶) und weiterer Leitlinien sowie die Initiierung mehrerer Konsultationen und Evaluationen zu Neuregelungen bzw. Überarbeitungen. Folgendes ist dazu hervorzuheben.

a) Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act; DMA)

Im März 2022 verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat das Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act; DMA)⁷⁷, welches am 1. November 2022 in Kraft trat.⁷⁸ Das Hauptziel dieses beispiellosen Gesetzes ist die stärkere Regulierung von „Big Tech“- bzw. online-Plattform-Unternehmen, um offene, bestreitbare und faire digitale Märkte zu gewährleisten. Zu diesem Zweck unterwirft der DMA Unternehmen, welche aufgrund ihrer herausstechenden Marktstellung in digitalen Märkten als „Gatekeeper“ charakterisiert werden können, besonderen Verhaltenspflichten.

Gemäss DMA ist ein Unternehmen als „Gatekeeper“ (in der deutschen Fassung des DMA: „Torwächter“) zu qualifizieren, wenn es erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, es einen „zentralen Plattformdienst“ bereitstellt, der gewerblichen Nutzerinnen und Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzerinnen und -Nutzern dient (z.B. Online-Vermittlungsdienst, -Suchmaschinen und -Dienste sozialer Netzwerke etc.), und es hinsichtlich seiner Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder absehbar ist, dass es eine solche Position in naher Zukunft erlangen wird. Nach dem DMA wird eine solche Stellung beim Überschreiten gewisser Schwellenwerte vermutet. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der zentrale Plattformdienst einen Jahresum-

⁷⁴ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 vom 12. Oktober 2022, 1 ff.

⁷⁵ Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 134 vom 11. Mai 2022, 4 ff.

⁷⁶ Mitteilung der Kommission vom 30. Juni 2022 zu Leitlinien für vertikalen Beschränkungen, ABl. C 248 vom 30. Juni 2022, 1 ff.

⁷⁷ Vgl. Nachweis in Fn. 74.

⁷⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 31. Oktober 2022, IP/22/6423.

satz von mindestens 7,5 Mrd. Euro erzielt und er dieselbe Plattformleistung in mindestens drei Mitgliedstaaten erbringt (i.), er im Monat über 45 Mio. aktive Endnutzerinnen und -Nutzer aus der EU hat sowie im letzten Geschäftsjahr mindestens 10'000 aktive gewerbliche Nutzerinnen und Nutzer mit Niederlassung in der EU hatte (ii.) und das zweite Kriterium in jedem der drei letzten Geschäftsjahre erfüllt war (iii.). Die durch die Überschreitung der Schwellenwerte begründete Vermutung kann widerlegt werden. Es ist nach dem DMA auch möglich, ein Unternehmen als „Gatekeeper“ zu benennen, wenn es die Schwellenwerte nicht erreicht, sich aber aus anderen Umständen eine „Gatekeeper“-Eigenschaft ergibt.

Der DMA ist sechs Monate nach seinem Inkrafttreten, d.h. ab 2. Mai 2023, anwendbar. Unternehmen, welche zu diesem Zeitpunkt zentrale Plattformdienste erbringen, müssen sodann innerhalb von zwei Monaten, d.h. bis zum 2. Juli 2023, bei der Europäischen Kommission melden, wenn sie aktuell die Schwellenwerte des DMA überschreiten. Die Europäische Kommission hat dann innerhalb von 45 Arbeitstagen darüber zu entscheiden, ob das meldende Unternehmen als „Gatekeeper“ zu qualifizieren ist. Ist dies der Fall, so bezeichnet die Europäische Kommission das Unternehmen mittels Beschluss als „Gatekeeper“ bzw. „Torwächter“. Nach ihrer Benennung haben Torwächter nach der Benennung als „Gatekeeper“ sechs Monate Zeit, um den Verhaltenspflichten des DMA (s. dazu sogleich) nachzukommen.

Durch den DMA werden Unternehmen, welche die Europäische Kommission als „Gatekeeper“ i.S.d. DMA benannt hat, besondere Verhaltenspflichten auferlegt. Welches Verhalten von „Gatekeepern“ konkret geboten oder unzulässig ist, hält der DMA teilweise sehr genau fest. Geboten ist beispielsweise, dass „Gatekeeper“ Endnutzerinnen und -Nutzern erlauben, vorinstallierte Apps leicht zu deinstallieren oder Standardeinstellungen in Betriebssystemen, virtuellen Assistenten oder Webbrowsern zu ändern und sich genauso einfach von zentralen Plattformdiensten des Torwächters abzumelden wie sie sich anmelden können sowie, dass sie gewerblichen Nutzerinnen und Nutzern Zugang gewähren zu den Daten, die durch ihre Tätigkeiten auf der Plattform des Torwächters generiert werden. Verboten ist „Gatekeepern“, Daten gewerblicher Nutzerinnen und Nutzer, mit denen „Gatekeeper“ auf ihren eigenen Plattformen im Wettbewerb stehen, für eigene Zwecke zu verwenden oder eigene Produkte oder Dienste besser zu behandeln als Produkte oder Dienste Dritter.

Missachtet ein „Gatekeeper“ die Pflichten gemäss DMA, kann das Unternehmen mit einem Betrag von bis zu 10% seines weltweiten Jahresumsatzes sanktioniert werden. Bei wiederholten Verstössen ist eine Sanktion von bis zu 20% des weltweiten Jahresumsatzes möglich. Bei systematischen Verstössen kann

die Europäische Kommission Massnahmen anordnen. Möglich ist danach auch eine Entflechtung oder Zerschlagung sowie ein konkretes Zusammenschlussverbot, sofern dies im Einzelfall verhältnismässig wäre.

b) Überarbeitete Vertikal-GVO und -Leitlinien

Im Mai 2022 verabschiedete die Europäische Kommission die überarbeitete Vertikal-GVO⁷⁹ sowie die modifizierten Vertikal-Leitlinien⁸⁰, welche ohne ein Tätigwerden der Europäischen Kommission zum 31. Mai 2022 ausgelaufen wären.⁸¹ Die neue Vertikal-GVO und die überarbeiteten Vertikal-Leitlinien traten am 1. Juni 2022 in Kraft. Die Überarbeitung dient gemäss der Europäischen Kommission dazu, Unternehmen, welche in einem Geschäftsumfeld tätig sind, das durch die Zunahme des elektronischen Handels und der online-Verkäufe geprägt sei, einfachere, klarere und aktuelle Leitlinien an die Hand zu geben.

Gegenüber den ursprünglichen Regelwerken passte die Kommission insbesondere den geschützten Bereich für Liefer- und Vertriebsvereinbarungen an.⁸² Neu sind etwa bestimmte Abreden im Rahmen des dualen Vertriebs sowie bestimmte Paritätsabreden nicht mehr freigestellt, sondern müssen einzeln am Massstab von Art. 101 AEUV geprüft werden. Freigestellt sind hingegen neu gewisse Beschränkungen von Aktivverkäufen sowie bestimmte indirekte Einschränkungen durch „dual pricing“ oder die Festlegung von unterschiedlichen Kriterien für online- und offline-Verkäufe in einem selektiven Vertriebssystem. Klargestellt ist neu auch, dass auch Verkaufsplattformen als Anbieter im Sinne der Vertikal-GVO und der -Leitlinien gelten.

c) Weitere Leitlinien und Notizen

Am 29. September 2022 verabschiedete die Kommission eine Leitlinie zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge zwischen sog. Solo-Selbstständigen.⁸³ In der Leitlinie wird dargelegt, unter welchen Voraussetzungen sich Solo-Selbstständige zu Tarifverhandlungen zusammenschliessen können, ohne gegen die EU-Wettbewerbsvorschriften zu verstossen. Gemäss

⁷⁹ Vgl. Nachweis in Fn. 75.

⁸⁰ Vgl. Nachweis in Fn. 76.

⁸¹ Vgl. auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 10. Mai 2022, IP/22/2844.

⁸² Vgl. zu einem detaillierteren Überblick der Änderungen etwa den erläuternden Vermerk, abrufbar unter: <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf>.

⁸³ Mitteilung der Kommission vom 30. September 2022 zu Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen, ABl. C 374 vom 30. September 2022, 2 ff.

der Europäischen Kommission sei die Leitlinie notwendig geworden, weil es insbesondere in der Digitalwirtschaft immer mehr Solo-Selbständige gebe, denen es ermöglicht werden müsse, ihre Position bei Verhandlungen über Arbeitsbedingungen durch eine Zusammenarbeit mit anderen Solo-Selbständigen zu verbessern.⁸⁴

Darüber hinaus erliess die Europäische Kommission im Oktober 2022 eine neue Leitlinie zur Kronzeugenregelung in Form einer Notiz zu häufig gestellten Fragen⁸⁵ sowie eine überarbeitete informelle Orientierungshilfe zu Beratungsschreiben⁸⁶. Beide Dokumente sind vom Bestreben gekennzeichnet, die Hürden für eine Kontaktaufnahme mit der EU-Wettbewerbsbehörde zu senken. So akzentuiert die Europäische Kommission mit der Notiz zur Kronzeugenregelung insbesondere ihre Bereitschaft, potenzielle Anträge auf Kronzeugenbehandlung anonym und hypothetisch zu erörtern, ohne dass der betroffene Wirtschaftszweig, die Kartellbeteiligten oder andere Einzelheiten offengelegt werden müssten.⁸⁷ Und die Überarbeitung der informellen Orientierungshilfe zu Beratungsschreiben dient namentlich dazu, den Bereich, zu welchen Unternehmen Beratungsschreiben von der Europäischen Kommission erhalten können, auszudehnen.⁸⁸

d) Konsultationen und Evaluationen

Die Europäische Kommission initiierte im Berichtszeitraum zudem Konsultationen und Evaluationen zur Überarbeitung oder Neufassung wettbewerbsrechtsrelevanter Regelwerke. Diese betreffen namentlich die Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnung und -Leitlinien,⁸⁹ die Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung und -Leitlinien,⁹⁰ die Kfz-Gruppenfreistel-

⁸⁴ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29. September 2022, IP/22/5796.

⁸⁵ Vgl. Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://competition-policy.ec.europa.eu/cartels/leniency_en>.

⁸⁶ Bekanntmachung der Kommission vom 4. Oktober 2022 zu informellen Orientierungshilfen zu neuen oder ungelösten Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Einzelfällen (Beratungsschreiben), ABl. C 381 vom 4. Oktober 2022, 9 ff

⁸⁷ Vgl. auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 25. Oktober 2022, IP/22/6373.

⁸⁸ Vgl. auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 3. Oktober 2022, IP/22/5887.

⁸⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 1. März 2022, IP/22/1371.

⁹⁰ Vgl. Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13636-EU-competition-rules-on-technology-transfer-agreements-evaluation_en>.

lungsverordnung und -Leitlinien,⁹¹ die Bekanntmachung über die Marktdefinition,⁹² das Verfahrensrecht zur Durchsetzung von Art. 101, 102 AEUV⁹³ sowie das Zusammenschlosskontrollverfahren⁹⁴.

⁹¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 6. Juli 2022, IP/22/4282.

⁹² Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 8. Oktober 2022, IP/22/6528.

⁹³ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 30. Juni 2022, IP/22/4194.

⁹⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 6. Mai 2022, IP/22/2806.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022

I. Wettbewerbsabreden

Die im Mai 2022 in der EU verabschiedete überarbeitete Vertikal-GVO⁹⁵ war erneut Inspirationsquelle für die in der Schweiz im Dezember 2022 von der WEKO aktualisierten Regeln zu Vertikalvereinbarungen. Die neu erlassene Vertikalbekanntmachung⁹⁶ und die entsprechenden Erläuterungen zur Vertikalbekanntmachung⁹⁷ lehnen sich ausdrücklich an die von der Europäischen Kommission erlassene Vertikal-GVO und -Leitlinien an.⁹⁸ Entsprechend werden insbesondere angepasste bzw. neue Regelungen gemäss den europäischen Rechtsinstrumenten teilweise wortwörtlich in die Schweizer Rechtsinstrumente übernommen. So finden sich insbesondere entsprechende Regelungen zu dualen Vertriebsverhältnissen, zu exklusiven Vertriebssystemen, zur Nutzung des Internets etc. Trotz der vom obersten Schweizer Gericht festgehaltenen Einheitlichkeit zwischen der Regelung in der Schweiz und der EU⁹⁹ finden sich jedoch – wie schon in der Voraufgabe erwähnt¹⁰⁰ – auch gewichtige Abweichungen. Die VertBek-Erläuterungen schaffen diesbezüglich nun partiell Transparenz und erwähnen insbesondere in Bezug auf vertragliche Bezugsbeschränkungen und gewisse Verbote des Passivverkaufs zulasten des Herstellers, dass sich aufgrund der Schweizer Praxis Abweichungen zur EU-Praxis ergeben können.¹⁰¹ Weitere Abweichungen, wie insbesondere in Bezug auf Preisempfehlungen¹⁰² werden jedoch in den Erläuterungen nicht weiter thematisiert. Die bestehenden und nun zementierten Inkongruenzen zum EU-Recht führen zu Rechtsunsicherheit und höheren Transaktionskosten bei grenzüberschreitenden bzw. Europa-weiten Vertriebssystemen.

⁹⁵ (Vgl. Nachweis in Fn. 75).

⁹⁶ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), Beschluss der Wettbewerbskommission vom 12. Dezember 2022.

⁹⁷ Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen) vom 12. Dezember 2022.

⁹⁸ Erw. VI. VertBek.

⁹⁹ BGE 143 II 297 E. 6.2.3.

¹⁰⁰ Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/2022, Zürich 2022, 152.

¹⁰¹ Vgl. Fn. 39 und 40 der VertBek-Erläuterungen.

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 2C_149/2018 vom 4. Februar 2021.

Die von der Europäischen Kommission erlassenen Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge bei sog. Solo-Selbständigen¹⁰³ weisen darauf hin, dass auch die Europäische Kommission sich zukünftig vermehrt mit kartellrechtlichen Sachverhalten im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen auseinandersetzen könnte. Die im Dezember 2022 von der Schweizer Wettbewerbsbehörde eröffnete Vorabklärung im Zusammenhang mit angeblichen Informationsaustauschen zu Löhnen zwischen verschiedenen Banken in der Deutschschweiz¹⁰⁴ zeigt, dass diese bisher vom Kartellrecht kaum berücksichtigte Schnittstelle zumindest in nächster Zeit auch in der Schweiz einen gewissen Klärungsbedarf hervorrufen wird.

Ebenfalls erwähnenswert ist die mögliche Relevanz der von der Europäischen Kommission im Oktober 2022 erlassenen Leitlinie zur Kronzeugenregelung. Entsprechende Überlegungen, insbesondere in Bezug auf die Kontaktaufnahme mit der Wettbewerbsbehörde sowie die anonyme und hypothetische Erörterung von Kronzeugenbehandlungen (ohne Nennung des betroffenen Wirtschaftszweigs), werden vermutlich auch im Schweizer Verfahren Niederschlag finden. Insbesondere bei Selbstanzeigeverfahren, welche in mehreren Ländern erfolgen, dürften entsprechende Überlegung auch in der Schweiz angewandt werden.

In Bezug auf die materiell-rechtlichen Entscheidungen¹⁰⁵ ist besonders auch das Verfahren von *Scania* vor dem Europäischen Gericht für die Schweiz von potenzieller Relevanz, nachdem das Gericht klargestellt hat, dass die Durchführung „hybrider Verfahren“ nicht grundsätzlich rechtswidrig sei. Auch bei Verfahren der Schweizer Wettbewerbsbehörden finden sich entsprechende „hybride Verfahren“, auf welche sich die Überlegungen des Europäischen Gerichts anwenden lassen.

2. Missbrauchskontrolle

Es ist augenfällig, dass die aktuellen Verfahren der Europäischen Kommission¹⁰⁶ sich primär auf digitale Märkte beziehen, was auch der Erlass des Digital Markets Act (DMA)¹⁰⁷ zeigt. Nicht auszuschliessen ist, dass sich die Schweizer Wettbewerbskommission an den im DMA geregelten Konzepten orientiert, wenn Art. 7 KG ausgelegt wird. Die Relevanz der digitalen Märkte

¹⁰³ Siehe vorne, [Kap. I.4.c](#).

¹⁰⁴ Pressemitteilung vom 5. Dezember 2022, das Sekretariat der WEKO untersucht den Arbeitsmarkt im Bankensektor.

¹⁰⁵ Siehe vorne, [Kap. I.1](#).

¹⁰⁶ Siehe vorne, [Kap. I.2.a](#).

¹⁰⁷ Siehe vorne, [Kap. I.4.a](#).

wurde zudem von der Wettbewerbskommission auch anlässlich ihrer jährlichen Medienkonferenz im April 2022 hervorgehoben und hat gezeigt, dass die Wettbewerbskommission Fälle priorisiert, die einen besonderen Inlandbezug haben. Dies im Gegensatz zu Fällen, welche zum Beispiel von der Europäischen Kommission länderübergreifend behandelt werden, sodass entsprechende kartellbehördliche Lösungen der EU auch in der Schweiz parallel angewendet werden könnten.¹⁰⁸

In Bezug auf die konkrete Anwendung der Regeln zu marktbeherrschenden Unternehmen ergibt sich nunmehr jedoch aufgrund des Urteils des Schweizer Bundesgerichts in Sachen *Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*¹⁰⁹ voraussichtlich eine Abweichung zur herrschenden Praxis in der Europäischen Union. Gemäss dem vorstehenden Urteil des Bundesgerichts ist das für marktbeherrschende Unternehmen geltende Kopplungsverbot schon dann erfüllt, wenn eine Koppelung erstellt ist und kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Es genüge die blossе Gefahr des Eintritts eines Erfolgs, sodass eine auswirkungsbezogene Analyse nicht erforderlich ist.¹¹⁰ Dies ist mit der vorstehend erwähnten Praxis der Europäischen Gerichte in Sachen *Intel*¹¹¹ nicht vereinbar. Gemäss der Praxis der obersten Gerichte der EU bestehe zwar bei gewissen Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen eine Vermutung, dass diese wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben. Wird eine entsprechende Auswirkung bestritten, muss sie von der Behörde jedoch im konkreten Fall nachgewiesen werden. Die nunmehr vom Bundesgericht erlassene Praxis scheint jeglichen Rückgriff auf eine Auswirkungsprüfung – selbst wenn sie vom beschuldigten Unternehmen vorgenommen wird – auszuschliessen, was im Endeffekt zu einer Bussgeldverfügung auf Basis eines „abstrakten Gefährdungsdeliktes“ führen könnte. Die in verschiedenen Entscheiden und Urteilen nunmehr praktizierte Entfernung von der wirkungsbasierten Realität des Wirtschaftslebens kann für betroffene Unternehmen entsprechend zu nicht nachvollziehbaren Entscheiden führen.

3. Zusammenschlusskontrolle

Von praktischer Relevanz ist das Verfahren der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit der Übernahme *Illumina/GRAIL*¹¹², welche von der Europäischen Kommission trotz Nichterfüllung der umsatzbezogenen Schwellen-

¹⁰⁸ Pressemitteilung vom 26. April 2022, WEKO in Digitalen Märkten aktiv.

¹⁰⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_596/2019 vom 2. November 2022.

¹¹⁰ A. a. O., E. 8.6.

¹¹¹ Siehe vorne, [Kap. 1.2.b\).](#)

¹¹² Sie vorne, [Kap. 1.3.a\).](#)

werte aufgegriffen und untersagt wurde. Dies ist bei zukünftigen Transaktionen auch in der Schweiz unter Umständen zu berücksichtigen, wenn Unternehmen prüfen, ob ein Zusammenschluss möglicherweise bei der EU Kommission gemeldet werden müsste.

Arbeitsrecht

Wesselina Uebe/Thomas Geiser

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (WESSELINA UEBE)	104
1.	Einführung	104
2.	Angemessene Mindestlöhne	105
a)	Richtlinie über angemessene Mindestlöhne	105
b)	Empfehlungsvorschlag	106
3.	Arbeitsbedingungen	106
a)	Transparentere und verlässlichere Arbeitsbedingungen	106
b)	Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben	107
4.	Diskriminierung	108
a)	Diskriminierung wegen der Religion	108
aa)	EuGH: Befristete Verträge von Lehrkräften	108
bb)	EuGH: Tragen religiöser Zeichen	109
b)	Diskriminierung wegen einer Behinderung	110
c)	Diskriminierung wegen des Geschlechts	111
5.	Urlaub	112
a)	EuGH: Abgeltungszahlungen für Leiharbeitnehmer	112
b)	EuGH: Verfall des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub	112
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022 (THOMAS GEISER)	114
1.	Einführung	114
2.	Mindestlöhne	114
a)	Kantonale Mindestlohnvorschriften	115
b)	Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen	116
c)	Mindestlöhne in Gesamtarbeitsverträgen	117
d)	Ausländerrechtliche Mindestlöhne	117
e)	Mindestlöhne auf Grund des Beschaffungsrechts	119
f)	Berechnung des Lohnes	119
3.	Arbeitsbedingungen	122
a)	Transparentere und verlässlichere Arbeitsbedingungen	122
b)	Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben	123
4.	Diskriminierung	123
a)	Diskriminierung wegen einer Behinderung	123
b)	Diskriminierung wegen des Geschlechts	124
c)	Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit	123
5.	Mutterschaftsurlaub	126

I. Rechtseentwicklungen in der EU

1. Einführung

Die Situation auf dem Arbeitsmarkt in der Europäischen Union im Berichtsjahr 2022 war insbesondere durch drei zeitgleich auftretende Herausforderungen: einer pandemie- und krisengeplagten Wirtschaft, einem demografisch bedingten Fachkräftemangel und einer anhaltend hohen Zuwanderung. Diese scheinbar gegensätzlichen Problembereiche galt es gemeinsam anzugehen und die Europäische Kommission hat sich in gleich mehreren Rechtsakten daran versucht:

Insoweit ist zunächst der Bericht der Europäischen Kommission zur Beschäftigung und sozialen Lage in Europa erwähnenswert, wonach junge Menschen am stärksten unter Jobverlusten infolge der coronabedingt schlechten Wirtschaftslage leiden.¹ Auch in ihrer Mitteilung zur Anwerbung qualifizierter Arbeitskräfte aus Drittländern² berichtet die Kommission von den Herausforderungen der stetigen Zuwanderung einerseits und dem gleichzeitigen, immer stärker spürbaren Arbeitskräftemangel. Deshalb stellt die Kommission ein Konzept für eine ehrgeizige und nachhaltige EU-Politik für legale Migration vor, mit der Kompetenzen und Talente angezogen werden, um dem Arbeitskräftemangel zu begegnen und auf den demografischen Wandel in Europa zu reagieren. Dies erfordere aber auch einen überarbeiteten Rechtsrahmen, eine verstärkte Zusammenarbeit mit Partnerländern, eine bessere Steuerung der Arbeitsmigration unter Einbeziehung aller wichtigen Interessenträger sowie neue Aktionsbereiche im Hinblick auf die Zukunft. Dies bekräftigt die Kommission schliesslich auch mit ihrer Empfehlung vom 5. April 2022³ zur Anerkennung der Qualifikationen von Menschen, die vor der Invasion Russlands in der Ukraine fliehen.

¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 12. Juli 2022, IP/22/4482.

² Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anwerbung qualifizierter Arbeitskräfte aus Drittländern vom 27. April 2022, COM (2022) 657 final.

³ Empfehlung (EU) 2022/554 zur Anerkennung der Qualifikationen von Menschen, die vor der Invasion Russlands in der Ukraine fliehen, ABl. L 1071 vom 6. April 2022, 1–8.

2. Angemessene Mindestlöhne

a) Richtlinie über angemessene Mindestlöhne

Am 19. Oktober 2022 wurde die [Richtlinie \(EU\) 2022/2041](#) über angemessene Mindestlöhne⁴ in der Europäischen Union verabschiedet. Mit der Richtlinie werden Verfahren für die Angemessenheit gesetzlicher Mindestlöhne festgelegt, Tarifverhandlungen für die Lohnfestsetzung gefördert und der effektive Zugang zum Mindestlohnschutz verbessert.

Zwar besteht schon jetzt ein Mindestlohnschutz in allen EU-Mitgliedstaaten, entweder durch gesetzliche Mindestlöhne und Tarifverträge oder ausschliesslich durch Tarifverträge. (Die [höchsten Mindestlöhne](#) gibt es in Luxemburg, Irland und Deutschland, die niedrigsten in Bulgarien, Lettland und Estland. In [21 der 27 EU-Staaten](#) gibt es gesetzliche Mindestlöhne. In Dänemark, Finnland, Italien, Österreich, Schweden und Zypern werden die Löhne hingegen im Rahmen von Tarifverhandlungen festgelegt.) Manche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind jedoch von unzulänglicher Angemessenheit und/oder Lücken beim Mindestlohnschutz betroffen. Mit der neuen Richtlinie soll dagegen vorgegangen werden, unter Berücksichtigung der nationalen Traditionen und Zuständigkeiten sowie die Tarifautonomie der Sozialpartner, wie der Rechtsakt betont. Insoweit soll die Richtlinie weder ein gemeinsames Mindestlohniveau festlegen noch die Mitgliedstaaten zur EU-weiten Einführung gesetzlicher Mindestlöhne verpflichten. Die Mitgliedstaaten haben nun bis zum 15. November 2024 Zeit, um die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

⁴ Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. L 275 vom 25. Oktober 2022, 33–47. Weitere Informationen unter <[https://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/etudes/BRIE/2022/733535/EPRS_BRI\(2022\)733535_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/Reg-Data/etudes/BRIE/2022/733535/EPRS_BRI(2022)733535_EN.pdf)>, <<https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20220909IPR40138/parlament-ja-zu-neuen-regeln-fur-angemessene-mindestloehne-fur-eu-erwerbstatige>>, <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/empfehlung-zu-mindesteinkommen-eu-kommission-fordert-wirksamere-und-modernere-regeln-2022-09-28_de>.

b) Empfehlungsvorschlag

Ergänzend hierzu hat die Europäische Kommission am 28. September 2022 einen [Vorschlag](#) für eine Empfehlung des Rates für ein angemessenes Mindesteinkommen zur Gewährleistung einer aktiven Inklusion vorgelegt.⁵ Darin werden die Mitgliedstaaten aufgerufen, ihre Regelungen zu Mindesteinkommen zu modernisieren, um die Armut und soziale Ausgrenzung in Europa zu bekämpfen. Die empfohlenen Massnahmen betreffen die Verbesserung der Angemessenheit der Einkommensunterstützung, der Reichweite und Inanspruchnahme des Einkommens, des Zugangs zu inklusiven Arbeitsmärkten und zu grundlegenden Dienstleistungen sowie die Förderung individueller Unterstützungsmassnahmen. Der Vorschlag der Kommission für eine Empfehlung des Rates wird derzeit noch im Rat erörtert.⁶ Nach der Annahme sollten die Mitgliedstaaten der Kommission alle drei Jahre über ihre Fortschritte bei der Umsetzung Bericht erstatten.

3. Arbeitsbedingungen

a) Transparentere und verlässlichere Arbeitsbedingungen

Die [Richtlinie \(EU\) 2019/1152 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen](#)⁷ wurde am 20. Juni 2019 verabschiedet und war von den Mitgliedstaaten bis zum 1. August 2022 umzusetzen. Mit den neuen Vorschriften sollen Arbeitskräfte ein Recht auf mehr Vorhersehbarkeit bei ihren Arbeitsbedingungen erhalten; dies betrifft beispielsweise Arbeitsaufträge und Arbeitszeiten. Zudem haben sie einen Anspruch darauf, ausführlicher über wesentliche Aspekte des Beschäftigungsverhältnisses, den Arbeitsort und die Entlohnung informiert zu werden.

⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Empfehlung des Rates für ein angemessenes Mindesteinkommen zur Gewährleistung einer aktiven Inklusion vom 28. September 2022, COM (2022) 490 final.

⁶ Stand: Februar 2023.

⁷ Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl. L 186 vom 11. Juli 2019, 105–121.

Auch wenn die Europäische Kommission den Ablauf der Umsetzungsfrist als Erfolg für die Stärkung der Arbeitnehmer verbucht,⁸ muss auch erwähnt werden, dass acht Mitgliedstaaten, dieser Pflicht bislang nicht nachgekommen sind, darunter Dänemark, Spanien, Polen und Portugal.⁹

b) *Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben*

Die [Richtlinie \(EU\) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige](#)¹⁰ zielt darauf ab, die Gleichstellung der Geschlechter bei der Arbeitsmarktbeteiligung zu gewährleisten, indem eine gerechte Verteilung der Betreuungsaufgaben zwischen den Eltern gefördert werden soll. Mit der Richtlinie soll ein Vaterschaftsurlaub eingeführt werden, der Vätern bzw. dem zweiten Elternteil das Recht auf mindestens zehn Tage Urlaub um den Zeitpunkt der Geburt des Kindes gibt. Ausserdem sollen Eltern auch Anspruch auf einen Elternurlaub von mindestens vier Monaten haben, von denen mindestens zwei Monate nicht zwischen den Elternteilen übertragbar sind. Aber auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Angehörige oder eine im gleichen Haushalt lebende Person pflegen oder unterstützen, sollen Anspruch auf fünf Arbeitstage Urlaub pro Jahr erhalten. Erwerbstätige Eltern von Kindern bis acht Jahren und alle pflegenden Angehörigen sollen das Recht bekommen, flexible Arbeitsregelungen zu beantragen.

Die Richtlinie war bis zum 2. August 2022 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen. Dieser Verpflichtung sind bislang insgesamt sechs Mitgliedstaaten nicht nachgekommen, darunter Spanien, Polen und Portugal.¹¹

⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 1. August 2022, IP/22/4765, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_4765>.

⁹ Stand: Februar 2023; siehe Umsetzungsstand unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=CELEX:32019L1152>>.

¹⁰ Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl. L 188 vom 12. Juli 2019, 79–93.

¹¹ Stand: Februar 2023; siehe Umsetzungsstand unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=CELEX:32019L1158>>.

4. Diskriminierung

a) Diskriminierung wegen der Religion

aa) EuGH: Befristete Verträge von Lehrkräften

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil vom 13. Januar 2022 in der Rechtssache C-282/19 festgestellt, dass das Erfordernis eines von einer kirchlichen Stelle ausgestellten Befähigungsnachweises bei befristeten Verträgen nicht deren Verlängerung rechtfertigt.¹²

Der Vorabentscheidung des EuGH war die Klage von 18 Lehrkräften vorausgegangen, die seit vielen Jahren an öffentlichen Schulen katholische Religion unterrichten, und vom zuständigen Bildungsministerium in Italien (Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca – MIUR) aufgrund aufeinanderfolgender befristeter Verträge eingestellt wurden. Wegen der Jahresbefristung ihrer Lehraufträge waren die Lehrer nicht in die ständigen Eignungslisten aufgenommen worden und konnten somit die Einweisung in eine Planstelle nicht in Anspruch nehmen. Sie klagten und beantragten die Umwandlung ihrer gegenwärtigen Verträge in unbefristete Verträge.

Insoweit hat der EuGH zunächst eine Diskriminierung wegen der Religion verneint, da sich die Unmöglichkeit der Einweisung der Kläger in Planstellen aus der Jahresbefristung ihrer Lehraufträge ergäbe, ohne dass irgendein Zusammenhang mit ihrer Religion bestünde.

Die italienische Regelung verstosse aber sehr wohl gegen § 5 („Massnahmen zur Vermeidung von Missbrauch“) der Rahmenvereinbarung.¹³ Insbesondere läge keine Rechtfertigung des Rückgriffs auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge durch einen sachlichen Grund gemäss § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung aufgrund eines vorübergehenden Bedarfs vor. Im vorliegenden Fall seien über mehrere Jahre hinweg ähnliche Aufgaben erfüllt worden, sodass die Deckung eines dauerhaften Bedarfs gegolten habe. Schliesslich stellt auch der Befähigungsnachweis keinen „sachlichen Grund“ im Sinne von § 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung dar, der die Verlängerung von befristeten Verträgen rechtfertigen würde. Der Befähigungsnachweis, über

¹² EuGH, Urteil vom 13. Januar 2022 in der Rechtssache C-282/19, ECLI:EU:C:2022:3; Pressemitteilung unter <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-01/cp220001de.pdf>>.

¹³ Rahmenvereinbarung vom 18. März 1999 über befristete Arbeitsverträge, die im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. L 175 vom 10. Juli 1999, 43–48 enthalten ist.

den die Lehrer im Fach Katholische Religion für ihren Unterricht verfügen müssten, werde nur einmal und unabhängig von der Dauer ihres Lehrauftrags ausgestellt wird und diese Ausstellung weise keinen Zusammenhang mit sozialpolitischen Massnahmen auf.

bb) EuGH: Tragen religiöser Zeichen

Mit Urteil vom 13. Oktober 2022 in der Rechtssache C-344/20 hat der EuGH festgestellt, dass eine interne Regel eines Unternehmens, die das sichtbare Tragen religiöser, weltanschaulicher oder spiritueller Zeichen verbietet, keine unmittelbare Diskriminierung darstellt, wenn sie allgemein und unterschiedslos auf alle Arbeitnehmer angewandt wird.¹⁴ Das hat der EuGH im Fall einer belgischen Praktikumsbewerberin bekräftigt, die abgelehnt wurde, weil sie sich weigerte, ihr Kopftuch abzunehmen. Die Neutralitätspolitik eines Unternehmens könne eine mittelbare Benachteiligung unter Umständen rechtfertigen, so der EuGH.

Nach der Arbeitsordnung des beklagten Unternehmens dürfen die Mitarbeitenden „ihre religiösen, philosophischen oder politischen Weltanschauungen, welche diese auch immer sein mögen, in keiner Weise, weder durch Worte noch durch Kleidung oder in anderer Weise, zum Ausdruck bringen“. Nach der ersten Absage von Seiten des Unternehmens bewarb sich die Klägerin erneut und bot an, eine andere Kopfbedeckung zu tragen. Das Unternehmen lehnte auch dies ab und verwies darauf, dass in seinen Geschäftsräumen grundsätzlich keine Kopfbedeckung erlaubt sei, sei es eine Mütze, eine Kappe oder ein Kopftuch. Daraufhin zeigte die Bewerberin das Unternehmen bei der Antidiskriminierungsstelle an und klagte auf Unterlassung.

Der EuGH führte zunächst aus, dass die Begriffe „Religion oder Weltanschauung“ in Art. 1 der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG¹⁵ einen einzigen Diskriminierungsgrund darstellen, der sowohl religiöse als auch weltanschauliche oder spirituelle Überzeugungen umfasst. Weiter bestätigt der EuGH seine bisherige Rechtsprechung, wonach das Verbot für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen,

¹⁴ EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2022 in der Rechtssache C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774; Pressemitteilung unter: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-10/cp220167de.pdf>>.

¹⁵ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 2. Dezember 2000, 16–22.

durch Worte, Kleidung oder auf andere Weise zum Ausdruck zu bringen, keine unmittelbare Diskriminierung darstellt, sofern diese Bestimmung allgemein und unterschiedslos angewandt werde.

Eine derartige unternehmensinterne Regel könne zwar dann, eine mittelbar auf der Religion oder der Weltanschauung beruhende Ungleichbehandlung darstellen, wenn die dem Anschein nach neutrale Verpflichtung tatsächlich besonders Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung benachteiligt. Eine mittelbare Ungleichbehandlung könne jedoch durch den Willen des Arbeitgebers, eine Neutralitätspolitik zu betreiben, gerechtfertigt sein. Dies festzustellen, sei Aufgabe des nationalen Gerichts.

b) Diskriminierung wegen einer Behinderung

In seinem Urteil vom 10. Februar 2022 in der Rechtssache C-485/20 hat der EuGH geurteilt, dass ein Arbeitnehmer mit Behinderung – und zwar auch derjenige, der nach seiner Einstellung eine Probezeit absolviert –, der für ungeeignet erklärt wird, die wesentlichen Funktionen seiner bisherigen Stelle zu erfüllen, einen Anspruch auf Verwendung an einem anderen Arbeitsplatz haben kann, für den er die notwendige Kompetenz, Fähigkeit und Verfügbarkeit aufweist.¹⁶

Der Ausgangskläger befand sich bei der belgischen Eisenbahngesellschaft (HR Rail) als Facharbeiter für die Wartung und Instandhaltung der Schienenwege in der Probezeit, als bei ihm ein Herzproblem diagnostiziert wurde und ihm ein Herzschrittmacher implantiert werden musste. Da ein Herzschrittmacher sensibel auf elektromagnetische Felder reagiert, wurde bei dem Kläger eine Behinderung anerkannt, die ihm die Arbeit an den Gleisanlagen unmöglich machte. Er wurde dann etwa drei Monate als Lagerist eingesetzt und schliesslich entlassen.

Laut EuGH müsse ein Arbeitnehmer, der wegen einer Behinderung nicht mehr auf seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt werden könne, auf einer anderen geeigneten Stelle eingesetzt werden, sofern der Arbeitgeber dadurch nicht unverhältnismässig belastet werde. Der Geltungsbereich der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie¹⁷ umfasse auch den Fall eines Arbeitnehmers in Pro-

¹⁶ EuGH, Urteil vom 10. Februar 2022 in der Rechtssache C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85; Pressemitteilung unter: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-02/cp220026de.pdf>>.

¹⁷ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 2. Dezember 2000, 16–22.

bezeit. Ob eine Weiterbeschäftigung unverhältnismässig sei, richte sich insbesondere an folgende Kriterien: finanzieller Aufwand, Grösse, finanzielle Ressourcen und Gesamtumsatz der Organisation oder des Unternehmens, öffentliche Mittel oder andere Unterstützungsmöglichkeiten. Schliesslich setze ein Anspruch voraus, dass es zumindest eine freie, geeignete Stelle gäbe, so der EuGH.

c) *Diskriminierung wegen des Geschlechts*

Das Europäische Parlament und der Rat haben am 23. November 2022 die [Richtlinie \(EU\) 2022/2381](#) zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern in den Leitungsorganen von Unternehmen angenommen.¹⁸ Demnach sollen bis 2026 in börsennotierten Unternehmen entweder mindestens 40% der Aufsichtsratsmitglieder (Modell 1) oder aber in Vorstand und Aufsichtsrat zusammengekommen mindestens 33% (Modell 2) Mitglieder des unterrepräsentierten Geschlechts (meistens Frauen) vertreten sein. Kleine und mittlere Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten sind vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen.

Börsennotierte Gesellschaften, die die Quote nicht fristgerecht erfüllen, sollen verpflichtet werden, ihr Auswahlverfahren anzupassen und „faire und transparente Auswahl- und Ernennungsverfahren“ einzuführen, bei denen die Kandidaten auf der Grundlage „klarer und neutral formulierter Kriterien“ miteinander verglichen werden. Wenn mehrere Kandidaten mit gleichwertiger Qualifikation für einen Posten zur Verfügung stehen, soll der Kandidat des unterrepräsentierten Geschlechts die Position erhalten. Ausserdem sollen börsennotierte Gesellschaften dazu verpflichtet werden, jährlich Informationen über die Vertretung von Frauen und Männern in ihren Leitungsorganen zu veröffentlichen und über die Massnahmen zu berichten, die sie ergriffen haben, um die vorgeschriebene Quote zu erreichen. Die Mitgliedstaaten sollen jährlich eine Liste der Unternehmen, die die Ziele der Richtlinie erreicht haben, veröffentlichen. Ausserdem können sich die Mitgliedstaaten dazu entschliessen, Bussgelder oder andere Sanktionen gegen Unternehmen zu verhängen, in denen es keine offenen und transparenten Einstellungsverfahren gibt. Die Mitgliedstaaten müssen die Richtlinie bis zum 28. Dezember 2024 umsetzen.

¹⁸ Richtlinie (EU) 2022/2381 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. November 2022 zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den Direktoren börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Massnahmen (Text von Bedeutung für den EWR), ABL. L 315 vom 7. Dezember 2022, 44–59.

5. Urlaub

a) *EuGH: Abgeltungszahlungen für Leiharbeitnehmer*

Mit Urteil vom 12. Mai 2022 in der Rechtssache C-426/20 hat der EuGH festgestellt, dass die Leiharbeitnehmern gezahlte Abgeltung für nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub und das entsprechende Urlaubsgeld mindestens derjenigen entsprechen muss, die sie erhalten würden, wenn sie von dem entleihenden Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz und für die gleiche Beschäftigungsdauer eingestellt worden wären.¹⁹

b) *EuGH: Verfall des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub*

Mit Urteil vom 22. September 2022 in den Rechtssachen C-518/20 und C-727/20 hat der EuGH entschieden, dass der Urlaubsanspruch auch bei Langzeiterkrankungen oder Erwerbsminderung, die während des Bezugszeitraumes eintreten, nicht nach 15 Monaten verfallen darf, wenn der Arbeitgeber seinen Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist.²⁰

In dem ersten Vorabentscheidungsersuchen ist streitig, ob einem bei Fraport beschäftigten Frachtfahrer, der infolge einer schweren Behinderung seit dem 01. Dezember 2014 eine Rente wegen voller, aber nicht dauerhafter Erwerbsminderung bezieht, Anspruch auf 34 Tage bezahlten Jahresurlaub aus dem Jahr 2014 zustehen. Der Arbeitgeber war seiner Obliegenheit nicht nachgekommen, an der Gewährung und Inanspruchnahme des Jahresurlaubs mitzuwirken. Im zweiten Vorentscheidungsersuchen macht eine Arbeitnehmerin, die im St. Vincenz-Krankenhaus beschäftigt und seit ihrer Erkrankung im Jahr 2017 arbeitsunfähig ist, geltend, dass ihr noch 14 Tage bezahlter Jahresurlaub aus dem Jahr 2017 zustehen.

Grundsätzlich vertritt der EuGH die Ansicht, dass Arbeitnehmer, die während des Bezugszeitraums krankgeschrieben sind, den arbeitenden Mitarbeitern gleichgestellt sind, es sei denn, sie sind während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähig. Eine Ansammlung der erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub sei mit dem Urlaubszweck nicht mehr vereinbar, sodass die Mitgliedstaaten eine Beschränkung von 15 Monaten vorsehen könnten. Im vorliegenden Urteil macht der EuGH hiervon eine Rückausnahme:

¹⁹ EuGH, Urteil vom 12. Mai 2022 in der Rechtssache C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373; Pressemitteilung unter: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-05/cp220082de.pdf>.

²⁰ EuGH, Urteil vom 22. September 2022 in den verb. Rechtssachen C-518/20 und C-727/20, ECLI:EU:C:2022:707.

Der Verfall des Urlaubsanspruchs sei dann nicht gerechtfertigt, wenn der Anspruch den Bezugszeitraum betreffe, in dem der Arbeitnehmer noch gearbeitet habe, bevor dieser voll erwerbsgemindert oder arbeitsunfähig geworden sei, und wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zuvor rechtzeitig in die Lage versetzt habe, diesen Anspruch auch geltend zu machen.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz

I. Einführung

Der schweizerische Arbeitsmarkt zeichnet sich zurzeit durch einen massiven Fachkräftemangel aus. Dieser hat sich insofern verschärft, als der Bedarf an Fachkräften während der Pandemie in gewissen Bereichen zurück ging, aber nunmehr durch einen grossen Nachholbedarf enorm gestiegen ist. Gemäss einer Studie der Adecco Group betrifft der Fachkräftemangel in erster Linie das Gesundheitswesen. An zweiter Stelle steht die IT-Branche, drittens fehlt es an Ingenieuren und Personen mit ähnlichen Fähigkeiten, viertens fehlt es an Bauführern und Polieren und schliesslich mangelt es an Fachkräften im maschinenmechanischen Bereich.²¹ Gleichzeitig war die Migration im Vergleich zu den Vorjahren stabil. 2021 Betrug der Wanderungssaldo der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung mit 61'526 Personen ungefähr gleich viel wie in Vorjahren. Allerdings war die Einwanderung aus den EU/EFTA Staaten rückläufig, während sie bei den Drittstaatsangehörigen zunahm. Ende Dezember 2021 lebten 2 190 293 Ausländerinnen und Ausländer dauerhaft in der Schweiz.²² Entsprechend ist nicht mit einer Entspannung in den nächsten Jahren zu rechnen. Umso wichtiger sind Massnahmen zur Integration der Frauen in den Arbeitsmarkt und zur Vereinbarkeit von Arbeit und Familie sowie Massnahmen zur Ausbildung von Fachkräften.

2. Mindestlöhne

Die Schweiz kennt nach wie vor keinen allgemeinen Mindestlohn. Es gab aber immer wieder in gewissen besonders heiklen, wirtschaftlich aber real nicht immer tatsächlich bedeutenden Bereichen auf gesamtschweizerischer Ebene Mindestlohnvorschriften. Mit den flankierenden Massnahmen zu den Bilateralen Verträgen der Schweiz mit der EU ist die Möglichkeit, staatliche Mindestlöhne mit dem Mittel der Normalarbeitsverträge festzusetzen, eingeführt worden. Allerdings sieht auch diese Rechtsgrundlage nicht den Erlass eines

²¹ Fachkräftemangel Index Schweiz 2022, abrufbar unter: <<https://www.adecgroup.com/de-ch/zukunft-der-arbeit/swiss-skills-shortage/swiss-skills-shortage-2022/>>.

²² Staatssekretariat für Migration SEM, Einwanderung und Integration: Statistik 2021, abrufbar unter: <[https://migration.swiss/migrationsbericht-2021/zuwanderung-und-integration/einwanderung-und-integration-statistik-2021#:~:text=Anzahl Einwanderungen&text=Im Rahmen des Familiennachzugs wanderten,eines Schweizer waren](https://migration.swiss/migrationsbericht-2021/zuwanderung-und-integration/einwanderung-und-integration-statistik-2021#:~:text=Anzahl%20Einwanderungen&text=Im%20Rahmen%20des%20Familiennachzugs%20wanderten,eines%20Schweizers%20waren)>.

allgemeinen Mindestlohnes vor. Vielmehr geht es immer nur um Mindestlöhne in einzelnen Branchen und überdies gelten diese Löhne auch regelmässig nur für einen geographisch begrenzten Raum.²³

a) *Kantonale Mindestlohnvorschriften*

In letzter Zeit haben nun aber diverse Kantone Mindestlöhne aufgestellt, welche grundsätzlich für alle Branchen im Kanton gelten. Allerdings dürfen die Kantone solche Vorschriften nicht aus wirtschaftspolitischen Gründen erlassen. Zulässig sind nur sozialpolitische Gründe. Kantonale Mindestlöhne sind demnach zulässig, sofern und soweit sie sozialpolitische Motive verfolgen. Die Vermeidung von „Armut trotz Arbeit“ ist dabei ein solches sozialpolitisches Motiv. Das liegt auf der Hand, da Arbeitnehmende, die mit ihrem Erwerbseinkommen den Lebensunterhalt für sich und ihre Familie nicht bestreiten können, von der öffentlichen Sozialhilfe unterstützt werden müssen.²⁴ Nicht zulässig sind kantonale Mindestlöhne dann, wenn damit wirtschaftspolitische Motive verfolgt werden, etwa dann, wenn marktkonforme Löhne durchgesetzt werden sollen. Ein kantonaler Mindestlohn darf deshalb nur so hoch sein, als er zur Erreichung des sozialpolitischen Ziels (Vermeidung von Armut trotz Arbeit) erforderlich ist. Ob diese Regel eingehalten wurde, musste das Bundesgericht in den letzten Jahren bezüglich diverser kantonaler Erlasse prüfen. Es anerkannte das Vorliegen eines solchen sozialpolitischen Gesetzeszwecks beim Neuenburger Mindestlohngesetz und erklärte es folglich als bundesverfassungskonform.²⁵

Aktuell kennen die Kantone Neuenburg, Jura, Genf, Tessin und Basel-Stadt Mindestlöhne. Die entsprechenden Gesetze sehen unterschiedliche Regelungen betreffend Ausnahmen vom Geltungsbereich vor. Besondere Probleme stellt regelmässig die Frage, ob der räumliche Anwendungsbereich der Mindestlohnvorschriften. Die Problematik ist international bezüglich entsendeter Arbeitnehmer bekannt. Bis anhin gibt es aber noch keine bundesrechtliche Regelung dieser interkantonalen Zuständigkeit.

Kantonale Mindestlohnerrlasse gewähren einerseits den betroffenen Arbeitnehmenden, ungeachtet eines allenfalls vertraglich vereinbarten tieferen Lohnes, einen individualrechtlich vor einem Gericht durchsetzbaren Mindest-

²³ Geiser Thomas, Staatliche Lohnregeln in der Schweiz, in: Löschnigg (Hrsg.), Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte im internationalen Vergleich, Wien 2013, 62 f.

²⁴ BGE 143 I 404 (auch: Urteil des Bundesgerichts 2C_774/2017 vom 21.07.2017, E. 5.2, siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_302/2020 vom 11. November 2021, E. 8.1, betreffend Mindestlohn im Kanton Tessin; Zum Thema ferner Pärli Kurt, ARV 2018, 294 ff.

²⁵ BGE 143 I 404.

lohnanspruch. Grundlage dafür bildet in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen die sogenannte Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR.²⁶ Darüber hinaus sehen die kantonalen Erlasse aber auch vor, dass die Einhaltung der Mindestlöhne behördlich kontrolliert und die Missachtung sanktioniert wird.²⁷

b) Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen

Ein wesentliches Element der flankierenden Massnahmen ist die Möglichkeit, Gesamtarbeitsverträge einfacher als früher allgemeinverbindlich zu erklären. Wo keine solchen bestehen, hat der Gesetzgeber zudem die Möglichkeit geschaffen, in Normalarbeitsverträgen zwingende Minimallöhne festzusetzen. Die insbesondere im rechten, bürgerlichen Lager angesiedelten Gegner der EWR-Vorlage hatten damit erwirkt, was die Sozialdemokratie und die Gewerkschaften während Jahrzehnten wollten, aber nie erreichten!

Damit ein Normalarbeitsvertrag erlassen werden kann, der befristet regional differenzierte Mindestlöhne festsetzt, muss allerdings eine Vielzahl von Voraussetzungen erfüllt sein. Insbesondere muss festgestellt werden, dass innerhalb einer Branche oder eines Berufes die orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne wiederholt und missbräuchlich unterschritten werden (Lohndumping)²⁸. Dabei spielt es keine Rolle, ob dies bei ausländischen Unternehmen, die Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden oder bei schweizerischen Unternehmen erfolgt ist. Es ist auch nicht entscheidend, ob ausländische oder schweizerische Arbeitnehmer davon betroffen waren. Die für diese Feststellung zuständigen Tripartiten Kommissionen haben einen weiten Ermessensspielraum.²⁹ Für die Feststellung, welcher Lohn orts-, berufs- oder branchenüblich ist, stehen ihnen verschiedene Methoden zur Verfügung.³⁰ Das Bundesgericht hat nun festgehalten, dass dafür auch auf einen kantonalen Minimallohn abgestellt werden kann, wenn die tatsächlich bezahlten Löhne nicht höher sind.³¹

²⁶ Brunner Jacqueline, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021, Art. 342 N 5.

²⁷ Vgl. beispielsweise § 4 Abs. 1 MiLoG BS.

²⁸ Art. 360a des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30 März 1911 (Obligationenrecht, OR, SR 220).

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C_1/2021 vom 22. November 2021 E. 5.3.

³⁰ BGE 140 III 59 Erw. 10.3 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C_1/2015 vom 15. Juli 2015 Erw. 6.3.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4C_1/2021 vom 22. November 2021 E. 5.3.1.

c) *Mindestlöhne in Gesamtarbeitsverträgen*

Von zentraler Bedeutung für die Löhne sind selbstverständlich die Gesamtarbeitsverträge. Die Sozialpartner können mit ihnen Mindestlöhne festlegen. Es kann sich immer nur um Mindestlöhne handeln, denn die Parteien des Einzelarbeitsvertrages können immer von den Bestimmungen des GAV zu Gunsten der Arbeitnehmerin abweichen. Ein GAV ist aber nur verbindlich, wenn entweder Arbeitgeberin und Arbeitnehmer Mitglieder der beteiligten Verbände sind oder sich auf die eine oder andere Weise dem GAV angeschlossen haben. Der GAV kann allerdings auch durch behördlichen Akt allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt in der Regel nur für einen Teil der Bestimmungen des GAV.³² Sie bewirkt die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereiches auf alle Arbeitnehmer und -geberinnen des Berufes oder des Wirtschaftszweiges, unabhängig davon, ob sie Verbandsmitglied sind oder nicht. Legt der GAV einen Mindestlohn fest, gilt dieser folglich für die gesamte Branche im entsprechenden geografischen Gebiet. In den letzten Jahren hat die Allgemeinverbindlicherklärung erheblich an Bedeutung gewonnen.³³

Für die Gewerkschaften ist es von grosser Bedeutung an allgemeinverbindlich erklärten GAVs beteiligt zu sein, weil dies ihre Bedeutung nach aussen sichtbar macht. Es ist deshalb immer wieder streitig, ob eine Minderheitsgewerkschaft die Beteiligung erzwingen kann. Die Allgemeinverbindlicherklärung setzt einen bestehenden GAV voraus. Allgemeinverbindlich kann folglich nur erklärt werden, was im GAV steht. Der Regierungsrat kann in die Allgemeinverbindlicherklärung nicht eine im GAV nicht vorgesehene Bestimmung aufnehmen, welche die GAV-Parteien verpflichtet eine Aussenseitergewerkschaft als vollwertige Vertragspartei in den GAV einzubeziehen. Gemäss Art. 12 Abs. 1 AVEG kann das Gesuch um Allgemeinverbindlicherklärung nur gutgeheissen oder abgelehnt, nicht aber ergänzt werden. Erweist es sich notwendig, das Prinzip der „offenen Tür“ durchzusetzen und ist dieses im Antrag zur Allgemeinverbindlicherklärung nicht enthalten, muss das Gesuch abgewiesen werden.³⁴

d) *Ausländerrechtliche Mindestlöhne*

Eine wesentliche Rolle bezüglich Mindestlohnvorschriften bildet auch das Ausländerrecht. Dabei sind im Wesentlichen zwei unterschiedliche Fallkonstellationen zu unterscheiden.

³² Geiser Thomas, Müller Thomas, Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019, Rz. 848.

³³ Vgl. die vom SECO erstellte Liste der AVE erklärten GAV.

³⁴ BGE 146 II 335.

Bezüglich der Arbeitsverträge mit Personen, welche der Personenfreizügigkeit gemäss dem FZA³⁵ unterstehen, besteht die gleiche Vertragsfreiheit, wie mit schweizerischen Arbeitnehmenden. Es müssen ausschliesslich die zwingenden Bestimmungen eingehalten werden, die auch für Inländer gelten.³⁶ Entsprechend bestehen bezüglich dieser Arbeitnehmenden keine ausländerrechtlichen Regeln für einen Mindestlohn.³⁷ Das ist einer der Gründe, warum die Allgemeinverbindlicherklärungen in den letzten Jahren zugenommen haben. Mit diesen kann neben der Verhinderung von Lohndumping vermieden werden, dass europäische Unternehmen durch niedrigere Löhne einen Wettbewerbsvorteil gegenüber inländischen Unternehmen erlangen, wenn sie Dienstleistungen in der Schweiz erbringen. Das Interesse an der Allgemeinverbindlichkeit haben somit nicht nur die Arbeitnehmer, sondern auch die Arbeitgeberinnen.

Demgegenüber sind die Regeln bezüglich Arbeitnehmenden aus Drittstaaten, die nicht dem FZA unterstehen strenger. Gemäss Art. 22 AIG können Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden, wenn die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Die Einhaltung bloss der zwingenden Bestimmungen genügt folglich nicht. Damit werden Mindestlöhne für ausländische Arbeitskräfte eingeführt, welche nicht auch für Inländer und Ausländer aus dem EU/EFTA Raum gelten. Abgestellt wird auf die statistischen Erhebungen bezüglich des üblichen Lohnes. Die Arbeitgeberin hat der Arbeitsmarktbehörde einen schriftlichen Arbeitsvertrag einzureichen, aufgrund dessen die Arbeitsbewilligung erteilt wird. Der Lohn, der die Grundlage der Bewilligung bildet, kann nachher vom Arbeitnehmer auch zivilrechtlich eingeklagt werden.³⁸ Der zivilrechtliche Anspruch besteht selbst dann, wenn die Arbeitgeberin es unterlassen hat, die Bewilligung einzuholen und den Arbeitnehmer zu einem schlechteren Lohn schwarz beschäftigt oder ihn für eine andere Tätigkeit einsetzt, als die in der Bewilligung genannte. Gegebenenfalls hat das Zivilgericht den üblichen Lohn vorfrageweise zu bestimmen.³⁹ Arbeitgeberin

³⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit abgeschlossen am 21. Juni 1999 [SR0.142.112.681].

³⁶ Geiser Thomas, Müller Thomas, Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019, Rz. 979.

³⁷ Bezüglich eines Diskriminierungsverbotes vgl. Junghans Cornelia, in: Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Ausländerrecht, Basel 2022, Rz. 26.30.

³⁸ BGE 122 III 110; 129 II 618; 135 III 162 ff.

³⁹ BGE 122 III 110.

und Arbeitnehmer machen sich bei einer Schwarzarbeit überdies strafbar. Das Bundesgericht hielt aber zu Recht fest, dass die Strafbarkeit dieser Tätigkeit nicht dazu führen kann, dass der Staat den Lohn im Strafverfahren einzieht.⁴⁰

e) Mindestlöhne auf Grund des Beschaffungsrechts

Indirekt regelt der Staat zudem Mindestlöhne durch die Bestimmungen des öffentlichen Vergabewesens. Allerdings hat hier mit der Totalrevision des BöB von 2019⁴¹ eine gewisse Abschwächung des Schutzes stattgefunden. Während gemäss dem alten Gesetz und der dazugehörigen Verordnung klar war, dass nicht nur die zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden mussten, um einen öffentlichen Auftrag zu erhalten, sondern auch die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen, d.h. nicht nur zwingende Minimallohne,⁴² sieht das neue Recht nur noch vor, dass die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen eingehalten werden müssen.⁴³ Allerdings ist der Botschaft des Bundesrates nichts zu entnehmen, dass diesbezüglich auf eine bewusste Änderung der bisherigen Anforderungen hinweisen würde. Der Text ist allerdings wenig klar. Einerseits sollten Gesamtarbeitsverträge und Normalarbeitsverträge eingehalten werden, ohne dass präzisiert wird, ob diese allgemeinverbindlich sein, bzw. zwingende Bestimmungen enthalten müssen oder nicht. Andererseits wird festgehalten, dass darüber hinaus wo GAVs und NAVs „fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten“ seien.⁴⁴ Das erweckt den Eindruck, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen seien nur einzuhalten, wenn es keinen GAV oder NAV gibt, während in Bereichen mit GAV oder NAV nur die Mindestlöhne bezahlt werden müssten. Das lässt sich aber in keiner Weise sachlich rechtfertigen und kann folglich nicht gemeint sein.

f) Berechnung des Lohnes

Besteht ein Mindestlohn, stellt sich die Frage, was unter „Lohn“ zu verstehen ist. In aller Regel wird in den entsprechenden Normen nur geklärt, ob es sich um den Brutto- oder den Nettolohn handeln soll. Wird ein Monatslohn als Minimallohn festgesetzt, stellt sich die Frage, für welche Leistung dieser gelten soll.

⁴⁰ BGE 37 IV 305 ff.

⁴¹ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB, SR 172.056.1).

⁴² Geiser Thomas, Staatliche Lohnregeln in der Schweiz, in: Löschnigg (Hrsg.), Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte im internationalen Vergleich, Wien 2013, 79 f.

⁴³ Art. 12 Abs. 1 BöB.

⁴⁴ BBl 2017 1911.

Meist wird an eine 100%-Anstellung gedacht. Was aber darunter zu verstehen ist, bleibt häufig unklar. Zudem stellt sich die Fragen nach den Zulagen. Sollen damit die Ferien, Krankheiten etc. auch abgedeckt sein oder nicht.

Um den Erholungszweck sicherzustellen, darf der Ferienlohnanspruch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistung abgegolten werden⁴⁵. Ist allerdings die Berechnung der Ferien mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, ist eine Abgeltung ausnahmsweise durch sogenannte Ferienprozente mit dem laufenden Lohn zulässig.⁴⁶ Muss ein Minimallohn eingehalten werden, dürfen diese Beträge aber nicht an den Mindestlohn angerechnet werden. Das sollte m.E. auch gelten, wenn der vertragliche Ferienanspruch den gesetzlichen übersteigt. Voraussetzung für die Gültigkeit der Abgeltung ist, dass der Ferienlohnanteil im Arbeitsvertrag und in jeder Lohnabrechnung klar ausgeschieden⁴⁷ und der Höhe nach bestimmt ist.⁴⁸ Falls es sich um einen mündlichen Arbeitsvertrag handelt, reicht es hingegen aus, den Ferienlohnanteil in den Lohnabrechnungen auszuweisen. Die einfache Formulierung „Ferien inbegriffen“ genügt nicht.⁴⁹ Gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss ferner eine unregelmässige Tätigkeit des Arbeitnehmers vorliegen.⁵⁰ Was das allerdings bedeutet ist wenig klar.

Nachdem einem Fahrer einer privaten Müllabfuhrfirma im Kanton Freiburg fristlos gekündigt worden war, klagte dieser ausstehenden Ferienlohn ein, weil dieser gemäss schriftlichem Vertrag in seinem Stundenlohn inbegriffen war. Eine erste Gutheissung seiner Klage durch das Kantonsgericht, mit dem Argument es habe sich um eine Vollzeitanstellung gehandelt, hob das Bundesgericht mit dem Argument auf, auch bei einer solchen, sei eine unregelmässige Beschäftigung möglich, und wies die Sache zu weiterer Abklärung an die Vorinstanz zurück. Das Kantonsgericht wies dann die Klage mit dem kreativen Argument ab, die Abgeltung mit dem laufenden Lohn sei zwar unzulässig gewesen, aber der Anspruch sei nunmehr mit dem bereits mit dem laufenden

⁴⁵ Art. 329d Abs. 2 OR.

⁴⁶ Bei 4 Wochen Ferien pro Jahr mindestens 8.33% des Bruttolohns; Rehbinders, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002, Rz. 247; Vischer/Müller, Der Arbeitsvertrag, Basel 2014, 229, Fn. 50.

⁴⁷ Z.B. BGE 116 II 515.

⁴⁸ Nach BGE 118 II 136 (JAR 1993, 172) ist nicht grundsätzlich davon auszugehen, dass ein überdurchschnittlicher Lohn den Ferienlohn bereits enthält.

⁴⁹ Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag (Art. 319–362 OR), Streiff Ullin, von Kaenel Adrian, Rudolph, Roger, 7. A., Art. 329d OR, Rn. 9; Rehbinders Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002, Rz. 247.

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_561/2017 vom 19. März 2018; Geiser Thomas, Müller Thomas, Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019, Rz. 508.

Lohn erhaltenen Fergiengeld zu verrechnen, so dass per Saldo keine Forderung mehr bleibe. Das Bundesgericht prüfte diese Frage auf Grund prozessualer Überlegungen nicht.⁵¹ Es bestätigte aber dennoch den angefochtenen Entscheid. Mangels Entscheids über die Regelmässigkeit der Tätigkeit griff das Bundesgericht auf die Feststellungen im erstinstanzlichen Entscheid zurück, welche eine unregelmässige Beschäftigung feststellten. Es verglich den Lohn jedes Monats mit dem Vormonat und zählte, wie oft die Differenz 10 Prozent und mehr betrug, was in 35 von 56 Monaten zutraf. Die Voraussetzung einer unregelmässigen Beschäftigung war nach Ansicht des Bundesgerichts folglich gegeben.⁵² Der Entscheid überzeugt nicht. Die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn rechtfertigt sich nur dann, wenn die Berechnung des Lohnes im Zeitpunkt des tatsächlichen Bezugs mit Schwierigkeiten verbunden ist. Dies kann bei unregelmässiger Beschäftigung der Fall sein, braucht es aber nicht. Von daher sollte nicht bloss auf die Unregelmässigkeit der Arbeitsleistung abgestellt werden, sondern auf die Frage, ob Berechnungsschwierigkeiten bestanden haben. Das ist aber vorliegend in keiner Weise ersichtlich. Zudem ergeben schon die kalendarischen Unterschiede der einzelnen Monate monatlich andere Arbeitsstunden. Nicht geklärt ist auch nach wie vor die Frage, ob das Abgeltungsverbot nur für die zwingenden vier Wochen Ferien gilt, oder ob sich dieses auch auf einen möglichen weiteren vertraglichen Ferienanspruch bezieht, was zumindest zweifelhaft ist.

Zu Unsicherheiten Anlass bietet auch immer wieder die Frage, wie weit Zulagen für Nacht- oder Sonntagsarbeit sowie zusätzliche Leistungen, wie Prämien für Krankentaggeldversicherungen und Ähnliches auf den Mindestlohn angerechnet werden dürfen. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden: Zum einen fragt sich, was zum Mindestlohn hinzuzurechnen und insofern auch obligatorisch ist. Das hängt von den konkreten Rechtsgrundlagen ab. Was zwingend geschuldet ist, kommt in aller Regel zum Mindestlohn hinzu. Zum andern fragt sich aber auch, welche Leistungen die Arbeitgeberin auf den geschuldeten Mindestlohn anrechnen darf. Beides muss geklärt sein, um das Geschuldete mit dem Geleisteten vergleichen zu können. Hinweise dazu finden sich in einer Weisung des SECO zum Entsendegesetz.⁵³ Namentlich fraglich kann sein, ob Beiträge der Arbeitnehmer an eine Kollektivkrankentaggeldversicherung nach Art. 324a Abs. 4 OR, die vom ausgerichteten Lohn abgezogen werden, beim geschuldeten Mindestlohn zu berücksichtigen sind

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2021 vom 30. März 2022 E. 3.1.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 4A_31/2021 vom 30. März 2022 E. 3.3.2.

⁵³ SECO Weisung, „vorgehen zum internationalen Lohnvergleich“ vom 23. März 2020; vgl. auch Stämpfli Handkommentar zum Entsendegesetz, Pärli Kurt, Bern 2022, Art. 2 EntsG Rz.. 54 ff.

oder nicht. M.E. können sie nicht Teil des anzurechnenden Lohnes darstellen. Die Gleichwertigkeit der Versicherungslösung mit der gesetzlichen Leistungspflicht nach Art. 324a OR muss sich bereits auf Grund der Beiträge der Arbeitgeberin ergeben. Mit den Prämien des Arbeitnehmers muss folglich eine weitere Versicherungsleistung finanziert werden. Diese ist in aller Regel sozialpolitisch sinnvoll. Der Arbeitnehmer hat zweifellos ein Interesse an einer entsprechenden Absicherung. Diese steht jedoch sehr wohl auch im Interesse der Arbeitgeberin. Die vertragliche Verpflichtung mit dem Lohn eine bestimmte Ausgabe zu tätigen widerspricht aber Art. 323b Abs. 3 OR (Truck-Verbot) und ist von daher sogar nichtig. Soweit für Krankentaggeldversicherungen Beiträge vom Lohn abgezogen werden, kann es sich folglich nicht um eigentlichen Lohn handeln.

3. Arbeitsbedingungen

a) *Transparentere und verlässlichere Arbeitsbedingungen*

Soweit es um die Transparenz der Arbeitsbedingungen geht, entspricht das schweizerische Recht weitgehend der vorn erwähnten Richtlinie (EU) 2019/1152. Arbeitgeberinnen haben den Arbeitnehmern schriftlich die das Arbeitsverhältnis betreffenden Informationen zu liefern.⁵⁴ Zudem sind die Arbeitnehmer möglichst frühzeitig, in der Regel mindestens zwei Wochen im Voraus, über die massgeblichen konkreten Arbeitseinsätze zu informieren.⁵⁵ Allerdings kennt das Gesetz keine Sanktionen bei der Verletzung dieser Bestimmungen. Zudem enthält die Richtlinie der EU auch Bestimmungen zur Arbeit auf Abruf, denen das schweizerische Recht nicht entspricht.

Was die Lohntransparenz betrifft, sind zurzeit mehrere Vorstösse im Parlament hängig.⁵⁶ Sie verlangen alle im Wesentlichen Lohntransparenz für Stellensuchende im privaten oder öffentlichen Sektor und haben eine Verminderung der Lohndiskriminierung der Frauen zum Zweck.

⁵⁴ Art. 330b OR.

⁵⁵ Art. 69 Abs. 1, der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, (ArGV 1, SR 822.111).

⁵⁶ Postulat Marti „Wissenschaftlicher Pilotversuch für Lohntransparenz in Stelleninseraten“ (Curia Vista 22.4444); Motion Marti „Lohntransparenz bei Stelleninseraten: Vorbildfunktion bei Bund und öffentlichen Betrieben“ (Curia Vista 22.4443); Parlamentarische Initiative Imboden „Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit. Lohntransparenz fördern, Verhandlungsposition stärken“ (Curia Vista 22.493); Postulat Imboden „Wie können Regulierungsunterschiede zwischen der Schweiz und der EU im Bereich der sozialen Sicherheit abgebaut und die Situation der Arbeitnehmenden verbessert werden?“ (Curia Vista 22.3521).

b) Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben

Bezüglich der Vereinbarung von Beruf und Privatleben kann auf die letztjährigen Ausführungen hingewiesen werden. Ob die verschiedenen neu eingeführten Urlaube für Väter, zur Betreuung kranker Kinder und Angehöriger usw. tatsächlich Wirkung zeitigen werden, lässt sich noch nicht beurteilen. Wichtiger als solche gesetzlichen Massnahmen wäre wohl das Bereitstellen von ausreichenden Betreuungseinrichtungen für Kinder zu erschwinglichen Preisen sowie familiengerechte Arbeitszeiten. Die Flexibilisierung der Arbeitszeiten hat allerdings während der Corona-Pandemie erhebliche Fortschritte gemacht. Es ist kaum anzunehmen, dass diese Entwicklung rückgängig gemacht wird.

4. Diskriminierung

a) Diskriminierung wegen einer Behinderung

Wohl hat die Schweiz die UN-Behindertenrechtskonvention⁵⁷ ratifiziert. Diese gewährt in Art. 27 das Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung in Zusammenhang mit Beschäftigung, einschliesslich der Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen sowie hinsichtlich der Arbeitsbedingungen.⁵⁸ Unmittelbar anwendbar ist diese Bestimmung aber nicht. Eine eigentliche Umsetzung ins nationale Recht hat bis jetzt im Bereich des privaten Arbeitsrechts nicht stattgefunden. Der Anwendungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes⁵⁹ beschränkt sich auf Arbeitsverhältnisse nach dem Bundespersonalgesetz.⁶⁰ In der Rechtsanwendung muss die BRK jedoch zur Auslegung von Bestimmungen wie z.B. Art. 328 OR herangezogen werden.⁶¹ Bezüglich der Abschlussfreiheit gilt allerdings Vertragsfreiheit. Die Arbeitgeberin ist nicht verpflichtet, bei der Wahl des Vertragspartners auf sachliche Kriterien abzustellen.

⁵⁷ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK, SR 0.109).

⁵⁸ Art. 27 Abs. 1 Bst. a BRK.

⁵⁹ Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002 [SR 151.3].

⁶⁰ Art. 3 Bst. g BehiG.

⁶¹ Pärli Kurt, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeits-verhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009, Rz. 717.

b) *Diskriminierung wegen des Geschlechts*

Diskriminierungsfragen können sich auch im Zusammenhang mit einer Kündigung stellen. Auch wenn es keiner besonderen Gründe für eine ordentliche Kündigung bedarf, ist diese dennoch zu begründen. Arbeitgeberinnen sind gut beraten, wenn sie darauf eine gewisse Sorgfalt verwenden. Heikel wird es, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass der angeführte Grund nicht der tatsächliche Grund für die Kündigung war. Nach der Rückkehr aus dem Mutterschaftsurlaub wurde einer Arbeitnehmerin mit der Begründung gekündigt, dass sie für die Stelle als Kommunikationschefin nicht über „genügend breite Schultern“ verfüge. Wenige Tage danach wurde ihr ein sehr gutes Zeugnis ausgestellt, in dem ausgeführt wurde, dass sie zur vollen Zufriedenheit als Kommunikationschefin gearbeitet habe. Die Arbeitnehmerin erhob Einsprache wegen Missbräuchlichkeit gegen die Kündigung. Die Arbeitgeberin begründete die Kündigung nun mit einer internen Umstrukturierung und führte im Prozess sodann aus, dass sie die Stelle professionalisieren wolle, und die Arbeitnehmerin dafür nicht die notwendigen Kompetenzen besessen habe. Für das Bundesgericht war diese Argumentation nicht überzeugend. Die Arbeitnehmerin war vor der Mutterschaft trotz fehlender Kenntnisse im Kommunikationsbereich befördert worden und es habe kein Pflichtenheft für diesen Posten bestanden. Schliesslich sei auch die Absicht einer Umstrukturierung nicht belegt. Das Bundesgericht kam zum Schluss, die Kündigung sei wegen der Mutterschaft und damit geschlechterdiskriminierend erfolgt und sprach der Arbeitnehmerin eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zu.⁶² Allerdings genügt es für die Missbräuchlichkeit nicht, dass sich die aufgeführten Gründe als nicht stichhaltig erweisen. Vielmehr müssen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der wahre Grund ein nicht zulässiger ist.⁶³

c) *Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit*

Eine private Organisation, die im Asylbereich für den Bund und den Kanton Tessin Dienstleistungen erbrachte, hatte eine italienische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Lugano angestellt. Nach einiger Zeit verlegte die Arbeitnehmerin ihren Wohnsitz nach Italien und teilte dies auch ihrer Arbeitgeberin mit. Sie lieferte dieser auch die notwendigen Formulare, um eine Grenzgängerbewilligung „G“ zu beantragen. Die Arbeitgeberin reichte diese indessen nicht

⁶² Urteil des Bundesgerichts 4A_59/2019 vom 12. Mai 2020.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts 8C_462/2019 vom 21. Januar 2020; Auszug aus E. 7.2.1: „...le congé ne peut pas être considéré comme abusif sur la seule base du caractère non avéré des griefs invoqués à l'appui de la résiliation (Aret 4A_346/2009 du 20 octobre 2009 consid. 3.2 et les références).“; Urteil des Bundesgerichts 4A_207/2020, E. 5.

der zuständigen Behörde ein, sondern kündigte der Arbeitnehmerin fristlos. Sie begründete die Kündigung damit, dass das Arbeiten ohne Arbeitsbewilligung einer Ausländerin verboten und die Fortsetzung der Arbeit für Aufträge der öffentlichen Hand aus dem Ausland mit einer blossen Grenzgängerbewilligung „particolamente problematica“ sei. Eine solche Arbeit lasse eine Beschäftigung von Personen, die nicht in der Schweiz wohnen, als besonders heikel erscheinen.⁶⁴ Das Tribunale d'appello del Cantone Ticino hiess die Klage der Arbeitnehmerin gut und sprach ihr neben dem Lohn für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist auch eine Entschädigung von anderthalb Monatslöhnen wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung zu. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid. Gemäss fester Rechtsprechung ist ein Arbeitsverhältnis auch gültig, wenn keine ausländerrechtliche Arbeitsbewilligung vorliegt.⁶⁵ Das Fehlen einer solchen Bewilligung kann allerdings sehr wohl einen Grund für eine fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR darstellen. Da aber der Grund nicht in einer Vertragsverletzung des Entlassenen besteht, hat das Gericht die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen festzulegen.⁶⁶ Das Bundesgericht hält dann weiter fest, dass es zu den Aufgaben der Arbeitgeberin gehört, die notwendige Arbeitsbewilligung einzuholen. Unterlässt sie dies und kann deshalb die Arbeit nicht verrichtet werden, handelt es sich um einen Annahmeverzug der Arbeitgeberin im Sinne von Art. 324 OR.⁶⁷ Auch im Umstand, dass die Arbeitnehmerin ihren Wohnsitz ins Ausland verlegte, konnte keine Vertragsverletzung erblickt werden. Entsprechend war die fristlose Entlassung auf eine Vertragsverletzung der Arbeitgeberin zurückzuführen, nämlich dass sie die Grenzgängerbewilligung nicht einholte. Demgemäss hatte sie die wirtschaftlichen Folgen zu tragen und eine Entschädigung auszurichten.⁶⁸

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts A4_447/2021 vom 8. Februar 2021.

⁶⁵ BGE 122 III 116, E. 4e; BGE 114 II 279, E. 2d; 4C61/2006 vom 24. Mai 2006, E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.27/2004 vom 24. März 2004, E. 3.2.1.

⁶⁶ Art. 337b Abs. 3 OR; Urteil des Bundesgerichts A4_447/2021 vom 8. Februar 2021, E. 4.1.1; BGE 114 II 284, E. 2d/cc.

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts A4_447/2021 vom 8. Februar 2021, E. 4.1.2; BGE 114 II 283, E. 2d/bb; Urteil des Bundesgerichts 4C.235/1966 vom 23. September 196, E. 2c; Wyler Rémy, Heinzer Boris, Droit du travail, Bern 2019, 266; Praxiskommentar Arbeitsvertrag-Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 Rz. 3.

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts A4_447/2021 vom 8. Februar 2021.

Eine ordentliche Kündigung, welche bloss deshalb erfolgt, weil ein Arbeitnehmer seinen Wohnsitz ins Europäische Ausland verlegt, muss wohl in aller Regel als eine nach Art. 2 FZA verbotene Diskriminierung angesehen werden. Wer in der Schweiz arbeitet, hält sich hier auf, auch wenn er im Ausland wohnt. Das musste das Bundesgericht im besprochenen Fall allerdings nicht entscheiden.

5. Mutterschaftsurlaub

Erwerbstätige Mütter haben während 14 Wochen (98 Tagen) seit dem ersten Tag nach der Niederkunft Anspruch auf eine Mutterschaftsentschädigung.⁶⁹ Sie ist als Taggeld⁷⁰ ausgestaltet und entspricht 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches vor Beginn des Entschädigungsanspruchs erzielt wurde, höchstens aber CHF 172.– pro Tag.⁷¹ Der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung endet vorzeitig, wenn die Mutter eine Erwerbstätigkeit wiederaufnimmt oder stirbt.⁷² Das Ende des Anspruchs ist unabhängig vom Beschäftigungsgrad auf den Tag der Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit festgesetzt.⁷³

Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung erlischt, wenn eine Parlamentarierin am parlamentarischen Betrieb teilnimmt. Es stellte fest, dass es sich dabei grundsätzlich um eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 16d Abs. 3 EOG handle und das Entgelt nicht eine blossе Entschädigung darstelle.⁷⁴ Es entschied sodann, dass der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung nicht auflebe, wenn die Mutter ihre Erwerbstätigkeit wieder einstelle. Dass demgegenüber der Vaterschaftsurlaub tageweise Bezogen werden könne und somit durch eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit nur unterbrochen, nicht aber endgültig beendet werde, sei kein Argument, dies auch beim Mutterschaftsurlaub zuzulassen.⁷⁵ Das entspricht wohl dem geltenden Recht, lässt sich aber materiell nur schwer rechtfertigen. Die Folge ist wohl, dass der ohne hin schon sehr kurze Vaterschaftsurlaub seinen Zweck, auch die Väter zur Kinderbetreuung und die Mütter zur Fortsetzung ihrer Erwerbstätigkeit zu bewegen, kaum erreicht werden kann.

⁶⁹ Art. 16c f. EOG.

⁷⁰ Das Taggeld wird monatlich nachschüssig ausgerichtet (Art. 35 Abs. 2 Satz 1 EOV).

⁷¹ Art. 16f EOG.

⁷² Art. 16d Abs. 3 EOG.

⁷³ Art. 25 EOV.

⁷⁴ BGE 148 V 255 ff. E. 5.

⁷⁵ BGE 148 V 260 ff. E. 6.

Öffentliches Auftragswesen

Peter Rechsteiner

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (PETER RECHSTEINER)	129
1.	Rechtsetzung	129
2.	Rechtsprechung des EuGH	130
a)	EuGH: Übernahme der Rechte und Pflichten aus einer Rahmenvereinbarung durch einen neuen Auftragnehmer nach der Einleitung eines Konkursverfahrens gegen den ursprünglichen Auftragnehmer zulässig?	130
b)	EuGH: Darf ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens höhere Anforderungen stellen, als dies die staatlichen Mindestanforderungen vorsehen?	132
c)	EuGH: Anbietergruppe, quantitative Anforderung an Leistungsumfang des bevollmächtigten Mitglieds nicht zulässig	133
d)	EuGH: Wie ein ursprünglicher Inhouse-Vertrag zu einem normalen, ausschreibepflichtigen Vertrag werden kann	134
e)	EuGH: Einziges Angebot mit doppelt so hoher Preisofferte als der Schätzungswert der Vergabestelle – Abbruch des Vergabeverfahrens; anschliessendes Verhandlungsverfahren – Kreis der einzuladenden Anbieter	135
f)	EuGH: Ausschüttung von Rückvergütungen als Ausschlusskriterium bei Aufträgen für Notfallkrankentransporte zulässig?	136
g)	EuGH: Auftrag für personenbezogene soziale Unterstützungsleistungen, Ausschluss von Anbietern die einen Erwerbszweck verfolgen, Ort der Ansässigkeit der Anbietenden als Auswahlkriterium	137
h)	EuGH: Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und Vergabe einer Dienstleistungskonzession an diese Gesellschaft; Auswahl des Anbieters	137
i)	EuGH: Miteinander verbundene Anbieter – Voraussetzungen für deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren	139
j)	EuGH: Vorgehen zur Prüfung eines allenfalls ungewöhnlich niedrigen Angebots	140
k)	EuGH: Erfahrung als Eignungskriterium – Nachweis bei einer arbeitsteiligen Kollektivgesellschaft nur gegeben, wenn die Leistungen durch den Gesellschafter erbracht werden, welcher über die Erfahrung verfügt	141
l)	EuGH: Ausschreibung betreffend Ersatzteile – Anforderungen an den Nachweis der Gleichwertigkeit mit Originalersatzteilen	141

m)	<u>EuGH: Carsharing – Dienstleistungskonzession – Berechnung des Auftragswerts</u>	142
n)	<u>EuGH: Eignungsnachweis bei einer „Gruppe von Unternehmen“</u>	144
o)	<u>EuGH: Qualitätsbezogene Zuschlagskriterien – Konkretisierung – Akteneinsicht für unterlegene Anbieter – verfahrensrechtliche Aspekte bei zu Unrecht vorenthaltenen Informationen</u>	145
p)	<u>EuGH: Rücktritt von der Offerte. Verfahrensabbruch zulässig, wenn es sich beim zweitplatzierten Anbieter um „denselben Wirtschaftsteilnehmer“ handelt?</u>	147
q)	<u>EuGH: Anforderungen an ein vergaberechtsfreies Zusammenwirken öffentlicher Auftraggeber</u>	148
II.	<u>Bedeutung für die Schweiz (PETER RECHSTEINER)</u>	150

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

1. Rechtsetzung

Für das Jahr 2022 ist bezüglich der eigentlichen Regeln des öffentlichen Auftragswesens keine legislative Tätigkeit zu verzeichnen. Hinzuweisen ist lediglich auf die Verordnung des Rates vom 8. April 2022¹, die am 9. April 2022 in Kraft getreten ist und in den Mitgliedstaaten seither unmittelbar gilt. Gemäss deren Art. 5k ist es insbesondere verboten, öffentliche Aufträge oder Konzessionen an russische Staatsangehörige oder in Russland niedergelassene natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen zu vergeben. Erfasst werden auch Aufträge oder Konzessionen mit in der Verordnung näher bestimmter russischer Beteiligung. Verboten wurde zudem die weitere Erfüllung bestehender Verträge mit russischer Beteiligung. Eine weitere Verordnung vom 23. Juli 2022² befasst sich mit dem Umgang mit Drittländern, die im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens zum Nachteil der EU-Unternehmen restriktive Regeln anwenden. Die EU-Kommission soll diesbezüglich Untersuchungen einleiten, Konsultationen mit den betreffenden Ländern aufnehmen und den Zugang der Unternehmen dieser Drittstaaten zu öffentlichen Aufträgen in der EU einschränken können, wenn diese Drittstaaten ihre restriktiven Regeln nicht ändern. Die Verordnung findet keine Anwendung auf Staaten, die dem Government Procurement Agreement GPA beigetreten sind oder mit der EU bilaterale oder multilaterale Handelsabkommen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens abgeschlossen haben.

¹ Verordnung (EU) 2022/576 des Rates vom 8. April 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 über restriktive Massnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, Abl. L 111 vom 8. April 2022, 1 ff.

² Verordnung (EU) 2022/1031 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juni 2022 über den Zugang von Wirtschaftsteilnehmern, Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum Unionsmarkt für öffentliche Aufträge und Konzessionen und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Wirtschaftsteilnehmern, Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den Märkten für öffentliche Aufträge und Konzessionen von Drittländern (Instrument betreffend das internationale Beschaffungswesen – IPI) (Text von Bedeutung für den EWR), Abl. L 173 vom 30. Juni 2022, 1 ff.

2. Rechtsprechung des EuGH

- a) *EuGH: Übernahme der Rechte und Pflichten aus einer Rahmenvereinbarung durch einen neuen Auftragnehmer nach der Einleitung eines Konkursverfahrens gegen den ursprünglichen Auftragnehmer zulässig?*

Aus dem Urteil des EuGH³ ergibt sich zum Sachverhalt kurz gefasst Folgendes:

Das schwedische Zentralamt für Rechts-, Vermögens- und Verwaltungsangelegenheiten (Zentralamt) vergab vier Rahmenverträge für den Erwerb von Hardware. 17 Anbieter, darunter Advania, Dustin und die Misco AB erfüllten die Eignungskriterien. Advania wurde jedoch nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Das Zentralamt schloss mit Misco Rahmenvereinbarungen für alle vier und mit Dustin Rahmenvereinbarungen in zwei fraglichen Bereichen.

Am 4. Dezember 2017 beantragte Misco beim Zentralamt die Übertragung ihrer vier Rahmenvereinbarungen auf Advania. Am 12. Dezember 2017 wurde Misco für insolvent erklärt. Am 18. Dezember 2018 schloss der Konkursverwalter mit Advania eine Vereinbarung betreffend die Übertragung der vier Rahmenvereinbarungen. Das Zentralamt genehmigte diese Übertragung.

Dustin erhob gegen diese Übertragung ein Rechtsmittel und beantragte, die Rahmenvereinbarungen zwischen Advania und dem Zentralamt für ungültig zu erklären.

Der EuGH hielt zunächst fest, dass die Ersetzung eines Auftragnehmers durch einen neuen Auftragnehmer im Allgemeinen eine wesentliche Änderung des mit dem ursprünglichen Auftragnehmer abgeschlossenen Vertrages bedeute und deshalb ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden müsse.

³ EuGH, Urteil vom 3. Februar 2022 in der Rechtssache C-461/20, ECLI:EU:C:2022:72 – Advania Sverige und Kammarkollegiet.

Vor dem Hintergrund der Richtlinie 2014/24⁴, insbesondere von Art. 72 Abs. 1 Buchstabe d) Ziff. ii⁵ hielt der EuGH fest, diese Bestimmung lasse es zu, dass aus dem Vermögen des ursprünglichen Auftragnehmers auch nur ein öffentlicher Auftrag oder eine Rahmenvereinbarung übertragen werde und es sei davon auszugehen, dass der neue Auftragnehmer „im Sinne dieser Bestimmung im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung teilweise an die Stelle des genannten ursprünglichen Auftragnehmers getreten ist.“ Dieser Formulierung des EuGH ist nicht ausdrücklich zu entnehmen, dass er in seinen Erwägungen das von Dustin und der Europäischen Kommission vorgebrachte Argument, ein „an die Stelle treten“ setze voraus, dass die Folgeunternehmung mindestens auch einen Teilbereich der Geschäftstätigkeit des ursprünglichen Auftragnehmers übernehmen müsse, abgelehnt hatte. Es kann vor dem Hintergrund der Erwägungen kein Zweifel bestehen, dass er die reine Übertragung eines (im Übrigen aber im Wesentlichen unveränderten Auftrags bzw. einer Rahmenvereinbarung) als mit der vorgenannten Richtlinien-Bestimmung kompatibel erachtet(e). Anzufügen bleibt der Hinweis darauf, dass die Folgeunternehmung selbstverständlich die ursprünglich ausgeschriebenen Eignungskriterien erfüllen muss, was bei Advania (siehe die vorstehenden, anfänglichen Erläuterungen) eben der Fall war und was wohl dazu führte, dass der EuGH diesem Aspekt keine weitere Beachtung schenkte.

⁴ Richtlinie (EU) 2014/24 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Text von Bedeutung für den EWR.), Abl. L 94 vom 28. März 2014, 65 ff.

⁵ Artikel 72 der vorgenannten Richtlinie trägt die Überschrift „Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“. Er lautet wie folgt:

„(1) Aufträge und Rahmenvereinbarungen können in den folgenden Fällen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens im Einklang mit dieser Richtlinie geändert werden:

- a) (...)
- b) (...)
- c) (...)
- d) wenn ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer ersetzt, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hatte, aufgrund entweder
 - i) (...)
 - ii) der Tatsache, dass ein anderer Wirtschaftsteilnehmer, der die ursprünglich festgelegten qualitativen Eignungskriterien erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschliesslich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen des Auftrags zur Folge hat und nicht dazu dient, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen,“ (...).

- b) *EuGH: Darf ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens höhere Anforderungen stellen, als dies die staatlichen Mindestanforderungen vorsehen?*

Dieser Angelegenheit lag gemäss Urteil des EuGH⁶ folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit Beschluss vom 5. April 2018 leitete LB als Bürgermeister der bulgarischen Stadt Lukovit ein Vergabeverfahren zur Stabilisierung eines Erdrutsches an der zu einer regionalen Deponie auf dem Gemeindegebiet führenden Strasse ein. Die Teilnahmebedingungen forderten bezüglich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit u.a., die Bewerber müssten „das Vorhandensein eines technischen Leiters des Bauwerks mit der beruflichen Qualifikation ‚Konstrukteur‘ oder ‚Bauingenieur‘ oder – soweit die Qualifikation in einem andern Mitgliedstaat erworben wurde, in dem es keine entsprechende Qualifizierung gebe – einer entsprechenden Qualifikation.“ nachweisen. Eine bulgarische Aufsichtsbehörde warf dem Bürgermeister LB verschiedene Verfahrensverstöße vor, u.a. dass er im Vergabeverfahren höhere Anforderungen an Qualifikationen eingefordert hatte, als das bulgarische Recht im Sinne von Mindestanforderungen (sic!) definiere. Der Bürgermeister wurde dafür mit einer Geldbusse von etwa 5'100 Euro bestraft. Der Bürgermeister LB focht diese Busse an. Das zuständige Gericht gelangte an den EuGH, u.a. mit der Frage, ob Art. 58 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 dem öffentlichen Auftraggeber verwehre, „eine Qualifikationsanforderung festzusetzen, die strenger als die in Art. 163a des Gesetzes über die Raumplanung genannte ist, oder ob der öffentliche Auftraggeber im Gegenteil – da sich diese Bestimmung darauf beschränke, zulässige Mindestanforderungen für alle Kategorien von Bauwerken aufzustellen – von Rechts wegen unter Berücksichtigung des Umstands, dass Arbeiten zur Stabilisierung eines Geländes zu denjenigen Bautätigkeiten gehören, das höchste Schwierigkeitsniveau aufweisen, die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Qualifikationsanforderung festsetzen durfte.“

Der EuGH hielt dafür, Art. 58 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 2014/24 lasse es zu, dass ein öffentlicher Auftraggeber höhere Anforderungen an die Eignung stelle, als in nationalen Mindestvorschriften vorgesehen, wenn diese Anforderungen sicherstellten, dass ein Bieter bzw. Bewerber über die für die Ausführung des Auftrags erforderliche technische und berufliche Eignung verfüge, und die Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stünden.

⁶ EuGH, Urteil vom 31. März 2022 in der Rechtssache C-195/21, ECLI:EU:C:2022:239 – Smetna palata na Republika Bulgaria.

c) *EuGH: Anbietergruppe, quantitative Anforderung an Leistungsumfang des bevollmächtigten Mitglieds nicht zulässig*

Die Ausgangslage für diesen Entscheid des EuGH⁷ stellte sich wie folgt dar: Eine italienische öffentliche Auftraggeberin (S.R.R. Messina Provincia SCpA, SRR) vergab einen Auftrag an ATI Pippo Pizzo, eine Gruppe von Unternehmungen. Die Vergabe wurde von der zweitplatzierten Unternehmensgruppe, ATI Caruter, angefochten, worauf ATI Pippo Pizzo eine „Anschlussklage“ gegen die Zulassung der ATI Caruter zum Vergabeverfahren einreichte. Das erstinstanzliche Gericht erklärte die Zulassung beider Unternehmensgruppen für nichtig, worauf beide Unternehmensgruppen an die nächsthöhere Instanz gelangten. Die Zulassung der ATI Pippo Pizzo hatte das erstinstanzliche Gericht als nichtig erklärt, weil es – gemäss Darlegung des EuGH – der Ansicht war, „dass nach Art. 83 Abs. 8 in Verbindung mit Art. 89 des [italienischen] Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge ein bevollmächtigtes Unternehmen stets die Kapazitäten der anderen Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nehmen könne, die der Gruppe angehörten, jedoch unter der Voraussetzung, dass es selbst mehrheitlich die Zulassungsvoraussetzungen erfülle und die Leistungen im Verhältnis zu den anderen Wirtschaftsteilnehmern mehrheitlich erbringe.“ Das erstinstanzliche Gericht hatte festgestellt, dass die Ditta individuelle Pippo Pizzo (als Mitglied der ATI Pippo Pizzo) alleine nicht die Voraussetzungen der Ausschreibungsbedingungen erfüllt habe und sie sich nicht auf die Kapazitäten der anderen Unternehmungen der Gruppe, deren Bevollmächtigte sie war, berufen könne.

Der EuGH stellte fest, Art. 83 Abs. 8 des italienischen Gesetzes stelle strengere Anforderungen als die Richtlinie 2014/24, insbesondere weil dieser Artikel verlange, dass die Ausführung des Auftrags mehrheitlich von der bevollmächtigten Unternehmung ausgeführt werden müsse, was dem Ziel, das öffentliche Auftragswesen einem möglichst umfassenden Wettbewerb zu öffnen und kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zu erleichtern, zuwiderlaufe.

Nach Art. 63 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 könnten die öffentlichen Auftraggeber zwar vorschreiben, dass „bestimmte kritische Aufgaben“ von einem Teilnehmer einer Unternehmensgruppe auszuführen seien. Daraus ergebe sich, dass eine Anforderung qualitativ und nicht quantitativ (wie im italienischen Gesetz vorgesehen) formuliert sein müsse. Der EuGH entschied deshalb, Art. 63 der Richtlinie 2014/24 stehe der vorgenannten italienischen Bestimmung entgegen.

⁷ EuGH, Urteil vom 28. April 2022 in der Rechtssache C-642/20, ECLI:EU:C:2022:308 – Caruter.

- d) *EuGH: Wie ein ursprünglicher Inhouse-Vertrag zu einem normalen, ausschreibepflichtigen Vertrag werden kann*

Diese Angelegenheit⁸ entschied der EuGH aufgrund folgender Ausgangslage: Die italienische Gemeinde Lerici übertrug am 15. Juni 2002 die kommunale Abfallbewirtschaftung bis zum 31. Dezember 2028 mit einem ausdrücklich als „Inhouse-Vergabe“ bezeichneten Zuschlag an ACAM, eine Aktiengesellschaft im Eigentum mehrerer Gemeinden, darunter auch der Gemeinde Lerici. Mit der Ausführung des Auftrags wurde die ACAM Ambiente, eine Tochtergesellschaft der ACAM betraut. In der Folge war ACAM gezwungen, mit ihren Gläubigern eine Vereinbarung über eine Umstrukturierung zu schließen. Nach Abschluss einer zu diesem Zweck erfolgten öffentlichen Ausschreibung entschied sich ACAM für die Vornahme einer Umstrukturierung mit der IREN SpA, einer in ganz Italien tätigen börsenkotierten Gesellschaft unter staatlicher Kontrolle. Die an ACAM beteiligten Gemeinden übertrugen in der Folge die von ihnen gehaltenen ACAM-Anteile auf IREN und erwarben durch Zeichnung einer ihnen vorbehaltenen Kapitalerhöhung IREN-Anteile in entsprechender Höhe. Über die Tochtergesellschaften von ACAM, die zu ihren eigenen Tochtergesellschaften geworden waren, setzte IREN die Erbringung der ursprünglich diesen Tochtergesellschaften übertragenen Dienstleistungen fort. Nachdem die Gemeinde Lerici am 21. Februar 2017 erklärt hatte, sie wolle die zwischen ACAM und IREN vereinbarte Umstrukturierung nicht genehmigen, beschloss sie am 19. Januar 2018, die Investitionsvereinbarung nur in Bezug auf die Übertragung ihrer eigenen Anteile an ACAM auf IREN anzunehmen, und übertrug diese Anteile am 11. April 2018 tatsächlich auf IREN. Mit Entscheidung vom 6. August 2018 genehmigte die neu für die integrierte Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle durch die in ihrem Gebiet gelegenen Kommunen zuständige Provinz La Spezia, in der die Gemeinde Lerici liegt, die Aktualisierung des Plans zur Einteilung der Gebiete für die integrierte Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle in der Provinz und bestellte durch Inhouse-Vergabe ACAM Ambiente als Betreiberin der für die Gemeinde Lerici zu erbringenden Dienstleistungen bis zum 31. Dezember 2028. Die Gemeinde erhob gegen diese Entscheidung Klage, weil nach ihrer Auffassung die Bedingungen für die Inhouse-Ausnahme nicht mehr erfüllt waren.

Der EuGH schloss sich dieser Auffassung an. Er hielt u.a. fest, dass der ursprüngliche Vertragspartner der Gemeinde Lerici gewechselt habe, was grundsätzlich eine Ausschreibung des relevanten Auftrags nötig mache. Da weder die Gemeinde Lerici noch die Provinz La Spezia über Anteile an IREN

⁸ EuGH, Urteil vom 12. Mai 2022 in der Rechtssache C-719//20, ECLI:EU:C:2022:372 – Comune di Lerici.

verfügten und damit eine Inhouse-Situation nicht (mehr) vorlag, versties nach Auffassung des EuGH die Weiterführung des ursprünglichen Inhouse-Vertrages zwischen der Gemeinde Lerici und der ACA durch die IREN und ihre Tochtergesellschaft im Auftrag der Provinz La Spezia gegen die Richtlinie 2014/24.

- e) *EuGH: Einziges Angebot mit doppelt so hoher Preisofferte als der Schätzungswert der Vergabestelle – Abbruch des Vergabeverfahrens; anschliessendes Verhandlungsverfahren – Kreis der einzuladenden Anbieter*

Die bulgarische Gemeinde Razlog führte ein Ausschreibungsverfahren mit vier Losen durch. Es ging lediglich ein einziges Angebot, und zwar für das Los 2, ein, das allerdings auf einen doppelt so hohen Betrag lautete, wie der geschätzte Auftragswert. Die Gemeinde erklärte das Verfahren für erfolglos und stellte es mit Entscheid vom 1. November 2017 ein. In der Folge vergab die Gemeinde Razlog den Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Ausschreibung direkt an die Dikar Konsult OOD. Dagegen wurde Beschwerde erhoben. Der als Beschwerdeinstanz zuständige Minister sanktionierte die Gemeinde Razlog und begründete dies damit, dass gemäss bulgarischem Recht mehrere Personen zu den Verhandlungen einzuladen gewesen wären. Die Gemeinde Razlog habe aber nur OOD eingeladen und damit dieser einen ungerechtfertigten Vorteil verschafft sowie „die Teilnahme eines unbestimmten Kreises am Auftrag interessierter Wirtschaftsteilnehmer beschränkt.“

Der schliesslich mit der Angelegenheit befasste EuGH⁹ legte zunächst dar, dass Art. 32 Abs. 2 Buchstabe a Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/24 es erlaube, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Ausschreibung durchzuführen, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt seien: Erstens müsse der öffentliche Auftraggeber dartun, dass er im Rahmen eines vorherigen Vergabeverfahrens kein oder zumindest kein geeignetes Angebot erhalten habe; zweitens dürfe er im Verhandlungsverfahren die Auftragsbedingungen nicht grundlegend ändern und drittens müsse der Auftraggeber in der Lage sein, der Europäischen Kommission auf Anforderung einen Lagebericht vorzulegen. Ein Angebot sei ungeeignet, wenn es „unannehmbar“ sei, was nach Art. 26 Abs. 4 Buchstabe b Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/24 insbesondere dann der Fall sei, wenn die offerierten Preise das vor Einleitung des Vergabeverfahrens festgelegte und schriftlich dokumentierte Budget des Auftraggebers übersteige.

⁹ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2022 in der Rechtssache C-376/21, ECLI:EU:C:2022:472 – Obsthina Razlog.

Das sei vorliegend klar der Fall. Ob im vorliegenden Fall die Auftragsbedingungen unverändert übernommen worden seien, habe das nationale Gericht zu prüfen.

Der EuGH wies weiter darauf hin, dass Anbieter, die sich im ursprünglichen Vergabeverfahren nicht beteiligt hatten, den öffentlichen Auftraggeber im nachfolgenden Verhandlungsverfahren nicht zwingen könnten, mit ihnen zu verhandeln. Hingegen führte der EuGH auch aus, der öffentliche Auftraggeber müsse belegen, dass der Preis, auf den er sich mit dem Anbieter im Verhandlungsverfahren geeinigt habe, dem Marktpreis entspreche und den geschätzten Auftragswert nicht übersteige.

Schliesslich entschied der EuGH, dass Art. 32 Abs. 2 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24 so auszulegen sei, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Ausschreibung an einen einzigen Anbieter wenden dürfe, wenn in einem vorherigen Verfahren keine geeigneten Angebote eingegangen seien. Voraussetzung sei, dass die Auftragsbedingungen aus dem ersten Verfahren ohne grundlegende Änderungen übernommen würden. Die Berücksichtigung eines einzigen Anbieters sei auch dann zulässig, wenn der zu vergebende Auftrag keine Besonderheiten aufweise, die es rechtfertigten würden, die Ausführung des Auftrages nur diesem Bieter anzuvertrauen.

f) EuGH: Ausschüttung von Rückvergütungen als Ausschlusskriterium bei Aufträgen für Notfallkrankentransporte zulässig?

Dieses Urteil des EuGH¹⁰ befasste sich mit der Frage, ob die Richtlinie 2014/24 einer nationalen italienischen Regelung Raum lasse, welche vorsieht, dass Notfallkrankentransporte durch vertragliche Direktvergabe nur an Freiwilligenorganisationen, nicht aber an Sozialgenossenschaften vergeben werden dürfen, die an ihre Mitglieder Rückvergütungen ausschütten können. Der Entscheid ist aufgrund der ausserordentlich detaillierten Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 relativ kompliziert. Er wird hier deshalb nur in aller Kürze wiedergegeben. Auslöser dieser Angelegenheit war ein Verfahren, welches die Italy Emergenza Cooperativa Sociale (Emergenza) ausgelöst hatte, da sie entsprechende Klauseln einer Ausschreibung nicht erfüllte. Grund dafür war Art. 5 der Statuten der Emergenza, welche ein Verbot der Ausschüttung von Dividenden über dem Höchstzinssatz für verzinsliche Schuldverschreibungen der Post um

¹⁰ EuGH, Urteil vom 7. Juli 2022 in den verbundenen Rechtssachen C-213/21 und C-214/21, ECLI:EU:C:2022:532 – Italy Emergenza.

mehr als zweieinhalb Prozente und damit grundsätzlich eine – wenn auch beschränkte – Dividendenausschüttung vorsah. Der EuGH entschied, dass die nationale italienische Regelung mit der Richtlinie 2014/24 vereinbar sei.

- g) *EuGH: Auftrag für personenbezogene soziale Unterstützungsleistungen, Ausschluss von Anbietern die einen Erwerbszweck verfolgen, Ort der Ansässigkeit der Anbietenden als Auswahlkriterium*

Auch dieser Entscheid des EuGH¹¹ ist aufgrund der detaillierten Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 und den entsprechenden Erwägungen des EuGH äusserst schwierig wiederzugeben. Im Kern ging es um die Frage, ob eine nationale spanische Regelung mit der Richtlinie 2014/24 vereinbar sei, welche Einrichtungen mit Erwerbszweck von Aufträgen für bestimmte personenbezogene soziale Unterstützungsleistungen im Rahmen einer konzertierten Aktion ausschliessen. Der EuGH bejahte die Frage.

Darüber hinaus hatte der EuGH auch zu einer nationalen spanischen Gesetzesbestimmung Stellung zu nehmen, welche es ermöglicht, als Auswahlkriterium zu verlangen, dass Anbieter im Zeitpunkt der Offertabgabe am Ort der Erbringung der Dienstleistung ansässig sein müssen. Der EuGH entschied, es könne zwar ein legitimes Ziel sein, Nähe und Zugänglichkeit der sozialen Dienstleistungen anzustreben und allenfalls die Ansässigkeit erst für den Zeitpunkt der Ausführung des betreffenden Auftrags zu verlangen. Jedoch sei ein Kriterium, das die Ansässigkeit vor Ort bereits im Zeitpunkt der Offertstellung verlange, mit der Richtlinie 2014/24 nicht vereinbar.

- h) *EuGH: Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und Vergabe einer Dienstleistungskonzession an diese Gesellschaft: Auswahl des Anbieters*

Die Stadt Rom führte am 4. September 2018 eine Ausschreibung durch, mit der zum einen ein Gesellschafter zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft bestimmt werden und zum andern an diese Gesellschaft die Verwaltung der „gesamten Schulhilfsdienste“ vergeben werden sollte. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen sollte die Stadt Rom zu 51%, der andere – gesuchte – Gesellschafter, der auch das gesamte Risiko des operativen Geschäfts tragen sollte, zu 49% an der Gesellschaft beteiligt sein. Es ging lediglich eine einzige Offerte ein. Anbieterin war ein Konsortium in Gründung, bestehend aus der Roma Multiservizi mit einer vorgesehenen Beteiligung von 90% und Rekeep mit einer vorgesehenen Beteiligung von 10%. An der mit der Stadt Rom zu gründenden Gesellschaft sollten Roma Multiservizi und Rekeep

¹¹ EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 in der Rechtssache C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559 – ASADE.

je im Verhältnis ihrer Beteiligungen am Konsortium beteiligt sein. Roma Multiservizi war eine durch die Stadt Rom gegründete Gesellschaft, an welcher die AMA SpA zu 51% beteiligt war. Die AMA wiederum stand im alleinigen Besitz der Stadt Rom. Die Stadt Rom schloss das Konsortium Roma Multiservizi/Rekeep aus dem Vergabeverfahren aus, mit der Begründung, dessen Berücksichtigung würde dazu führen, dass die Stadt Rom aufgrund der Beteiligung von AMA an Roma Multiservizi faktisch (mittelbar) zu 73,5% an der zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft beteiligt würde, was dem Ziel der Ausschreibung (51%-Beteiligung der Stadt Rom an der zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft) widerspräche. Roma Multiservizi und Rekeep erhoben gegen diesen Ausschluss Beschwerde.

Der EuGH befasste sich in seinem Entscheid¹² einlässlich mit der Angelegenheit. Vorweggenommen werden kann, dass der EuGH entschied, das zuständige nationale Gericht müsse prüfen, ob aus den Ausschreibungsunterlagen genügend klar, genau und eindeutig ersichtlich sei, dass die mittelbaren Beteiligungen der Stadt Rom bei der Beurteilung der Offerten bzw. der Anbieter berücksichtigt würden, was als Anforderung grundsätzlich sowohl gemäss Richtlinie 2014/24 als auch nach Richtlinie 2014/23¹³ zulässig sei.

Im Weiteren befasste sich der EuGH mit einigen weiteren Aspekten der ungewöhnlichen Konstellation. Aus Platzgründen seien hier nur einige wenige, aber erhellende Passagen unter Angabe der jeweiligen Randziffer des Urteils zitiert:

- Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch einen öffentlichen Auftraggeber und einen privaten Wirtschaftsteilnehmer falle als solche nicht unter die unionsrechtlichen Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oder Dienstleistungskonzessionen. Es sei aber zu prüfen, ob die konkrete angezielte Konstellation nicht in Wirklichkeit als Deckmantel für die Vergabe eines öffentlichen Auftrages oder einer Dienstleistungskonzession diene (Rz. 53).
- Im vorliegenden Fall seien die beiden Teile der Ausschreibung (Suche eines Mitgesellschafters und Übergabe der Erbringung der Schulhilfsdienste an die gemeinsame Gesellschaft bzw. die Übergabe der Verantwortung für die Erbringung dieser Dienste an den Mitgesellschafter) als einheitliches Geschäft zu qualifizieren (Rz. 54), wobei die Erbringung der

¹² EuGH, Urteil vom 1. August 2022 in der Rechtssache C-332/20, ECLI:EU:C:2022:135 – Roma Multiservizi und Rekeep.

¹³ Richtlinie (EU) 2014/23 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (Text von Bedeutung für den EWR.), Abl. L 94 vom 28. März 2014, 1 ff.

Schulhilfsdienste wohl Hauptgegenstand des Verfahrens sei (Rz. 58). Auf den gesamten Vertrag sei somit die rechtliche Regelung anwendbar, die auf diesen Teil des Vertrags anwendbar sei (Rz. 59).

- Das nationale Gericht habe sich nicht mit der Frage befasst, ob diesbezüglich die Vergabe eines Auftrags oder einer Dienstleistungskonzession vorliege (Rz. 60), was dieses aber noch zu prüfen habe (Rz. 62).

i) *EuGH: Miteinander verbundene Anbieter – Voraussetzungen für deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren*

Der Landkreis Aichach-Friedberg veröffentlichte eine Bekanntmachung über die Vergabe eines Auftrags für öffentliche Busverkehrsdienstleistungen. J und K. Reisen, eine GmbH im Alleinbesitz von J, deren Geschäftsführer J war, gaben beide über J eine Offerte ab. Über J wurde ein Insolvenzverfahren eröffnet. J und K. Reisen wurden wegen Verletzung von Wettbewerbsregeln aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, da die Angebote von der gleichen Person verfasst worden seien. In seinem Entscheid¹⁴ hielt der EuGH fest, dass gemäss Art. 57 der Richtlinie 2014/24 ein Ausschluss grundsätzlich möglich sei, wenn zwei oder mehr Anbieter eine wettbewerbsverzerrende Vereinbarung getroffen haben. Im vorliegenden Fall könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass zwei Wirtschaftsteilnehmer, deren Entscheidungsfindung über dieselbe natürliche Person laufe, untereinander Vereinbarungen schliessen könnten, da nicht ersichtlich sei, dass es zwei verschiedene Willensäusserungen gebe, die übereinstimmen könnten. Es sei aber Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob bei der gegebenen Sachlage eine Möglichkeit bestehe, dass J und K. Reisen *wettbewerbsverzerrende Vereinbarungen* schliessen könnten. Sollte dies nicht der Fall sein, könne der in Art. 57 Absatz 4 Unterabsatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 2014/24 vorgesehene Ausschlussgrund keine Anwendung finden.¹⁵ Der EuGH führte dann aber aus, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt wäre, wenn man es zuliesse, dass zwei verbundene Bieter abgesprochene oder abgestimmte, d.h. weder eigenständige noch unabhängige und ihnen deshalb gegenüber den andern Bietern möglicherweise ungerechtfertigte Vorteile verschaffende Angebote einreichen könnten. Die Vergabestelle sei zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit verpflichtet, eine Prüfung und Würdigung der Tatsachen vorzunehmen, um zu bestimmen, „ob

¹⁴ EuGH, Urteil vom 15. September 2022 in der Rechtssache C-416/21, ECLI:EU:C:2022:689 – J. Sch. Omnibusunternehmen und K. Reisen.

¹⁵ Der genannte Artikel der Richtlinie 2014/24 lässt einen Ausschluss zu, wenn „der öffentliche Auftraggeber [...] über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür [verfügt], dass der Wirtschaftsteilnehmer mit anderen Wirtschaftsteilnehmern Vereinbarungen getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen.“

das Verhältnis zwischen zwei Einheiten die Grundsätze den Inhalt der einzelnen Angebote konkret beeinflusst hat, wobei die Feststellung eines solchen wie auch immer gearteten Einflusses ausreicht, um die betreffenden Einheiten von dem Verfahren ausschliessen zu können.“

j) *EuGH: Vorgehen zur Prüfung eines allenfalls ungewöhnlich niedrigen Angebots*

Der EuGH hatte sich in diesem Verfahren mit der Frage der Voraussetzungen der Prüfung von allenfalls ungewöhnlich niedrigen Angeboten zu befassen.¹⁶ Hintergrund bildete ein nicht offenes Vergabeverfahren, das der stellvertretende bulgarische Innenminister eingeleitet hatte. Es gingen lediglich zwei Offerten ein und zwar von Veridos und dem Konsortium „Mühlbauer ID Services GmbH – S&T“, das den Zuschlag erhielt. Veridos erhob Beschwerde gegen diese Auftragsvergabe. Der EuGH führte aus, die Frage, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig sei, sei im Verhältnis zu *der betreffenden Leistung* zu beurteilen. Der öffentliche Auftraggeber könne dabei sämtliche im Hinblick auf diese Leistung massgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigen. Der Vergleich mit den *andern Angeboten* sei dabei nur ein – wenn auch allenfalls hilfreiches – aber nicht das einzige Kriterium. Der öffentliche Auftraggeber müsse das Verfahren zur Prüfung, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliege nur einleiten, wenn zum vornherein zweifelhaft sei, ob ein Angebot verlässlich sei. Die Beurteilung sei auch dann vorzunehmen, wenn lediglich zwei Angebote eingereicht wurden. Im vorliegenden Fall habe die Vergabestelle kein Überprüfungsverfahren eingeleitet und diesbezüglich auch keine Entscheidung verfasst. Das führe aber nicht zur Nichtigkeit des Verfahrens, „da der Unionsgesetzgeber den öffentlichen Auftraggebern nicht die Verpflichtung auferlegt hat, eine ausdrückliche und mit Gründen versehene Entscheidung zu erlassen, mit der festgestellt würde, dass das ausgewählte Angebot als ‚ungewöhnlich niedrig‘ hätte eingestuft werden müssen.“ Hingegen hätten die Bieter die Möglichkeit, in einem Rechtsmittelverfahren vorzubringen, dass das ausgewählte Angebot als „ungewöhnlich niedrig“ hätte ausgeschlossen werden müssen.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 15. September 2022 in der Rechtssache C-669/20, ECLI:EU:C:2022:684 – Veridos.

- k) *EuGH: Erfahrung als Eignungskriterium – Nachweis bei einer arbeitsteiligen Kollektivgesellschaft nur gegeben, wenn die Leistungen durch den Gesellschafter erbracht werden, welcher über die Erfahrung verfügt*

In einem lettischen Vergabeverfahren offerierte eine Kollektivgesellschaft ĒDIENS & KM.LV. Zum Nachweis ihrer Eignung berief sie sich auf die Erfahrungen der Gesellschafter Ēdiens.lv und Bruneros. Die Vertreter der Kollektivgesellschaft hatten im Verfahren vor der Vorinstanz des EuGH vorgebracht, Ēdiens.lv werde sich um die operative Abwicklung des Auftrages kümmern, Bruneros werde hingegen die administrativen Leistungen erbringen. Über Erfahrung im Bereich der zu erbringenden operativen Leistungen verfügte allerdings lediglich Bruneros, nicht aber Ēdiens.lv. Das Konsortium wurde in der Folge aus dem Verfahren ausgeschlossen mit der Begründung, die Kollektivgesellschaft habe den Nachweis der Eignung nicht erbracht, da die als Eignungsnachweis geltend gemachte Erfahrung nicht der Ēdiens.lv zukomme, welche den operativen Teil des Auftrages abwickeln werde.

Der EuGH entschied Folgendes¹⁷: Wenn bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern festgestellt wird, dass die Ausführung der Tätigkeiten, für die Erfahrung erforderlich ist, einem bestimmten Mitglied der Gruppe übertragen wird, kann sich die Bietergemeinschaft nur auf die Erfahrung des genannten Mitglieds dieser Bietergemeinschaft berufen. Dies gelte auch dann, wenn in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich vorgesehen gewesen sei, dass die Mitglieder einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern diese Bedingung individuell erfüllen müssten.

- l) *EuGH: Ausschreibung betreffend Ersatzteile – Anforderungen an den Nachweis der Gleichwertigkeit mit Originalersatzteilen*

In diesen beiden Angelegenheiten hatte der EuGH sich zur Frage zu äussern, was im Rahmen eines Vergabeverfahrens als den Originalersatzteilen der Iveco „gleichwertige“ Ersatzteile¹⁸ berücksichtigt werden darf. Eine Konkurrentin der Iveco hatte im Vergabeverfahren für die Lieferung von Ersatzteilen für Omnibusse (lediglich) eine Gleichwertigkeitserklärung abgegeben. Der EuGH entschied zusammengefasst, dass ein öffentlicher Auftraggeber keine Bauteile

¹⁷ EuGH, Urteil vom 30. September 2022 in der Rechtssache C-592/21, ECLI:EU:C:2022:746 – EDIENS & KM.LV.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 in den verbundenen Rechtssachen C-68/21 und C-84/21, ECLI:EU:C:2022:835 – Iveco Orecchia.

akzeptieren dürfe, die den in Anhang IV der Richtlinie 2007/46¹⁹ genannten Rechtsakten unterlägen, ohne dass eine Bescheinigung beigelegt sei, welche die Genehmigung dieses Bauteils belege und ohne dass Informationen über das tatsächliche Bestehen einer solchen Genehmigung erteilt würden, sofern diese Rechtsakte eine Genehmigung verlangten. Im Weiteren könne eine Gleichwertigkeitserklärung nur von einem Anbieter akzeptiert werden, der tatsächlich Hersteller der von ihm angebotenen Bauteile sei, nicht aber von einem Wiederverkäufer oder Händler.

m) *EuGH: Carsharing – Dienstleistungskonzession – Berechnung des Auftragswerts*

Dieses Urteil des EuGH²⁰ erging in einer Angelegenheit, in welcher die Gemeinde Ljubljana ein Vergabeverfahren betreffend einer Konzession für die Einrichtung und Verwaltung einer Dienstleistung und der gemeinschaftlichen Nutzung (Carsharing) von Elektrofahrzeugen in ihrem Gebiet einleitete. Da der Entscheid sehr umfangreich ist, werden vorliegend nur die wichtigsten (Teil-)Entscheide hervorgehoben:

Der EuGH entschied, dass

- es sich bei einem Vorgang, durch den ein öffentlicher Auftraggeber mit der Einrichtung und Verwaltung eines Systems des Mietens und der gemeinschaftlichen Nutzung (Carsharing) von Elektrofahrzeugen einen Wirtschaftsteilnehmer zu betrauen beabsichtigt, dessen finanzieller Beitrag überwiegend für den Erwerb dieser Fahrzeuge verwendet wird, wobei die Einnahmen dieses Wirtschaftsteilnehmers hauptsächlich aus den von den Nutzern dieser Dienstleistung gezahlten Gebühren stammen werden, um eine „Dienstleistungskonzession“ handelt, da solche Merkmale zu belegen vermögen, dass das Risiko im Zusammenhang mit der Verwertung der konzessionierten Dienstleistungen auf diesen Wirtschaftsteilnehmer übertragen wurde.

¹⁹ Richtlinie (EG) 2007/46 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (Rahmenrichtlinie) (Text von Bedeutung für den EWR), Abl L 263 vom 9. Oktober 2007, 1 ff.

²⁰ EuGH, Urteil vom 10. November 2022 in der Rechtssache C-486/21, ECLI:EU:C:2022:868 – SHARENGO.

- der öffentliche Auftraggeber bei der Feststellung, ob der Schwellenwert für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/23²¹ erreicht ist, den „Gesamtumsatz ohne Mehrwertsteuer, den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit erzielt“ unter Berücksichtigung der Gebühren, die die Nutzer an den Konzessionsnehmer entrichten werden, sowie der Beiträge und Kosten, die der öffentliche Auftraggeber tragen wird, zu schätzen hat. Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch auch davon ausgehen, dass der für die Anwendung der Richtlinie 2014/23 in der Fassung der Delegierten Verordnung 2019/1827 vorgesehene Schwellenwert erreicht ist, wenn die Investitionen und Kosten, die vom Konzessionsnehmer allein oder zusammen mit dem öffentlichen Auftraggeber während der gesamten Laufzeit des Konzessionsvertrags zu tragen sind, diesen Schwellenwert offensichtlich überschreiten.
- ein öffentlicher Auftraggeber als Eignungskriterium und für die qualitative Bewertung der Bewerber verlangen kann, dass die Wirtschaftsteilnehmer im Handels- oder Berufsregister eingetragen sind, sofern ein Wirtschaftsteilnehmer seine Eintragung im entsprechenden Register in dem Mitgliedstaat, in dem er niedergelassen ist, vorweisen darf.
- ein öffentlicher Auftraggeber, der von den Wirtschaftsteilnehmern verlangt, im Handels- oder Berufsregister eines Mitgliedstaats der Union eingetragen zu sein, auf das aus CPV-Codes bestehende Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge verweisen muss, und nicht auf die Klassifikation NACE Rev. 2, wie sie durch die Verordnung (EG) Nr. 1893/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 zur Aufstellung der statistischen Systematik der Wirtschaftszweige NACE Revision 2 und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3037/90 des Rates sowie einiger Verordnungen der EG über bestimmte Bereiche der Statistik eingeführt wurde.
- ein öffentlicher Auftraggeber nicht ohne Verstoß gegen den durch Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2014/23 gewährleisteten Grundsatz der Verhältnismässigkeit von jedem Mitglied eines befristeten Zusammenschlusses von Unternehmen verlangen kann, in einem Mitgliedstaat im Handels- oder Berufsregister eingetragen zu sein, um die Tätigkeit der Vermietung von Kraftwagen mit einem Gesamtgewicht von 3,5 t oder weniger auszuüben.

²¹ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (Text von Bedeutung für den EWR), Abl. L 94 vom 28. März 2014, 1 ff.

n) *EuGH: Eignungsnachweis bei einer „Gruppe von Unternehmen“*

Zwei niederländische Gemeinden leiteten ein offenes Vergabeverfahren zur Vergabe des Auftrags der sportunterrichtsbezogenen Beförderung für den Zeitraum vom 1. Januar 2020 bis zum Ende des Schuljahrs 2027-2028 ein. Die Ausschreibungsbedingungen sahen u.a. vor, dass zur Gewährleistung der Richtigkeit und Gültigkeit des Angebots die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) sowie das Angebot und seine Anhänge von einem Mitarbeiter zu unterzeichnen seien, der berechtigt sei, das Unternehmen zu vertreten und zu verpflichten. Ausserdem müssten Unternehmen, die sich zu einer Gruppe zusammenschlossen, eine Ansprechperson bestimmen. Jedes Mitglied einer solchen Gruppe hafte gesamtschuldnerisch für die Erfüllung des Beförderungsvertrags. Schliesslich müsse das Angebot vollständig sein und insbesondere eine ordnungsgemäss und wirksam unterzeichnete EEE umfassen. Es gingen zwei Angebote ein, nämlich von Taxi Horn Tours und von Touringcars, welche den Zuschlag erhielt, gegen welchen wiederum Taxi Horn Beschwerde erhob. Touringcars hatte lediglich eine einzige EEE eingereicht. Taxi Horn Tours machte geltend, Touringcars sei eine Gruppe von Unternehmen. Daher müssten die Handlungen und Erklärungen der beiden Gesellschafterinnen jeweils anhand ihrer eigenen EEE beurteilt werden.

Der EuGH entschied²², dass ein Anbieter dem öffentlichen Auftraggeber ausschliesslich seine eigene Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) vorlegen müsse, wenn er in eigenem Namen an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilnehmen oder ein Angebot abgeben möchte und den Nachweis erbringen, dass er den ausgeschriebenen Auftrag ausschliesslich mit eigenem Personal und Material ausführen könne. Beabsichtige der Anbieter hingegen, für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags auf die Mittel bestimmter Gesellschafter zurückzugreifen, sei dies als eine Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen gemäss Art. 63 der Richtlinie 2014/24 zu betrachten, und der Anbieter müsse in diesem Fall nicht nur seine eigene EEE, sondern auch eine EEE für jeden Gesellschafter vorlegen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte. Der EuGH überliess es dem nationalen Gericht zu prüfen und zu entscheiden, welche Konstellation im vorliegenden, ziemlich unübersichtlichen Fall gegeben war.

²² EuGH, Urteil vom 10. November 2022 in der Rechtssache C-631/21, ECLI:EU:C:2022:869 – Taxi Horn Tours.

o) *EuGH: Qualitätsbezogene Zuschlagskriterien – Konkretisierung – Akteneinsicht für unterlegene Anbieter – verfahrensrechtliche Aspekte bei zu Unrecht vorenthaltenen Informationen*

In dieser Sache hatte Antea Polska im Rahmen eines polnischen Vergabeverfahrens betreffend einen öffentlichen Auftrag, der die Entwicklung von Projekten für die (Umwelt-)Bewirtschaftung bestimmter Einzugsgebiete beinhaltete, eine Offerte eingereicht. Der Zuschlag wurde der CDM Smith vergeben, obschon Antea Polska das preislich tiefere Angebot eingereicht hatte. Sie hatte aber bei der Bewertung der Qualitätskriterien (Arbeitskonzept für die Projektentwicklung bzw. Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung) tiefere Noten erhalten. Antea Polska erhob gegen den Zuschlag Beschwerde und verlangte Einsicht in die Verfahrensakten, welche ihr mit der Begründung verweigert wurde, diese enthielten Geschäftsgeheimnisse der CDM Smith. Der EuGH nahm in seinem Entscheid²³ Stellung zur Frage nehmen, welche Informationen einem Beschwerdeführer offen zu legen sind und welche nicht. Er befasste sich in seinem wiederum umfangreichen und detaillierten, hier nur teilweise wiedergegebenen, Entscheid zunächst insbesondere mit Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24.²⁴ Er führte dazu aus, dass die Vergabeverfahren auf einem Vertrauensverhältnis zwischen den öffentlichen Auftraggebern und den Anbietern beruhten. Letztere müssten den öffentlichen Auftraggebern alle im Vergabeverfahren zweckdienlichen Informationen mitteilen können, ohne befürchten zu müssen, dass diese Informationen, deren Preisgabe den Anbietern schaden könnte, an Dritte weitergegeben würden. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes müsse aber in Einklang mit den Erfordernissen eines wirksamen Rechtsschutzes gebracht werden, was eine Abwägung nötig mache. Er wies u.a. darauf, dass der Schutz der Vertraulichkeit über die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen hinausgehe, da unter den Vertrauensschutz gemäss Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 auch „die vertraulichen Aspekte der Angebote selbst“ fielen. Der öffentliche Auftraggeber könne aber „nicht an

²³ EuGH, Urteil vom 17. November 2022 in der Rechtssache C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888 – ANTEA POLSKA u.a.

²⁴ Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 lautet wie folgt: Artikel 21 Vertraulichkeit(1) Sofern in dieser Richtlinie oder im nationalen Recht, dem der öffentliche Auftraggeber unterliegt, insbesondere in den Rechtsvorschriften betreffend den Zugang zu Informationen, nichts anderes vorgesehen ist, und unbeschadet der Verpflichtungen zur Bekanntmachung vergebener Aufträge und der Unterrichtung der Bewerber und Bieter gemäss den Artikeln 50 und 55 gibt ein öffentlicher Auftraggeber keine ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelten und von diesen als vertraulich eingestuft Informationen weiter, wozu insbesondere technische und handelsbezogene Geschäftsgeheimnisse sowie die vertraulichen Aspekte der Angebote selbst gehören.

eine bloße Behauptung eines Anbieters, dass die übermittelten Informationen vertraulich seien, gebunden sein“. Vielmehr habe der öffentliche Auftraggeber vom Anbieter den Nachweis zu verlangen, dass die Informationen, deren Offenlegung er sich widersetze, wirklich vertraulich seien. Er müsse zudem seine Entscheidung, bestimmte Daten als vertraulich zu behandeln, begründen und dem Beschwerdeführer, der Akteneinsicht verlange, den Inhalt dieser Daten in neutraler Form mitteilen, und zwar soweit wie irgend möglich und soweit die Mitteilung geeignet sei, die Vertraulichkeit der spezifischen Elemente dieser Daten zu wahren. Eine nationale Regelung, welche vorsehe, dass ausser Geschäftsgeheimnissen alle von Bietern gelieferten Informationen vollständig offen zu legen seien, verstosse gegen die Richtlinie 2014/24. Gleiches gelte für eine Praxis, Anträgen auf vertrauliche Behandlung wegen Geschäftsgeheimnissen systematisch stattzugeben. Vor diesem Hintergrund befasste sich der EuGH mit verschiedenen Arten von Informationen. Er hielt dafür, die „einschlägige Erfahrung der Bieter und die Referenzen“ könnten nicht insgesamt als vertraulich eingestuft werden. Die Erfahrung eines Anbieters sei im Allgemeinen nicht geheim. Was die Offenlegung der Identität der Fachleute oder Subunternehmer betreffe, auf die sich ein Anbieter stütze, sei abzuwägen, ob deren Bekanntgabe eine Verletzung des Vertrauensschutzes bedeute. Die Offenlegung dürfe nicht verweigert werden, wenn diese Informationen im breiteren Kontext der Tätigkeiten dieser Anbieter keinen wirtschaftlichen Wert hätten. Der Schutz personenbezogener Daten sei vorbehalten. Bezüglich nicht personenbezogener Daten (berufliche Qualifikationen oder Fähigkeiten der eingesetzten Fachleute²⁵) müsse zumindest der wesentliche Inhalt dieser Daten für alle Bieter zugänglich sein. Betreffend des Zuschlagskriteriums „Konzeption der Projekte“, das die Beschreibung der Art und Weise der Ausführung der ausgeschriebenen Projekte betreffe, sei zu prüfen, ob diese Elemente darstellten oder solche enthielten, die durch ein Recht des geistigen Eigentums, insbesondere durch ein Urheberrecht, geschützt sein könnten. Urheberrechtlich seien indessen „Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche“ nicht relevant. Die Beschreibung der Art und Weise der Ausführung der ausgeschriebenen Projekte könnten aber auch ohne urheberrechtlichen Schutz einen wirtschaftlichen Wert haben, der einer Offenlegung entgegenstehen könne. Um den Rechtsschutz zu gewährleisten, müsse der wesentliche Inhalt dieses Teils der Angebote jedoch zugänglich gemacht werden. Schliesslich befasste sich der EuGH mit der Zulässigkeit der Zuschlagskriterien „Konzeption der Projekte“ und „Art und Weise der Aus-

²⁵ Der Text des Urteils lässt vermuten, dass der EuGH davon ausgeht, dass Informationen über die beruflichen Qualifikationen und/oder Fähigkeiten der in einer Offerte vorgesehenen Fachleute auch ohne Namensnennung erfolgen können.

führung“ des ausgeschriebenen Auftrags. Er führte aus, dass diese Zuschlagskriterien, z.B. durch Unterkriterien, präzisiert werden müssten. Es sei Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob solche Präzisierungen vorgelegen hätten, die eine konkrete und objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Schliesslich äusserte sich der EuGH zur Frage, was vorzukehren sei, wenn sich im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens herausstellt, dass dem Beschwerdeführer zu Unrecht Informationen vorenthalten worden waren. Er hielt fest, in diesem Fall müsse das nationale Gericht die Entscheidung, welche die Akteneinsicht rechtswidrig verweigere, als nichtig erklären und einen neuen Entscheid treffen können. Falls es gemäss nationalem Verfahrensrecht in einem solchen Fall nicht möglich sei, während des Beschwerdeverfahrens Massnahmen zu treffen, um das Beschwerderecht zu wahren, müsse das nationale Gericht entweder die Vergabeentscheidung für nichtig erklären oder „davon ausgehen, dass der Rechtsbehelfsführer einen neuen Rechtsbehelf gegen die bereits ergangene Vergabeentscheidung einlegen“ könne, wobei die Beschwerdefrist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen könne, in welchem der Beschwerdeführer Zugang zu allen Informationen hatte, die zu Unrecht als vertraulich eingestuft worden waren.

p) *EuGH: Rücktritt von der Offerte. Verfahrensabbruch zulässig, wenn es sich beim zweitplatzierten Anbieter um „denselben Wirtschaftsteilnehmer“ handelt?*

In diesem Verfahren hatte der EuGH zu beurteilen²⁶, ob die Richtlinie 2014/24 es zulasse, dass ein nationales Gesetz vorsehe, ein Vergabeverfahren (automatisch) zu beenden, wenn der erstplatzierte Anbieter von der Offerte zurücktritt und es sich beim zweitplatzierten Anbieter um „denselben Wirtschaftsteilnehmer wie beim ersten Bieter handelt.“

Der EuGH verneinte diese Frage und entschied, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU sei so auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegenstehe, die den öffentlichen Auftraggeber verpflichte, im Fall eines Rücktritts des ursprünglich wegen des wirtschaftlich günstigsten Angebots ausgewählten Bieters ein öffentliches Vergabeverfahren zu beenden, wenn es sich bei dem das zweitwirtschaftlichste Angebot einreichenden nachfolgenden Bieter um denselben Wirtschaftsteilnehmer wie beim ersten Bieter handelt. Aus den Erwägungen des EuGH ergibt sich, dass er die Verfahrensbeendigung nicht vollständig ausschliesst, dies aber nur für den Fall, dass vorzunehmende Abklärungen des

²⁶ EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2022 in der Rechtssache C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973 – BTA Baltic Insurance Company.

öffentlichen Auftraggebers ergeben sollten, dass die beiden erstrangierten Offerten auf einer konkreten Beeinflussung durch die beiden Offerenten basierten.

q) *EuGH: Anforderungen an ein vergaberechtsfreies Zusammenwirken öffentlicher Auftraggeber*

Art. 12 der Richtlinie 2014/24 befasst sich mit öffentlichen Aufträgen zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors. Diese Aufträge werden bei Vorliegen bestimmter Umstände, welche in Art. 12 ausführlich beschrieben werden, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Der EuGH hatte sich im hier erwähnten, belgische öffentliche Auftraggeber betreffende, Urteil²⁷ insbesondere mit der Frage zu befassen, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 12 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2014/24 erfüllt und damit die Gegenstand der Angelegenheit bildenden Aufträge nicht öffentlich auszuschreiben waren. Obschon Belgien die Richtlinie 2014/24 (noch) nicht umgesetzt hatte, wendete der EuGH Art. 12 Absätze 3 und 4 an, da diese genügend genau formuliert seien, um im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten unmittelbare Wirkung zu entfalten.

Der dem Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt ist ausserordentlich kompliziert und wird vom EuGH zwar komprimiert, aber dennoch über eine grosse Zahl von Randziffern (Rz. 8-31!) seines Urteils dargelegt. Es würde den Umfang der vorliegenden Darstellung bei Weitem sprengen, diese Ausgangslage mit allen nötigen Details, die für das Verständnis des Entscheids unabdingbar sind, wiederzugeben. Deshalb wird der geneigte Leser auf das Urteil verwiesen und es werden vorliegend lediglich die (Teil-)Entscheide des EuGH festgehalten. Die Entscheide des EuGH bezüglich Art. 12 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2014/24 geben Hinweise darauf, wo die Fallen lauern und lauteten wie folgt:

Der EuGH entschied bezüglich Art. 12 Abs. 3 Unterabsatz 2 Ziff. i der Richtlinie 2014/24: Für die Feststellung, dass ein öffentlicher Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die den Zuschlag erhaltende juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt, ist das in dieser Bestimmung genannte Erfordernis, dass ein öffentlicher Auftraggeber in den beschlussfassenden Organen der kontrollierten juristischen Person vertreten sein muss, nicht allein deswegen erfüllt, weil im Verwaltungsrat dieser juristischen Person der Vertreter eines anderen öffentlichen Auftraggebers sitzt, der auch dem Verwaltungsrat des ersten öffentlichen Auftraggebers angehört.

²⁷ EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2022 in den verbundenen Rechtssachen C-383/21 und C-384/21, ECLI:EU:C:2022: 1022– Sambre & Biesme.

Bezüglich Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 urteilte der EuGH, dass ein öffentlicher Auftrag, durch den einem öffentlichen Auftraggeber öffentliche Aufgaben übertragen werden, die Teil eines Verhältnisses der Zusammenarbeit zwischen anderen öffentlichen Auftraggebern sind, nicht vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgeschlossen ist, wenn der öffentliche Auftraggeber, dem diese Aufgaben übertragen wurden, bei der Erfüllung solcher Aufgaben nicht die Erreichung von Zielen anstrebt, die er mit den anderen öffentlichen Auftraggebern teilt, sondern sich darauf beschränkt, zur Erreichung von Zielen beizutragen, die nur diesen anderen öffentlichen Auftraggebern gemeinsam sind.

II. Bedeutung für die Schweiz

Wie auch in den Voraufgaben mehrfach festgehalten, sind die EU-Regeln im Bereich des öffentlichen Auftragswesens für die Schweiz nicht verbindlich. Die (aktualisierte) Beschaffungsgesetzgebung der Schweiz ist jedoch mittelbar durch die EU-Regeln beeinflusst und die auf dieser Grundlage ergangene und ergehende Rechtsprechung des EuGH hat für die schweizerischen Gerichte mindestens „inspirierenden“ Charakter. Festzustellen ist allerdings, dass die im Jahre 2014 revidierten EU-Richtlinien etwa im Bereich der Regeln zum Geltungsbereich äusserst umfangreich, detailliert, subtil und damit einigermassen unübersichtlich formuliert worden sind²⁸ aber keine Entsprechung in den reformierten schweizerischen Rechtsgrundlagen²⁹ gefunden haben. Die entsprechende Rechtsprechung des EuGH ist in dieser Hinsicht deshalb mit Blick auf schweizerische Rechtsfälle mit Vorsicht zu betrachten. Andere Entscheide des EuGH, die sich mit spezifischen Technikalitäten der Vergabeverfahren selbst befassen, wie etwa mit der Frage der Anforderungen an Eignungsnachweise, der Ausschlussgründe³⁰ oder der Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote³¹ folgen einer Logik, die auch für die schweizerische Rechtsprechung massgebend sein kann.

²⁸ Beispiele dafür sind etwa die Richtlinienbestimmungen, die Grundlage der in [I. lit. f](#), [g](#)) und insbesondere [q](#)) hiervor vorgestellten Urteile des EuGH bildeten.

²⁹ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1; Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019.

³⁰ Siehe dazu etwa die in [I. lit. c](#)), [i](#)), [k](#)) und [n](#)) erwähnten Urteil des EuGH.

³¹ Siehe Urteil des EuGH in [I. lit. j](#)) hiervor.

Energie

Fatum Ademi/Brigitta Kratz

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (FATLUM ADEMI)	152
1.	Energiepolitische Ausgangslage	152
2.	REPowerEU-Plan	153
a)	Grundpfeiler	153
b)	Dringliche Massnahmen	155
c)	Mittel- und langfristige Massnahmen	159
3.	Ergänzende Massnahmen	161
a)	Preissteuerung	161
b)	EU-Green Deal	164
II.	Bedeutung für die Schweiz (BRIGITTA KRATZ)	168
1.	Energie- und Klimapolitik	172
a)	Energiestrategie 2050	172
b)	Klimagesetzgebung	176
2.	Marktöffnung	177
a)	Strom	177
b)	Gas	179
3.	Versorgungssicherheit	180
a)	Gas	180
b)	Strom	182
c)	Energieinfrastrukturen	185
d)	Kernenergie	185
e)	Energieaussenpolitik	186

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

1. Energiepolitische Ausgangslage

In Europa gelten seit der ungerechtfertigten Invasion Russlands in die Ukraine am 24. Februar 2022 neue geopolitische Gegebenheiten, die ein verändertes energiemarktpolitisches Umfeld mit sich bringen. Dieser andauernde und in absehbarer Zeit wohl nicht endende Konflikt hat die übermässige Abhängigkeit der EU von Gas-, Öl- und Kohleinfuhren aus Russland verdeutlicht. Die Instrumentalisierung der Energieversorgung sorgte dafür, dass die Erdgaspreise in der gesamten EU auf ein beispiellos hohes Niveau geschwungen sind, mit unmittelbaren Wirkungen für die Endkonsumentinnen und Endkonsumenten und die europäische Wirtschaft als Ganzes.¹ Ende 2021 importierte die EU noch 83% des benötigten Erdgases von Drittländern, wobei der aus Russland stammende Anteil bei 41% der Gesamteinfuhren lag.² Durch die Verknappung der Gasversorgung stiegen nicht nur die Kosten für Gas in die Höhe, sondern auch die Strompreise. Der Grund dafür liegt in der Kopplung der Strom- und Gaspreise nach dem Merit-Order-Prinzip. Der endgültige Börsenpreis bestimmt sich gemäss Merit-Order nach der teuersten Stromquelle, wobei Gas derzeit der mit Abstand teuerste Energieträger ist. Dies sorgt dafür, dass jeder am Markt teilnehmende Stromproduzent zum Preis des teuersten Kraftwerkes verkauft. Damit definiert das teuerste Gaskraftwerk auch den Strompreis an der Börse. Diese Abhängigkeit von Gas und die angestossene Kostenspirale veranlasste die EU-Spitzen dazu, rasch zu reagieren und Sofortmassnahmen einzuleiten, um einerseits die Energienachfrage zu senken und andererseits die Gasspeicheranlagen zu füllen. Die EU-Mitgliedstaaten stimmen sich seither eng untereinander ab, um weiteren steigenden Energiepreisen entgegenzuwirken und die Versorgung weiter zu diversifizieren. So konnte durch das Ausweichen auf alternative Gaslieferanten die Abhängigkeit von Gaseinfuhren aus Russland im ersten Halbjahr 2022 bereits auf 31,4% der Gesamteinfuhren reduziert werden.³ Damit steht für die EU im

¹ Vgl. dazu Schlussfolgerungen des Europäischen Rates zu den Themen Ukraine/Russland, kritische Infrastruktur, Energie und Wirtschaft sowie Aussenbeziehungen vom 20. Oktober 2022, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/media/59738/2022-10-2021-euco-conclusions-de.pdf>>.

² Vgl. dazu die Webseite des Europäischen Rates und die dazugehörigen Infografiken vom 7. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/infographics/eu-gas-supply/>>.

³ Vgl. dazu die Webseite des Europäischen Rates und die dazugehörigen Infografiken vom 7. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/infographics/eu-gas-supply/>>.

Hinblick auf die Energiepolitik insbesondere die Frage im Zentrum: Wie kann sie die starke und kostspielige Abhängigkeit von russischen fossilen Brennstoffen verringern, dabei aber zugleich die Langzeitziele des grünen Wandels und eines widerstandsfähigeren Energiesystems erreichen.

2. REPowerEU-Plan

Als Antwort auf diese prekäre Lage hat die Europäische Kommission am 8. März 2022 den REPowerEU-Plan vorgeschlagen.⁴ In ihrer Mitteilung hat die Europäische Kommission kundgetan, dass sie mit diesem Aktionsplan ein gemeinsames europäisches Vorgehen für erschwinglichere, sichere und nachhaltige Energie festlegen wolle. Der umfassende REPowerEU-Plan beinhaltet im Detail eine Reihe von Massnahmen, die neben der Reaktion auf die steigenden Energiepreise in Europa sowie der Wiederauffüllung der Gasvorräte für den Winter, in einer verringerten Nachfrage nach russischem Gas um zwei Drittel resultieren, als auch die Unabhängigkeit und Eigenkontrolle des europäischen Energiesystems vorantreiben sollen. Obschon die EU schon vor dem Angriff mit steigenden Energiepreisen konfrontiert war trat hier aufgrund der unsicheren Versorgung eine weitere, wesentliche Verschärfung ein. Durch den REPowerEU-Plan sollen ferner die Gasversorgung diversifiziert und die Einführung von Gas aus erneuerbaren Energiequellen für Heizung sowie Stromerzeugung beschleunigt werden. Zusammen mit der Wasserstoffpolitik der EU soll dies insgesamt dazu beitragen, die energiepolitische Situation zu entschärfen und eine verlässliche Energieversorgung innerhalb Europas zu etablieren. Der REPowerEU-Plan wird zudem von finanziellen und legislativen Massnahmen zum Aufbau der dafür benötigten neuen Energieinfrastrukturen und -systeme flankiert.

a) Grundpfeiler

Am 18. Mai 2022 veröffentlichte die Europäische Kommission schliesslich offiziell den ehrgeizigen und weitreichenden REPowerEU-Plan⁵, welcher zwischen folgenden zwei Hauptströmen unterscheidet:

- Schnellstmögliche Beendigung der Abhängigkeit Europas von russischen fossilen Brennstoffen bis 2027 sowie Senkung des Verbrauchs von russischem Gas um zwei Drittel bis Ende 2022.

⁴ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 8. März 2022, IP/22/1511.

⁵ Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „REPowerEU Plan“ vom 18. Mai 2022, COM (2022) 230 final.

- Sicherung der langfristigen Nachhaltigkeit, Kosteneffizienz und Energieversorgung des EU-weiten Energiesystems durch die kontrollierte Abkehr von den bestehenden Beziehungen zu Russland und die insgesamt Beschleunigung der Umsetzung des europäischen Grünen Deals und Etablierung einer echten Energieunion.

Um diese strategischen Ziele zu verwirklichen, wurden im Rahmen des REPowerEU-Plans eine Reihe von konkreten Massnahmen erlassen (siehe [L2.b](#) und [c](#)), die sich ihrerseits auf folgende vier Hauptfelder stützen:

- Diversifizierung der Energieversorgung

Die EU entschloss sich mit internationalen Partnern aktiv zusammenzuarbeiten, um alternative Energiebezugsmöglichkeiten zu erschliessen. Kurzfristig benötigt die EU alternative Bezugsmöglichkeiten für Gas, Öl und Kohle, während künftig auch erneuerbarer Wasserstoff ausgebaut und bezogen werden soll.

- Energieeinsparungen

Die EU appelliert an Bürger, Unternehmen und Organisationen durch Verhaltensänderung Energieeinsparungen vorzunehmen und sieht für den Fall einer Versorgungsunterbrechung Notfallmassnahmen vor.

- Beschleunigter Ausbau der erneuerbaren Energien

Durch den REPowerEU-Plan sollen massive Investitionen in erneuerbare Energien angestossen werden und gesamthaft den ökologischen Wandel beschleunigen. Durch die Erzeugung von mehr und dringend notwendiger, sauberer Energie werden weniger Einfuhren benötigt und Abhängigkeiten von fossilen Brennstoffen, insbesondere in Schlüsselsektoren wie Industrie und Verkehr, verringert.

- Investitionen und Finanzierung

Die Umsetzung des Plans wird kostspielig. Angesichts der Dringlichkeit der neuen geopolitischen Gegebenheit aber notwendig. Auf Vorschlag der Euro-

päischen Kommission sollen die Mitgliedstaaten hierzu sogenannte nationale REPowerEU-Pläne zur Umsetzung von Investitions- und Reformplänen ausarbeiten, die sie jeweils der Europäischen Kommission vorlegen.⁶

b) *Dringliche Massnahmen*

Am 23. März 2022 schlug die Europäische Kommission vor, die unterirdischen Gasspeicher in der gesamten EU bis zum 1. Oktober 2022 zu mindestens 80% ihres Fassungsvermögens zu füllen.⁷ Ebenfalls schlug die Europäische Kommission neue Mindestverpflichtungen für die Gasspeicherung sowie Ziele zur Verringerung der Gasnachfrage vor, um auf diese Weise das Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage in Europa zu verbessern. Am 23. Juni 2022 hat das Europäische Parlament den Verordnungsvorschlag angenommen. Mit der anschliessenden Annahme durch den Europäischen Rat trat die Verordnung über die Gasspeicherung am 30. Juni 2022 in Kraft.⁸ Das Ziel der Füllmenge wurde mit Stand vom 21. November 2022 mit über 94,8% Füllstand erreicht. Dabei weichen allerdings die Speicherkapazitäten der Mitgliedstaaten teilweise drastisch voneinander ab. So kommen nach Angaben des Europäischen Rates allein die fünf Mitgliedstaaten Deutschland, Italien, Frankreich, die Niederlande und Österreich auf zwei Drittel der Speicherkapazitäten der gesamten EU.⁹ Unterdessen haben diejenigen Länder, die über keine eigenen Speicheranlagen verfügen, Solidaritätsvereinbarungen mit anderen Mitgliedstaaten geschlossen. Darunter fallen Mitgliedstaaten wie beispielsweise Finnland, Griechenland und Irland. Diese Vereinbarungen sehen vor, dass die

⁶ Vgl. dazu Factsheet REPower-EU-Massnahmen vom 18. Mai 2022, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/872559/FS_REPowerEU_Actions_DE.pdf.pdf>.

⁷ Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates über Massnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung sowie der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen vom 23. März 2022, COM (2022) 135 final. Im Verordnungsvorschlag wurde ebenfalls auf den europäischen Grünen Deal, die Modernisierung und Erweiterung der LNG-Infrastruktur und der Diversifizierung der Quellen und Routen von Pipeline-Gas referiert und darauf hingewiesen, dass die EU diesbezüglich bereits wichtige Schritte unternommen, um Haushalte und Unternehmen vor Angebotsschocks zu schützen.

⁸ Vgl. Verordnung (EU) 2022/1032 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) 2017/1938 und (EG) Nr. 715/2009 im Hinblick auf die Gasspeicherung, ABl. L 137/17 vom 30. Juni 2022.

⁹ Vgl. die Infografik auf der entsprechenden Webseite des Europäischen Rates, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/infographics/gas-storage-capacity/>>.

betroffenen Länder 15% ihres jährlichen Gasverbrauchs in Anlagen anderer Mitgliedstaaten speichern sollen und damit im Notfall raschen Zugang zu in anderen Mitgliedstaaten gelagerten Gasreserven haben.

Um die Geschlossenheit und die gemeinsame Bewältigung der Energiekrise zu ermöglichen, hat die Europäische Kommission auf Grundlage von Art. 122 AEUV beschlossen, die sogenannte EU-Energieplattform per 7. April 2022 zu errichten.¹⁰ Über sie sollen ab dem Frühjahr 2023 die Beschaffung von Gas, Flüssigerdgas (liquefied natural gas, LNG) und Wasserstoff sowie die Diversifizierung der Versorgung für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten, inklusive den westlichen Balkanstaaten sowie Ukraine, Moldau und Georgien, gemeinsam ermöglicht werden. Damit dürfte die EU-Energieplattform neben den Vertragsparteien der Energiegemeinschaft auch den Partnern der EU in deren unmittelbarer Nachbarschaft zugutekommen, die sich den EU-Binnenmarktregeln und der gemeinsamen Versorgungssicherheit verpflichtet haben. Die EU-Energieplattform stellt einen freiwilligen Koordinierungsmechanismus dar, welcher die Kooperation und effektive Koordination der gemeinsamen Beschaffung auf EU-Ebene, statt auf nationaler, regelt. Dadurch soll vermieden werden, dass die Mitgliedstaaten sich auf den Weltmärkten konkurrenzieren und die Preise zusätzlich in die Höhe treiben. Die EU-Energieplattform erfüllt somit die Funktionen der Bündelung und Strukturierung der Nachfrage, der optimierten und transparenten Nutzung der Import-, Speicher- und Transportinfrastruktur für Gas, die Maximierung der Versorgungssicherheit sowie die Wiederauffüllung der Speicher. Gemäss Verordnungsvorschlag besteht der Einkauf aus einem zweistufigen Prozess. Der Gasbedarf soll in einem ersten Schritt gebündelt werden, während es in einem zweiten Schritt den Mitgliedstaaten und Teilnehmerstaaten selbst obliegt, einzeln oder in koordinierter Weise Gasbezugsverträge abzuschliessen.¹¹ Der Verordnungsvorschlag sieht ferner vor, dass die Unternehmen der Mitgliedstaaten sich dazu verpflichten, mindestens 15% ihrer Speicherkapazitäten verbindlich über diese Plattform zu erwerben.¹² Die Europäische Kommission hat zudem einen Vorschlag für einen gemeinsamen Beschaffungsmechanismus vorgebracht, um Gaseinkäufe

¹⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates für Mehr Solidarität durch eine bessere Koordinierung der Gasbeschaffung, den grenzüberschreitenden Austausch und zuverlässige Preis-Referenzwerte vom 18. Oktober 2022, COM (2022) 549 final; vgl. ferner zur Energieplattform der EU die entsprechende Webseite der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-security/eu-energy-platform_de>.

¹¹ Vgl. Erwägung 1) a) COM (2022) 549 final.

¹² Art. 10 Abs. 2 COM (2022) 549 final.

im Namen der Mitgliedstaaten auszuhandeln. Dieser könnte in Form eines Joint Ventures oder einer unternehmenseigenen Einrichtung erfolgen, um die Vorteile des Binnenmarkts zu nutzen.

Mit der sofortigen Etablierung neuer Energiepartnerschaften mit zuverlässigen Lieferanten unternimmt die EU zudem einen Schritt, eine echte Alternative zu Russland als Energieexporteurin, insbesondere im Gasbereich, zu schaffen. Der Aufbau dauerhafter internationaler Partnerschaften stellt einen Eckpunkt in der EU-Strategie für ein auswärtiges Engagement im Energiebereich dar, welche am 18. Mai 2022 vorgestellt wurde.¹³ Sie ist Bestandteil des REPowerEU-Plans und sieht unter anderem vor, die Energieversorgungssicherheit und die Energiekrisenfestigkeit der EU zu stärken, indem umfassende Energiepartnerschaften mit globalen Partnern gefördert werden sollen. Die neuen Lieferantenverträge mit diversifizierten Partnern sollen ebenfalls eine künftige Zusammenarbeit im Hinblick auf erneuerbare Energien, CO₂-arme Gase und im Bereich Wasserstoff, umfassen.¹⁴ In diesem Zuge sollen gleichzeitig Gaseinfuhren reduziert werden. Die EU plant, Gaseinfuhren im Umfang von 67 Mrd. m³ durch die Verwirklichung von Solar- und Windenergievorhaben einzusparen. Hinzu kommt der rasche Ausbau und Einsatz von erneuerbarem Wasserstoff und der Biomethanherzeugung. In diesem Zusammenhang veröffentlichte die EU überdies die EU-Mitteilung über Energieeinsparungen mit Empfehlungen für Haushalte und Unternehmen, um auf diese Weise weitere Gaseinfuhren im Umfang von rund 13 Mrd. m³ zu vermeiden.¹⁵ Um einer potenziellen Unterbrechung der Gasversorgung entgegenzuwirken, sieht die EU zudem koordinierte Pläne zur Nachfrageverringering vor.¹⁶

¹³ Vgl. Gemeinsame Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Auswärtiges Engagement der EU im Energiebereich in einer Welt im Wandel“ vom 18. Mai 2022, JOIN (2022) 23 final.

¹⁴ Vgl. Presseartikel auf der entsprechenden Webseite der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://commission.europa.eu/news/focus-engaging-energy-partners-changing-world-2022-06-14_de>.

¹⁵ Vgl. zur EU-Strategie für ein auswärtiges Engagement im Energiebereich entsprechende Webseite der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-strategy/strategy-eu-external-energy-engagement_de>.

¹⁶ Vgl. zur EU-Strategie für ein auswärtiges Engagement im Energiebereich entsprechende Webseite der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-strategy/strategy-eu-external-energy-engagement_de>, mit Links zu den dazugehörigen Dokumenten.

Im Lichte der energiepolitischen Umstände nimmt die Wasserstoffpolitik der EU weiterhin an Fahrt auf. Die EU hat beschlossen, Wasserstoffvorhaben in den Mitgliedstaaten rasch zu genehmigen.¹⁷ Laut der EU-Energieaussenstrategie strebt die Europäische Kommission den Abschluss von Wasserstoffpartnerschaften mit zuverlässigen Partnerländern an, um offene und unverzerrte Handels- und Investitionsbeziehungen für erneuerbare und kohlenstoffarme Kraftstoffe zu gewährleisten.¹⁸ Für die Unterstützung von Unternehmen durch staatliche Beihilfen hat die Europäische Kommission im Falle sogenannter wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (worunter die Etablierung einer Wasserstoffwirtschaft und -infrastruktur fallen dürften) eigens Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt entwickelt.¹⁹ In diesem Rahmen hat die Europäische Kommission bereits zwei grosse Runden in der Höhe von 5,4 Mrd. EUR und 5,2 Mrd. EUR an Wasserstoff-Förderprojekten der Mitgliedstaaten genehmigt. Weitere sind derzeit in der Vorbereitung.²⁰ Hinzu kommt, dass gemäss Auffassung der Europäischen Kommission die Genehmigung des Ausbaus in den Mitgliedstaaten dafür sorgen wird, dass vermehrt private Investitionen mobilisiert werden können. Dies soll dazu beitragen, die Diversifizierung der Energiequellen sowie die Verringerung der Abhängigkeit zu erzielen. Grüner Wasserstoff, also solcher, der mit erneuerbaren Energien hergestellt wird, gilt als Hoffnungsträger für die Energiewende. Dieser kann als Basis für Kraft- und Brennstoffe dienen, um in Industrie und Verkehr die fossilen Brennstoffe Kohle, Öl und Erdgas abzulösen. Er ist für die Dekarbonisierung einiger emissionsintensiver Sektoren, wie die Chemie- und Stahlindustrie, unverzichtbar und gilt somit als entscheidender Faktor zur Erreichung der Energiewende. Jedoch ist die Herstellung bislang noch energieintensiv und teurer im Vergleich zu fossilen Energieträgern. Bislang fehlt es in der Wasserstoffpolitik der EU zudem auch an einer koordinierten und harmonisierten Vorgehensweise.

¹⁷ Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 21. September 2022, IP/22/5676.

¹⁸ Vgl. JOIN (2022) 23 final.

¹⁹ Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission „Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt“, ABl. C 528/02 vom 30. Dezember 2021.

²⁰ IP/22/5676.

c) *Mittel- und langfristige Massnahmen*

Die Europäische Kommission hat am 18. Mai 2022 einen Vorschlag für eine Verordnung über REPowerEU-Kapitel in Aufbau- und Resilienzplänen unterbreitet.²¹ Im Rahmen des geänderten Aufbau- und Resilienzfonds zur Unterstützung von Reformen und Investitionen sollen sogenannte Nationale REPowerEU-Pläne im Umfang von 300 Mrd. EUR erstellt werden. Der Aufbau- und Resilienzfonds soll die koordinierte Planung und Finanzierung grenzüberschreitender und nationaler Infrastrukturen sowie von Energieprojekten und Energiereformen voranbringen. Die Aufbau- und Resilienzfazilität der EU stellt dabei das Herzstück von NextGenerationEU dar. Die Fazilität ist ein bis zum 31. Dezember 2026 befristetes Aufbauinstrument, mit dem die Europäische Kommission Mittel mobilisieren und Mitgliedstaaten bei Reformen und Investitionen unterstützen kann, die mit den Prioritäten der EU in Einklang stehen. Sie ist Teil eines umfassenden Krisenplans und sollte ursprünglich die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der Corona-Pandemie abfedern. Durch die Ausweitung um die Klimadimension trägt sie dazu bei, die mittel- und langfristigen EU-Ziele der Klimaneutralität bis 2050 zu erreichen.²²

Die EU ist darin bestrebt, einen modernen Rechtsrahmen für Wasserstoff zu schaffen und möglichst rasch eine EU-weite Wasserstoffwirtschaft aufzubauen. Dazu hat die Europäische Kommission am 20. Mai 2022 Massnahmen zur Ausgestaltung der Wasserstoffproduktion vorgeschlagen.²³ Der vorgelegte Entwurf bezieht sich auf erneuerbare Kraftstoffe nicht-biologischen Ursprungs im Verkehrssektor und nennt nähere Anforderungen für grünen Wasserstoff. Sie will den Rechtsrahmen für grünen Wasserstoff insbesondere mittels delegierten Rechtsakten zur Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED II)

²¹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2021/241 in Bezug auf REPowerEU-Kapitel in den Aufbau- und Resilienzplänen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2021/1060, der Verordnung (EU) 2021/2115, der Richtlinie 2003/87/EG und des Beschlusses (EU) 2015/1814 vom 18. Mai 2022, COM (2022) 231 final.

²² Vgl. entsprechende Webseite der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility_de>, mit dazugehörigen Links zu der Aufbau- und Resilienzfazilität inkl. nationaler Aufbau- und Resilienzpläne.

²³ Vgl. dazu Webseite der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/7046068-Produktion-erneuerbarer-Kraftstoffe-Anteil-des-Stroms-aus-erneuerbaren-Energietragern-Vorgaben_de>, inklusive Link zum Entwurf der delegierten Verordnung.

ergänzen.²⁴ Um Wasserstoff in der Energiewirtschaft aber zu nutzen, bedarf es neben den Produktions- oder Importkapazitäten einer noch auszubauenden Wasserstoffinfrastruktur.

Am 9. November 2022 schlug die Europäische Kommission vor, eine Dringlichkeitsverordnung zu erlassen, um Genehmigungsverfahren für erneuerbare Energien zu beschleunigen.²⁵ Zuvor hatte der Europäische Rat gefordert, eine rasche Vereinfachung von Genehmigungsverfahren zu verwirklichen. Im REPowerEU-Plan wurden bereits Massnahmen zur Verbesserung der langwierigen und komplexen Verwaltungsverfahren vorgeschlagen, da diese das Investitionstempo verlangsamten und umfassende Investitionen in erneuerbare Energien und die damit verbundene Infrastruktur behindern. Der Vorschlag der Europäischen Kommission fokussiert sich auf Gebiete, bei denen es keine oder geringe Umweltrisiken gibt. Dem Vorschlag der Dringlichkeitsverordnung liegt die Annahme zugrunde, dass Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie von überwiegendem öffentlichem Interesse in der EU seien. Damit könnten neue Genehmigungsverfahren im Hinblick auf bestimmte im EU-Umweltrecht vorgesehene Ausnahmen mit sofortiger Wirkung von einer vereinfachten Prüfung profitieren.

Die Europäische Kommission sieht ferner im sogenannten Repowering bestehender und umweltfreundlicher Kraftwerke erhebliches Potenzial, die Stromerzeugung aus allen erneuerbaren Energiequellen rasch zu steigern. Zudem würden sich auf diese Weise der Gasverbrauch als auch die Notwendigkeit, einen Standort auszuweisen, verringern. Mit diesem Vorschlag wird das Genehmigungsverfahren für das Repowering von Projekten im Bereich der erneuerbaren Energien gestrafft, da innerhalb der neuen Frist von höchstens sechs Monaten auch alle einschlägigen Umweltprüfungen durchzuführen sind. Im Verordnungsvorschlag ist ferner vorgesehen, dass sich die Umweltprüfungen auf die Bewertung der potenziellen Auswirkungen beschränken sollten, die sich im Vergleich zum ursprünglichen Projekt aus der Änderung oder Erweiterung ergeben. Darüber hinaus soll ein vereinfachtes Verfahren für Netzanschlüsse in Fällen eingeführt werden, in denen sich die Gesamtkapazität durch das Repowering gegenüber dem ursprünglichen Projekt um nicht mehr als 15% erhöht.²⁶

²⁴ Vgl. dazu entsprechende Webseite zu der delegierten Verordnung, die derzeit von der Europäischen Kommission bearbeitet wird, abrufbar unter: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=PI_COM:Ares\(2022\)3836651](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=PI_COM:Ares(2022)3836651)>.

²⁵ Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien vom 9. November 2022, COM (2022) 591 final.

²⁶ Art. 5, COM (2022) 591 final.

Um den Ausbau von Wärmepumpen ebenfalls zu beschleunigen, wurden im Verordnungsvorschlag die Genehmigungsverfahren durch Einführung einer Frist von höchstens drei Monaten sowie eines vereinfachten Verfahrens für den Netzanschluss kleinerer Wärmepumpen gestrafft. Wärmepumpen zählen ebenfalls zu den Schlüsseltechnologien für die Erzeugung von Wärme und Kälte aus Umgebungsenergie und verfügen über ein erhebliches Potenzial, den Verbrauch von Gas bei der Wärmeversorgung sowohl in der Industrie als auch in Gebäuden zu verringern.²⁷

3. Ergänzende Massnahmen

a) Preissteuerung

Neben dem REPowerEU-Plan schlug die Europäische Kommission eine grosse Palette an Massnahmen im Umgang mit den hohen Energiepreisen vor, die teilweise bereits gelten. Die schon im Oktober 2021 präsentierte Toolbox der Europäischen Kommission zur Senkung der Energiepreise im Nachgang zur COVID-19-Pandemie²⁸ wurde im Frühjahr 2022 um die Mitteilung über kurzfristige Energiemarktinterventionen und langfristige Verbesserungen der Strommarktgestaltung sowie den REPowerEU-Plan ergänzt.²⁹ Diese Toolbox beinhaltet Instrumente, wie beispielsweise die finanzielle Unterstützung und gezielte Steuersenkung sowie Investitionen in erneuerbare Energien und Massnahmen bei der Energiespeicherung. Sie wurde als Reaktion auf die Preisanstiege in Europa vor dem Beginn des Ukrainekriegs eingeführt, da die weltweite Nachfrage nach Energie, speziell nach Gas, weltweit in Folge der globalen wirtschaftlichen Erholung nach der COVID-19-Pandemie erneut anstieg. Dies sorgte wiederum für höhere Preise in diesem Sektor. Die Instrumente der Toolbox zielen neben dem Schutz von benachteiligten Verbraucherinnen und Verbraucher auch auf die Stärkung der Resilienz gegenüber künftigen Preisschocks durch die Möglichkeit ab, auf die unmittelbaren Auswirkungen des Preisanstiegs rasch zu reagieren. Bei der Anwendung dieser Instrumente verstossen die Mitgliedstaaten dabei ausdrücklich nicht gegen die europäischen Wettbewerbsregeln.

²⁷ Erwägung (17), COM (2022) 591 final.

²⁸ Vgl. Factsheet der Europäischen Kommission „Steigenden Energiepreisen entgegenwirken: Ein Instrumentarium für Massnahmen und Unterstützungsleistungen“ vom 13. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/fs_21_5213>, mit Link zu dem dazugehörigen Dokument.

²⁹ Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2021, IP/21/5204.

Am 14. September 2022 hat die Europäische Kommission eine marktbezogene Notfallmassnahme auf den europäischen Energiemärkten vorgeschlagen, um gegen steigende Preise vorzugehen und die Ungleichgewichte im System zwischen Stromversorgern und -endverbrauchern zu beseitigen. Hintergrund waren die sommerlichen Wetterextreme als direkte Folge des Klimawandels. Dürren und extreme Hitze beeinträchtigten die Stromerzeugung durch Wasserkraft und Kernkraft in Europa massgeblich, wodurch sich das Angebot weiter verringerte. Dies hat zusätzlich zu einem Anstieg der Energiepreise geführt. Durch die marktbezogene Notfallmassnahme soll insbesondere das reibungslose Funktionieren des Energiebinnenmarkts gewahrt und mögliche Risiken der Versorgungssicherheit vorgebeugt werden. Die Europäische Kommission schlug zusätzliche Massnahmen basierend auf Art. 122 AEUV vor, um die Stromnachfrage konkret zu senken und allfällige Zufallsgewinne des Energiesektors abzuschöpfen und dadurch die Gewinne an die Bevölkerung und Industrie umzuverteilen.³⁰

Am 8. Oktober 2022 hat die Europäische Kommission weitere Vorschläge zur Senkung der hohen Gaspreise und zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit in der EU in einer neuen Dringlichkeitsverordnung unterbreitet.³¹ Die Verordnung enthält dabei drei wichtige Elemente, die den hohen Energiepreisen entgegenwirken und die Versorgungssicherheit gewährleisten sollen. Als Erstes soll es durch die Bündelung der Nachfrage in der EU und durch die gemeinsame Gasbeschaffung möglich sein, einen besseren Beschaffungspreis auszuhandeln und gleichzeitig das Risiko zu verringern, dass sich die Mitgliedstaaten auf dem Weltmarkt gegenseitig überbieten (siehe oben, [I.2.b](#)). Dieses vereinte Auftreten wird sich in der Folge auch auf die Sicherstellung der Versorgungssicherheit in der gesamten EU auswirken. Zweitens sollen die Ausarbeitung eines neuen Referenzwertes für die LNG-Bepreisung bis März 2023, ein kurzfristiger Vorschlag eines Preiskorrekturmechanismus zur Festlegung einer dynamischen Preisgrenze für Transaktionen an der Title Transfer Facility (TTF) Gasbörse sowie eine befristete Festsetzung eines Preiskorridors bzw. einer Preisspanne dazu dienen, extreme Preisspitzen auf den Derivatemärkten zu verhindern und damit die hohen Preise an den Gasbörsen drosseln. Diese gezielte Intervention bei den Preisen auf den Gasmärkten rechtfertigt die Europäische Kommission insbesondere damit, dass trotz dem preislichen Höchststand im Sommer 2022 eine wachsende Zahl von Bürgerinnen und Bürger nach wie vor unhaltbar hohe Preise für Energie bezahlen und deswegen die Strompreise abgedeckt werden müssten. Drittens sollen die Energiesolidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Falle von Versorgungsengpässen (mit

³⁰ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14. September 2022, IP/22/5489.

³¹ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 18. Oktober 2022, IP/22/6225.

Ausweitung der Solidaritätspflicht auf Mitgliedstaaten ohne direkte Pipeline-Verbindung, wodurch auch Mitgliedstaaten mit einer LNG-Anlage einbezogen werden) gestärkt und dadurch eine Nachfragesenkung erzielt werden. Hierzu haben aber nicht sämtliche Mitgliedstaaten die erforderlichen bilateralen Solidaritätsvereinbarungen abgeschlossen, weswegen die Europäische Kommission vorschlägt, Standardregelungen zu implementieren (siehe [1.2.b](#)). Dadurch soll sichergestellt werden, dass ein Mitgliedstaat in der Notlage gegen einen fairen Ausgleich das von einem anderen Mitgliedstaat erhält.

Die extremen Preisspitzen im Gasbereich im August 2022 sorgten für Übersprungeffekte auf die Strompreise und führten teilweise zu einem Anstieg der Gesamtinflation, die sich schädlich auf die europäische Wirtschaft auswirkten. Die Europäische Kommission schlug deswegen am 22. November 2022 gestützt auf Art. 23 und 24 des Kommissionsvorschlags vom 18. Oktober 2022 vor, die übermässig hohen Gaspreise zu deckeln.³² Sie liess verlauten, dass sie den Aufforderungen vieler Staats- und Regierungschefs nachkommen wolle und unter umfassender Konsultation der Mitgliedstaaten einen dynamischen Preisdeckel für Erdgas einführen möchte. Dieser soll dabei dynamisch gestaltet werden und dadurch die Versorgungssicherheit garantieren. Dieser Marktkorrekturmechanismus soll wesentliche Elemente zur Wahrung der Finanzstabilität beinhalten und muss zunächst noch von einer qualifizierten Mehrheit der Mitgliedstaaten angenommen werden. Die Europäische Kommission wurde in Anbetracht der anhaltenden Krise zudem vom Europäischen Rat dahingehend aufgefordert, dringend konkrete Beschlüsse über zusätzliche Massnahmen zur Bekämpfung hoher Energiepreise vorzulegen. Diese sollten ebenfalls einen befristeten dynamischen Preiskorridor für Erdgasgeschäfte,

³² Vgl. dazu entsprechende Webseite des Europäischen Rates, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/11/24/further-measures-to-tackle-the-energy-crisis-council-agrees-on-joint-purchases-of-gas-and-a-solidarity-mechanism/>. Der Europäische Rat hatte sich darauf verständigt, dass in Anbetracht der anhaltenden Krise die Anstrengungen zur Verringerung der Nachfrage, zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit, zur Vermeidung einer Rationierung und zur Senkung der Energiepreise für Haushalte und Unternehmen in der gesamten Union beschleunigt und intensiviert werden müssen und dass die Integrität des Binnenmarktes gewahrt bleiben muss. Ferner bekräftigte er, dass die Investitionen in die Energieeffizienz, zukunftsichere Energieinfrastruktur einschliesslich Verbindungsleitungen, in Speicheranlagen und in innovative Technologien für erneuerbare Energien aufgestockt werden müssen. Er ersuchte deshalb die Europäische Kommission, die Arbeit an der Strukturreform des Strommarktes inklusive einer Abschätzung der Folgen zu beschleunigen und forderte weitere Fortschritte auf dem Weg zu einer vollständigen Energieunion. Letzteres soll dem europäischen Doppelziel der europäischen Energiesouveränität und der Klimaneutralität dienen.

unter der Berücksichtigung notwendiger Sicherungsmassnahmen, einschliessen, um weitere allfällige Phasen exzessiver Gaspreise unmittelbar zu begrenzen. Am 19. Dezember 2022 erzielte der Europäische Rat schliesslich eine Einigung über einen auf ein Jahr befristeten Marktkorrekturmechanismus zur Begrenzung übermässig hoher Gaspreise, mit der Möglichkeit der Verlängerung nach erneuter Überprüfung.³³ Die Verordnung wird am 16. Februar 2023 in Kraft treten. Der Marktkorrekturmechanismus wird dabei automatisch aktiviert, wenn der sogenannte TTF-Month-Ahead-Preis drei Tage lang 180 EUR/Megawattstunde übersteigt und der TTF-Month-Ahead-Preis während desselben Dreitagezeitraums 35 EUR über dem Referenzpreis für LNG auf den Weltmärkten übersteigt.³⁴

Am 15. November 2022 einigten sich das Europäische Parlament und die Mitgliedstaaten auf einen neuen EU-Haushalt für das nächste Jahr. Überlegungen zur gegenwärtigen Krise spielten dabei eine gewichtige Rolle, besonders im Hinblick auf die grenzübergreifende Transport- und Energieinfrastruktur. Für letzteres wurde das Budget auf drei Mrd. EUR aufgestockt.³⁵

b) EU-Green Deal

Der europäische Grüne Deal ist der langfristige Wachstumsplan der EU, um Europa als ersten Kontinent bis 2050 klimaneutral zu machen. Dieses Ziel ist im Europäischen Klimagesetz verankert, ebenso wie die rechtsverbindliche Verpflichtung, die Nettotreibhausgasemissionen bis 2030 um mindestens 55% gegenüber dem Stand von 1990 zu senken. Die Europäische Kommission hat im Juli 2021 ihr Legislativpaket „Fit für 55“ vorgelegt, mit dem diese Ziele umgesetzt werden sollen. Durch die Umsetzung der Vorschläge würde der Gasverbrauch bis 2030 bereits um 30% gesenkt, wobei mehr als ein Drittel dieser Einsparungen aus der Erreichung des Energieeffizienzziels der EU resultieren würde.³⁶

³³ Vgl. dazu Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 22. November 2022, IP/22/7065.

³⁴ Vgl. dazu Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 19. Dezember 2022, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/12/19/council-agrees-on-temporary-mechanism-to-limit-excessive-gas-prices/>>.

³⁵ Vgl. dazu die entsprechende Webseite des Europäischen Rates, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/11/15/eu-budget-for-2023-council-and-parliament-reach-agreement/>>.

³⁶ Vgl. dazu die entsprechende Webseite der Europäischen Kommission, abrufbar unter <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de>.

Am 27. Juni 2022 legte der Europäische Rat seine Verhandlungspositionen zu zwei Vorschlägen fest, die energiepolitische Aspekte der Klimawende der EU im Rahmen des „Fit für 55“-Pakets behandeln. Sie betreffen die Erneuerbare-Energien-Richtlinie sowie die Energieeffizienzrichtlinie. Dabei wurde die Anhebung des EU-Energieeffizienzziels von 9% auf 13% für 2030 durch ehrgeizigere Energieeinsparungen beschlossen sowie die Anhebung des EU-Ziels für erneuerbare Energien von 40% auf 45% bis 2030.³⁷

Zwischenzeitlich hat das Europäische Parlament am 6. Juli 2022 bestimmte Atomkraft- und Erdgasaktivitäten als nachhaltig eingestuft.³⁸ Dieser teilweise als Ausbremsung der europäischen Energiewende bezeichneter Rechtsakt wurde von der Europäischen Kommission bereits am 31. Dezember 2021 präsentiert. Sie schlug vor, Kernenergie und Erdgas als nachhaltige Investitionen der EU-Taxonomie einzuverleiben. Damit folgte das Europäische Parlament dem delegierten Rechtsakt zur Taxonomie-Verordnung der Europäischen Kommission und ebnete den Weg, unter bestimmten Voraussetzungen gewisse Atomenergie- und Erdgasaktivitäten in die Liste der ökologisch nachhaltigen Wirtschaftstätigkeiten nach der EU-Taxonomie aufzunehmen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission spielen private Investitionen in Erdgas- und Atomkraftaktivitäten für die Umsetzung des Aktionsplans zur Finanzierung des nachhaltigen Wachstums eine wichtige Rolle. So sollen umweltverträgliche Investitionen gefördert und der sogenannte Grünfärberei vorgebeugt sowie die Beschleunigung der Dekarbonisierung angeregt werden. Die Erdgas- und Atomkraftaktivitäten sind allerdings nur als Übergangstätigkeiten eingestuft und an bestimmte Bedingungen sowie Transparenzanforderungen geknüpft.

Am 14. Juli 2022 hat die Europäische Kommission im Rahmen des „Fit für 55“-Pakets umfangreiche Pläne für mehr Klimaschutz vorgestellt, wozu ein Verkaufsverbot für Neuwagen mit Verbrennungsmotor ab 2035 und eine Kerosinsteuer für innereuropäische Flüge zählen. Zudem wurde das Zwischenziel auf dem Weg zur Klimaneutralität beim Kohlendioxidausstoß, welches derzeit pro Kilometer bei 95 Gramm liegt, um 15% bis 2025 und um 37,5% bis 2030 angehoben. Nach bisherigem Stand der Technik könnten Autos mit Verbrennungsmotoren in grossem Masse nur durch Elektroautos ersetzt werden. Die Europäische Kommission erachtet dazu auch erhebliche Investitionen in Lad-

³⁷ Vgl. Europäischer Rat, Pressemitteilung vom 27. Juni 2022, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/06/27/fit-for-55-council-agrees-on-higher-targets-for-renewables-and-energy-efficiency/>.

³⁸ Vgl. Europäisches Parlament, Pressemitteilung vom 6. Juli 2022, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20220701IPR34365/taxonomie-keine-einwande-gegen-einstufung-von-gas-und-atomkraft-als-nachhaltig>.

einfrustrukturen für Elektroautos als notwendig. Das künftige Zulassungsverbot für neue Autos mit Verbrennungsmotor soll die Weichen für einen umfassenderen und selbstlaufenden Elektromobilitätsmarkt stellen. Derzeit verhandeln die gesetzgebenden EU-Institutionen im Rahmen des Trialogs die Details, wobei ein Ergebnis im Jahr 2023 erwartet wird.³⁹

Am 25. Oktober erzielte der Europäische Rat eine Einigung über einen Vorschlag zur Überarbeitung der Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden. Damit soll erreicht werden, dass alle neuen Gebäude bis 2030 Nullemissionsgebäude sind und dass die bestehenden Gebäude bis 2050 in Nullemissionsgebäude umgewandelt werden. Mehr als ein Drittel der Treibhausgasemissionen in der EU ist auf den Gebäudepark zurückzuführen. Die Verringerung des Energieverbrauchs und die Steigerung der Energieeffizienz ist mit Hinblick auf Zielerreichung der Klimaneutralität bis 2050 unerlässlich.⁴⁰

Im Zusammenhang der COP 27, die vom 6. bis 18. November 2022 in Scharm El-Scheich tagte, hat die EU die Notwendigkeit neuer, strategischer Partnerschaften erkannt. Die EU hat hierzu beschlossen, ihre Zusammenarbeit mit Ägypten zu intensivieren und ist eine Partnerschaft für erneuerbaren Wasserstoff zur gerechten Energiewende in Ägypten eingegangen.⁴¹ Zudem betonte der Vizepräsident der Europäischen Kommission, dass trotz der russischen Invasion in die Ukraine – oder gerade deswegen – der Übergang von den fossilen Brennstoffen hin zu den erneuerbaren Energien beschleunigt werden würde. So hat die EU im Auftakt der COP 27 die Erhöhung der Ziele für 2030 angekündigt. Das Ziel gesamthaften der Emissionsreduzierung in der EU wurde zudem von 55% auf 57% angehoben und soll durch den Ausbau der erneuerbaren Energien und durch Energieeffizienz erzielt werden.⁴²

³⁹ Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/631 im Hinblick auf eine Verschärfung der CO₂-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge im Einklang mit den ehrgeizigeren Klimazielen der Union vom 14. Juli 2021, COM (2021) 556 final.

⁴⁰ Vgl. Europäischer Rat, Pressemitteilung vom 25. Oktober 2022 über strengere Vorschriften für die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/10/25/fit-for-55-council-agrees-on-stricter-rules-for-energy-performance-of-buildings/>>, mit Links zu den dazugehörigen Dokumenten und Infografik.

⁴¹ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 16. November 2022, IP/22/6925.

⁴² Vgl. dazu entsprechendes Interview vom Vizepräsidenten der Europäischen Kommission vom 11. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.euractiv.de/section/energie-und-umwelt/news/eu-klimakommissar-klimaziel-fuer-2030-kann-um-2-erhoeht-werden/>>.

Am 9. Dezember 2022 erzielten das Europäische Parlament und der Europäische Rat eine vorläufige Einigung über die Überarbeitung für Batterien, um den technologischen Entwicklungen und künftigen Herausforderungen zu begegnen, die vom Design über den Verbrauch bis hin zum Recycling zu neuen Produkten reichen. Die Aktualisierung der Batterierichtlinie steht im Zusammenhang mit dem EU-Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft und der EU-Industriestrategie.⁴³ Durch die Sicherstellung der Wiederverwendung, der Wiederaufbereitung und des Recyclings am Ende der Lebensdauer einer Batterie soll der umweltschädlichen Kehrseite der Elektromobilität Rechnung getragen werden. Die Batterien sollen demnach nachhaltiger, leistungsfähiger und langlebiger werden. Zudem soll neu eine Kategorie von Batterien für sogenannte leichte Verkehrsmittel, wie E-Bikes oder E-Scooter, eingeführt werden. Die Erschließung des Batteriemarktes ist für die EU in strategischer Hinsicht bedeutsam, da bis 2030 die weltweite Nachfrage nach Batterien um das 14-fache steigen wird, wovon etwa 17% auf die EU entfallen werden. Diese Prognose lässt sich insbesondere auf den Aufstieg der digitalen Wirtschaft, den Ausbau der erneuerbaren Energien sowie der zunehmend kohlenstoffarmen Mobilität zurückführen.⁴⁴

⁴³ Richtlinie (EG) 2006/66 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 über Batterien und Akkumulatoren sowie Altbatterien und Alttakkumulatoren und zur Aufhebung der Richtlinie 91/157/EWG (Text von Bedeutung für den EWR.), ABL. L 266/1 vom 26. September 2006.

⁴⁴ Vgl. zu den neuen EU-Vorschriften für nachhaltigere und ethisch bedenkenlose Batterien die entsprechende Webseite des Europäischen Parlaments, abrufbar unter: <<https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/economy/20220228STO24218/neue-eu-vorschriften-fur-nachhaltigere-und-ethisch-bedenkenlose-batterien>>.

II. Bedeutung für die Schweiz

2022 war das Jahr, in dem auch die Schweiz unliebsame Realitäten zur Kenntnis nehmen musste, welche namentlich ihre Energieversorgung betreffen:

- Die neuen geopolitischen Gegebenheiten mit ihren Auswirkungen auf die europäischen Energiemärkte sowie auf die Energieversorgung Westeuropas mit Erdgas und Strom wurden einleitend unter Ziff. I/1 bereits kurz dargelegt.
- Der gezielte Angriff auf Energieinfrastrukturen in der Ukraine und die Instrumentalisierung der Energieversorgung ganz Westeuropas als Druckmittel hat selbstverständlich auch negative Auswirkungen auf die Schweiz und auf ihre Energieversorgungssituation sowie potenziell auf ihre Systemsicherheit bzw. die Netzstabilität des europäischen Stromverbundnetzes.

Dies alles führte dazu, dass auf den Winter 2022/23 eine *Energiemangel*lage zu befürchten stand, und zwar sowohl in Bezug auf die Gasversorgung als auch in Bezug auf die Stromversorgung, die, europaweit betrachtet, ihrerseits wiederum von der Gasversorgungssituation abhängt. Die Grosshandelspreise auf den europäischen Energiemärkten, die bereits 2021 gestiegen waren, gingen 2022 durch die Decke. Die europäischen Grosshandelspreise wirken sich auch auf die Schweiz aus, die ihrerseits ein „Pricetaker“ ist. Etliche Energiehändler, worunter auch Schweizer Energiekonzerne mit systemkritischen Stromproduktionsanlagen, kamen aufgrund der Höhe der nunmehr zu leistenden Sicherheiten in Liquiditätsengpässe und fragten vereinzelt beim Bund um Unterstützung nach. Der Bund musste im Mai 2022 einen Rettungsschirm in der Form von subsidiären Finanzhilfen aufspannen⁴⁵ und Anfang September kurzfristig in Kraft setzen;⁴⁶ das entsprechende „ordentlich“ beratene Bundesgesetz, das befristete Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft (FiREG)⁴⁷, wurde vom Parlament am 30. September verabschiedet und per 1. Oktober 2022 in Kraft gesetzt. Die angekündigte Folgeregulierung für die Zeit nach 2026 befin-

⁴⁵ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 18. Mai 2022, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88855.html>>, mit Link zur Botschaft.

⁴⁶ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 6. September 2022, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90234.html>>.

⁴⁷ Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft (FiREG) vom 30. September 2022; SR 734.91.

det sich auch bereits in der Pipeline: So hat der Bundesrat noch im Dezember 2022 die Vernehmlassung zu einem Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz in den Energiegrosshandelsmärkten (GATE) eröffnet.⁴⁸

Die drohende Energiemangellage löste ab Februar 2022 auch sonst eine regelrechte Regulierungswelle von dringlichen Massnahmen des Bundesrates aus, dies, wo immer möglich, unter (kurzfristigem) Miteinbezug des Parlaments bzw. unter Durchführung einer (kurzen) Vernehmlassung oder Konsultation.

So befand sich die Schweiz wie ihre Nachbarländer bzw. die EU 2022 im Krisenpräventionsmodus, allerdings nicht im selben Boot – eine unkomfortable Situation. Sehr deutlich war nämlich die Abhängigkeit der Schweiz von Gas- und Stromimporten aus ihren Nachbarländern ersichtlich geworden, und gelangte damit die Abhängigkeit der Energieversorgung der Schweiz von der EU wohl erstmals auch ins öffentliche Bewusstsein. Der selbstgewählte europapolitische Betriebsmodus ohne ein Rahmenabkommen⁴⁹ und damit auch ohne ein Strom- bzw. Energieabkommen mit der EU verschlechtert die Situation der Schweiz im Vergleich zu ihren Nachbarländern insofern, als EU-Mitgliedstaaten bei knappen Energieressourcen von den Solidaritätsmechanismen innerhalb der EU profitieren würden,⁵⁰ was jedoch für die Schweiz gerade nicht gilt. Das Fehlen eines Strom- bzw. Energieabkommens kann sich daher – wie die NZZ zu Recht schreibt⁵¹ – als „Brandbeschleuniger“ des Energieversorgungsproblems der Schweiz erweisen, in welches sie, nunmehr unbestreitbar, kurz- bis mittelfristig hineinzulaufen droht. Denn – dies eine weitere unliebsame Realität – die Schweizer Energiewende bzw. der dafür erforderliche Zu- und Ausbau an erneuerbarer Energieproduktion ist noch nicht so weit fortgeschritten, als dass ein ausreichender Eigenversorgungsgrad der Schweiz vor allem im Winterhalbjahr gewährleistet wäre. Diese Fakten hatte der Bundesrat zwar bereits im Herbst 2021 zur Kenntnis nehmen müssen. Allerdings hat sich die Dringlichkeit des Ergreifens entsprechender Massnahmen in der Zwischenzeit mit einer Heftigkeit verschärft, die so wohl nicht vorhersehbar war. Die Ereignisse im Jahr 2022 haben nicht nur die Dringlichkeit, sondern ebenso deutlich gemacht, dass die bisher in die Wege geleiteten Massnahmen nicht ausreichen würden.

⁴⁸ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. Dezember 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-92216.html>>, mit Links zum Erlasstext sowie Erläuterungen.

⁴⁹ Es wird auf den Bundesratsentscheid vom 26. Mai 2021 verwiesen.

⁵⁰ Vgl. dazu vorn, Ziff. I/2 lit. b.

⁵¹ Vonplon David /Gafafer Tobias, Energiekrise erschwert Lösungen mit der EU, in: NZZ vom 14. November 2022, 8.

2022 war somit in der Schweiz wie in der EU wohl das Jahr der grossen innen- und aussenpolitischen Energiethemen. Es hat die Abhängigkeit der Schweiz in dieser Hinsicht, und zwar namentlich von den Gasreserven der EU erkennbar werden lassen. Dass sich Ende 2022 nicht zuletzt dank dem hohen Gasspeicherfüllstand in der EU eine gewisse Entspannung der Lage mit Wirkung auch für die Schweiz abzeichnete,⁵² ändert nichts daran, dass die Themen und die Ergreifung kurzfristig möglicher Massnahmen im Hinblick auf den nächsten Winter 2023/24 dringlich bleiben. Von grosser Bedeutung für die Importmöglichkeiten der Schweiz ist nicht nur der Gasspeicherfüllstand in der EU, sondern auch der französische Kernkraftwerkpark, von welchem 2022 vorübergehend die Hälfte in Revision war.

Auch wird es bis auf weiteres dabei bleiben, dass als Folge des Ausschlusses der Schweiz von den Mechanismen und Marktplattformen im europäischen Stromhandel unverändert und ab 2025 mit Inkrafttreten der 70%-Regel für europäische Übertragungsnetzbetreiber⁵³ noch vermehrt mit ungeplanten Stromflüssen durch die Schweiz zu rechnen ist. Kommt hinzu, dass die Pflicht, 70% der grenzüberschreitenden Netzkapazitäten für den Stromhandel innerhalb der EU freizuhalten, die für den Import in die Schweiz im Winterhalbjahr benötigten Kapazitäten tendenziell verknappt.

Wenn der Bundesrat in seiner Lagebeurteilung der Beziehungen Schweiz-EU vom 9. Dezember 2022 den Stand der seit März 2022 aufgenommenen Sondierungsgespräche mit der EU zusammenfasst, geht daraus (u.a.) hervor, dass die „Idee eines [vertikalen] Paketansatzes“⁵⁴ von beiden Seiten mitgetragen wird (vgl. Ziff. 6), was sicher ein positives Signal ist, und dass der Bundesrat unverändert auch ein Stromabkommen anstrebt (vgl. Ziff. 5). Die bisherigen Sondierungsgespräche betrafen auch den Bereich Strom, wo der Handlungsbedarf wohl am grössten ist.⁵⁵

⁵² Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91053.html>>, mit Link zu einer Studie der Swissgrid AG im Auftrag des BFE.

⁵³ Vgl. zum sog. Clean Energy for all Europeans Package von 2016 die Website der EU-Kommission, abrufbar unter: <https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans-package_en>.

⁵⁴ Dies der neue Verhandlungsansatz, welcher vom Bundesrat an seiner europapolitischen Klausurtagung vom 23. Februar 2022, auf der Basis eines Berichts des EJPD vom 10. Januar 2022 beschlossen wurde; vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 25. Februar 2022, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-87349.html>>, mit Link zum Bericht.

⁵⁵ Vgl. Tobias Gafafer, In der Europapolitik schlägt wieder einmal die Stunde der Wahrheit. Der Bundesrat hat noch drei Optionen, in: NZZ vom 7. März 2023.

Derzeit besteht Anlass zu (vorsichtiger) Hoffnung, dass das Ende 2018 technisch verhandelte Stromabkommen oder gar ein Energieabkommen mit der EU in absehbarer Zeit vielleicht doch noch Realität werden könnten (?). Allerdings müsste dafür auch noch das innenpolitische Timing stimmen, wird sich doch der Nationalrat im Rahmen der Beratung des sog. Mantelerlasses zur sicheren Stromversorgung mit erneuerbaren Energien im Frühjahr 2023 als Zweitrat mit der Frage der vollständigen Strommarktöffnung zu befassen haben. Der Ständerat als Erstrat hatte diese im Oktober 2022, anders als vom Bundesrat vorgeschlagen, noch klar abgelehnt. Sollte auch der Zweitrat eine volle Strommarktöffnung in grundsätzlicher Art und Weise zurückweisen,⁵⁶ steht zu befürchten, dass der sich leicht öffnende Spalt in der Türe für den Abschluss eines Stromabkommens gleich wieder schliessen könnte. Denn es ist nicht anzunehmen, dass die EU von der Voraussetzung der vollständigen Marktöffnung absehen wird.

Die Alternative bleibt bis auf weiteres der aufwändige und beschwerliche Weg der technischen Abkommen mit den Nachbarländern bzw. deren Übertragungsnetzbetreibern, den die nationale Netzgesellschaft Swissgrid AG seit ein paar Jahren mit wechselndem Erfolg zu beschreiten versucht. So ist es ihr zwar gelungen, mit den Behörden und den Netzbetreibern der Region Italien Nord ein Abkommen zu schliessen, welches die Situation an der Schweizer Südgrenze einstweilen entschärft. Die EU-Regulatoren werfen solchen privatvertraglichen technischen Lösungen jedoch zunehmend Knüppel zwischen den Beinen⁵⁷ und versperren den Schweizer Akteuren sogar den Zugang zu technischen Gremien, in welchen sie noch Einsitz hatten.

⁵⁶ Und dies tut die UREK-N offenbar, indem sie sich mehrheitlich gegen eine weitere Marktöffnung ausgesprochen hat; vgl. Medienmitteilung vom 23. Februar 2023, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-urek-n-2023-02-23.aspx>>.

⁵⁷ Vgl. dazu den Bericht von 2021, wie er vom Bundesrat am 13. Oktober 2021 zur Kenntnis genommen wurde, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-85447.html>>, sowie die Informationen auf der Website von Swissgrid, abrufbar unter: <www.swissgrid.ch>.

I. Energie- und Klimapolitik

a) Energiestrategie 2050

Wenngleich das BFE auf der Basis seines Monitorings zur Energiestrategie 2050 (ES 2050) gestützt auf Art. 55 EnG jedes Jahr Fortschritte vermeldet,⁵⁸ ist namentlich der *Aus- und Zubau der Produktion aus erneuerbaren Energien*⁵⁹ noch nicht so weit fortgeschritten, dass die Ziele der Energiestrategie 2050 erreicht werden können, geschweige denn, dass die mit der sukzessiven Ausserbetriebnahme der verbleibenden Kernkraftwerke fehlende Bandenergie zeitgleich ersetzt werden könnte. Letzteres trifft noch nicht einmal auf die seit der Ausserbetriebnahme des Kernkraftwerks Mühleberg fehlenden 375 MW Produktionsleistung zu.

Der Bundesrat schreibt in seiner Medienmitteilung vom 16. Dezember 2022⁶⁰ zum Stand der ES 2050 gemäss Fünfjahresbericht Folgendes:⁶¹

„[...] Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 16. Dezember 2022 den ersten Bericht gutgeheissen, der alle fünf Jahre vorgenommen wird. [...] Der heute gutgeheissene Bericht zeigt: Die kurzfristigen Ziele (2020) für den Ausbau der inländischen, erneuerbaren Stromproduktion und zum Energieverbrauch wurden erreicht. Für das übergeordnete Ziel von Netto-Null Treibhausgasemissionen bis 2050 reichen die bestehenden energiepolitischen Massnahmen jedoch nicht aus. *Aufgrund der langen Investitionszyklen im Energiesystem ist der Handlungsdruck gross.* Die bereits aufgegleisten und geplanten zusätzlichen Massnahmen sowie die Entwicklungen an den Energiemärkten dürften mittelfristig die Anreize für den notwendigen Ausbau der erneuerbaren Energieerzeugung und einen sparsamen Energieverbrauch wesentlich stärken. Dazu gehören die *Massnahmen im Bundesgesetz über eine sichere Stromversor-*

⁵⁸ Vgl. dazu die Website des BFE, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/statistik-und-geodaten/monitoring-energiestrategie-2050.html>>, mit Links zu den Berichten.

⁵⁹ Vgl. dazu die vom BFE im September 2022 publizierten Zahlen 2021, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90221.html>>: Der Anteil neuer erneuerbarer Energieträger im Produktionsmix betrug knapp 7,7%.

⁶⁰ Vgl. Website des Bundesamtes für Energie, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-92217.html>>, mit Link zum Fünfjahresbericht.

⁶¹ Mit Hervorhebungen durch die Verfasserin.

gung mit erneuerbaren Energien, Verfahrensbeschleunigungen⁶², administrative und steuerliche Erleichterungen für den Photovoltaik-Ausbau, die Umsetzung der Wasserkraftprojekte des Runden Tisches Wasserkraft und Arbeiten zu weiteren Stromeffizienzmassnahmen. Der Bundesrat hat die mittel- und langfristigen Rahmenbedingungen mit der Weiterentwicklung der Energiestrategie 2050 kontinuierlich verbessert und durch die Massnahmen der Klimapolitik ergänzt. Hinzu kommen die Arbeiten im Wärmebereich sowie bei der Sektorkopplung (Wasserstoff, Negative Emissionstechnologien, nationales Register für erneuerbare Treib- und Brennstoffe), die nun rasch vorankommen müssen.

Der Ukraine-Krieg hat die Risiken deutlich aufgezeigt, die mit der Abhängigkeit der Schweiz von Öl und Gas aus dem Ausland verbunden sind. Das fehlende Stromabkommen mit der EU bringt zusätzliche Herausforderungen, da die Schweiz ohne Vereinbarung im europäischen Strommarkt zunehmend marginalisiert wird. Dies kann zu spürbaren Auswirkungen auf die Stromversorgungssicherheit führen. Mit dem Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien will der Bundesrat die Versorgungssicherheit mittel- und längerfristig stärken. Aufgrund der aktuellen Lage wurden verschiedene Instrumente vorgezogen, z.B. der Einsatz von Wasserkraftreserve⁶³, Reservekraftwerken und Notstromgruppen, damit sie bereits für den Winter 2022/23 bereitstehen.⁶⁴

Der Umbau des Energiesystems und die Entwicklungen im internationalen Umfeld erhöhen die Anforderungen an die Stromnetze. Mit der seit Mitte 2019 geltenden ‚Strategie Stromnetze‘, die auch einen Szenariorahmen für die Stromnetzplanung 2030/40 beinhaltet, soll das Schweizer Stromnetz dafür fit gemacht werden. Wichtig ist auch eine wirksame Flexibilitätsregulierung, wie sie im Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vorgeschlagen wird. Die stärkere Nutzung der Flexibilität (netzdien-

⁶² Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 3. Februar 2022 betreffend die vom Bundesrat im Februar bis Mai 2022 durchgeführte Vernehmlassung zur Verfahrensbeschleunigung für Wasserkraft- und Windenergieanlagen, abrufbar unter: <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-87045.html>>.

⁶³ Vgl. dazu die Verordnung über die Errichtung einer Wasserkraftreserve (WResV) vom 7. September 2022; SR 734.722.

⁶⁴ Vgl. die sog. Winterreserveverordnung, welche die Wasserkraftreserververordnung per 1. Februar 2023 ablösen wird, sowie dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. Oktober 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90735.html>>.

liche Steuerung von Verbrauch und Einspeisung) trägt dazu bei, Engpässe zu vermeiden, die dezentrale, erneuerbare Stromproduktion besser zu integrieren und teure Netzausbauten zu reduzieren.

Energie- und Klimapolitik sind eng miteinander verknüpft. Die Massnahmen der Energiestrategie leisten einen wichtigen Beitrag zur Erreichung der Klimaziele des Bundes und umgekehrt. *Der Umbau der Energieversorgung wirkt sich aber auch auf die Umwelt aus, beispielsweise auf die Gewässer oder die Landnutzung. Sie wird mit den erneuerbaren Energien gesamthaft jedoch deutlich geringer belastet als mit den fossilen Energien. Durch Effizienz können zusätzlich negative Umweltauswirkungen vermieden werden.* Seit 2018 schreibt das Energiegesetz der Nutzung erneuerbarer Energien und ihrem Ausbau ein nationales Interesse zu, so dass sie bei einer Interessensabwägung den gleichen Status wie Schutzinteressen geniessen. Die Wirkung dieser Massnahme lässt sich aufgrund der kurzen Geltungsdauer noch nicht beurteilen. *Der Bundesrat hat 2022 ausserdem Vorschläge zur Beschleunigung der Planungs- und Bewilligungsverfahren von Wasserkraft- und Windkraftanlagen zur Diskussion gestellt. Und das Parlament hat im Herbst unter anderem dringliche Massnahmen zu einem forcierten Ausbau der Solarenergie in Kraft gesetzt.*⁶⁵

Die Schweizer Energieforschung liefert wertvolle Erkenntnisse und Grundlagen für neue Technologien zur Erreichung der Energie- und Klimaziele. Die Forschung muss daher weitergeführt werden und sowohl technische als auch sozioökonomische Fragestellungen behandeln. Das Monitoring der Entwicklungen bei der Kerntechnologie zeigt, dass in absehbarer Zeit keine Durchbrüche zu erwarten sind, die das im Gesetz verankerte Verbot für die Erteilung von Rahmenbewilligungen für neue Kernkraftwerke in Frage stellen. Die globale Entwicklung der Kerntechnologien und die Forschung in diesem Bereich werden weiter beobachtet.

⁶⁵ Dabei hatte der Bundesrat per 1. Juli 2022 bereits eine Revision der Raumplanungsverordnung (RPV) in Kraft gesetzt, welche den Bau neuer, standortgebundener Solaranlagen ausserhalb der Bauzonen vereinfacht und beschleunigt; vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 3. Juni 2022, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-89099.html>. Das Parlament ging dann aber mit seiner ‚Solar-Offensive‘ noch weit darüber hinaus und erlaubt den Bau von Grossanlagen ausserhalb des Siedlungsgebiets unabhängig vom Vorhandensein bereits bestehender Infrastrukturen wie Staumauern u.ä. Die entsprechenden Verordnungsanpassungen wurden vom Bundesrat am 5. Dezember 2022 in die Konsultation gegeben; vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 5. Dezember 2022, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-92061.html>.

Empfehlungen

Die heute geltenden Massnahmen reichen nicht aus, um die langfristigen Energie- und Klimaziele zu erreichen. Mit dem Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien will der Bundesrat darum den Ausbau der erneuerbaren, inländischen Energien und die Energieeffizienz verstärken und eine Energiereserve für den Winter schaffen. Auf die derzeit angespannte Situation auf den Energiemärkten hat der Bundesrat mit Vorsorgemassnahmen reagiert und Elemente aus dem Bundesgesetz, das derzeit noch in der parlamentarischen Beratung steht, per Verordnung vorgezogen.

Weiter hat der Bundesrat die Energieeffizienzverordnung per 1. Januar 2023 verschärft, wodurch energieintensive Geräte nicht mehr auf den Markt kommen. Den Teil Fördermassnahmen des Bundesgesetzes für eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien hat das Parlament mit einer Revision des Energiegesetzes bereits vorgezogen. Um den Ausbau der erneuerbaren Energien verstärkt zu fördern, hat der Bundesrat entsprechenden Ordnungsrevisionen per 1. Januar 2023 in Kraft gesetzt.⁶⁶ Das ermöglicht unter anderem die Durchführung von Auktionen für PV-Anlagen.

Das Parlament hat bereits dringliche Massnahmen zum Ausbau der Winterenergie beschlossen und diskutiert über weitere neue Regelungen. Das sich verändernde Marktumfeld dürfte zusätzliche Anreize setzen zum Ausbau der erneuerbaren Energieerzeugung sowie zu einem sparsamen Verbrauchsverhalten und verbesserter Energieeffizienz. Der Bericht schlägt daher zum jetzigen Zeitpunkt keine weiteren Massnahmen vor. Die Umsetzung der bereits eingeleiteten Massnahmen und deren Wirkung werden genau beobachtet.“

Diese Zusammenfassung bleibt in der Hinsicht zu ergänzen, dass die vom Bundesrat vorgezogen in Kraft gesetzte Winterreserve neben einer bei Bedarf abrufbaren Hydroreserve auch die Option zusätzlicher inländischer Stromproduktion aus Gasreservekraftwerken sowie aus der Kontrahierung von Notstromaggrega-

⁶⁶ Von Ende März bis Anfang Juli 2022 wurde dazu eine Vernehmlassung durchgeführt; vgl. Medienmitteilungen des Bundesamtes für Energie vom 30. März 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-87797.html>>, sowie vom 23. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-91862.html>>.

ten mitumfasst.⁶⁷ Dies führt mit aller Deutlichkeit vor Augen, dass es sich hierbei wirklich um eine *Absicherung gegen drohende Not- und Mangellagen* handelt.

In der Zusammenfassung des Berichts des Bundesrates über den Stand der ES 2050 per Mitte Dezember 2022 wird auch die europapolitische Dimension der Energieversorgungssicherheit angesprochen. Einstweilen aber bleibt der Schweiz wohl nichts anderes übrig, als sich mit einer Hydroreserve als auch der Option kurzfristiger zusätzlicher inländischer Stromproduktion aus nicht erneuerbarer Energie gegen drohende Not- und Mangellagen abzusichern.

Sodann muss der Aus- und Zubau inländischer erneuerbaren (Winter-)Produktion (PV, Wasserkraft und Wind) namentlich im alpinen Raum noch dezidiierter als bisher vorangetrieben werden, um die Importabhängigkeit der Schweiz im Winterhalbjahr zu reduzieren. Die EU macht vor, wie die Bewilligungsverfahren mit gezielten Massnahmen (Maximalfristen, Entschlackung der Verfahren, Vorrang gegenüber anderen Interessen) beschleunigt werden können,⁶⁸ damit der Ausbau der Erneuerbaren endlich voran kommt.⁶⁹ Als wirksame Massnahme zur Erhöhung der Stromproduktion aus Wasserkraftwerken im Winterhalbjahr könnte sich auch die vorübergehende Befreiung von der Restwasserabgabe erweisen, welche der Bundesrat erstmals für den Winter 2022/23 beschlossen hat.⁷⁰

b) Klimagesetzgebung

Die Schweiz hat sich für die Treibhausgasemissionen wie die EU⁷¹ ein Netto-Null-Ziel bis 2050 gesetzt.⁷²

⁶⁷ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 19. Oktober 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90735.html>>.

⁶⁸ Vgl. dazu vorn, Ziff. I/2 lit. c.

⁶⁹ Vgl. dazu den Kommentar von Vonplon David, Kampf gegen den Strommangel, Die EU macht vorwärts, die Schweiz zögert, in: NZZ vom 10. Januar 2023, 19.

⁷⁰ Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 30. September 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90544.html>>.

⁷¹ Vgl. zum Klimagesetz der EU von 2021 sowie den seitherigen Entwicklungen des sog. Green Deal vorn, Ziff. I/3 lit. b.

⁷² Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 28. August 2019, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76206.html>>.

Nach bereits zweimaligem Scheitern einer CO₂-Gesetzgebung für die Zeit nach 2020 zunächst im Parlament und zuletzt in der Volksabstimmung vom Mai 2021 sah sich das Parlament gezwungen, die Geltungsdauer des bisherigen CO₂-Gesetzes⁷³ bis Ende 2024 zu verlängern.

Der Bundesrat hat am 16. September 2022 die Botschaft zu einem revidierten CO₂-Gesetz für die Zeit von 2025 bis 2030 verabschiedet. Er will den Treibhausgas-Ausstoss bis 2030 halbieren und das Klimaziel 2030 erreichen. „Die neue Vorlage nimmt die Bedenken gegenüber der vom Volk abgelehnten Fassung auf und enthält keine neuen oder höheren Abgaben. Stattdessen setzt sie auf eine gezielte Förderung, um Investitionen in klimafreundliche Lösungen zu lenken. Im Vordergrund stehen Massnahmen, die es der Bevölkerung ermöglichen, den CO₂-Ausstoss zu senken. Gleichzeitig will die Vorlage die Schweizer Energieversorgung stärken und die Abhängigkeit der Schweiz von Öl und Erdgas reduzieren.“⁷⁴

2. Marktöffnung

a) Strom

Der Bundesrat hat sich in seiner Vorlage vom 18. Juni 2021 eines Bundesgesetzes über die sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien⁷⁵ (sog. Mantelerlass) für eine vollständige Strommarktöffnung ausgesprochen.

In Anbetracht der Turbulenzen auf den Energiemärkten mit entsprechend hohen Preisen als Knappheitssignal sprach sich der Ständerat aus innenpolitischen Gründen gegen eine volle Strommarktöffnung aus und lancierte stattdessen eine Regelung, welche lokale Energieversorgungsgemeinschaften (LEG) und damit eine weitere „Bottom up“-Marktöffnung explizit zulassen soll.

⁷³ Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Gesetz) vom 23. Dezember 2011; SR 641.71.

⁷⁴ Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. September 2022, bzw. die Website des Parlaments zum Geschäft Nr. 22.061, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20220061#!#AffairSummary>>.

⁷⁵ Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 18. Juni 2021, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84018.html>>, mit Link zur Botschaft sowie zum Gesetzestext.

Es ist nun am Nationalrat abzuwägen, ob er die innen- oder aussenpolitischen Risiken seines Entscheides in der Marktöffnungsfrage höher gewichtet. Die vorbereitende Kommission hat sich Ende Februar 2023 gegen eine weitere Marktöffnung ausgesprochen.⁷⁶

Tatsache ist jedenfalls, dass die gegenwärtige Regulierung der Energietarife bzw. die von der ElCom praktizierte Durchschnittspreismethode die Endverbraucher in der Grundversorgung bis zu einem gewissen Grad vor den Marktpreisen schützt, aber nur bei Netzbetreibern mit eigener Produktion. Kritisiert wird allerdings die Handhabung der Durchschnittspreismethode durch die Verteilnetzbetreiber zulasten der grundversorgten Endverbraucher in der Praxis. Die UREK-N verfolgte deshalb die Stossrichtung Abschaffung der Durchschnittspreismethode und Absicherung gegen extreme Marktpreisschwankungen.⁷⁷

Keinen Schutz erhalten bisher KMUs, die bereits in den Markt getreten sind.⁷⁸ Auf der anderen Seite hat der politische Druck, eine Rückkehr von freien Unternehmenskunden in die Grundversorgung zuzulassen, zugenommen und die bisher hochgehaltenen Prinzipien zum Bröckeln gebracht. So wurde per 1. Januar 2023 eine neue Bestimmung in die StromVV eingefügt, welche die Rückkehr in die Grundversorgung via einen Zusammenschluss zum Eigenverbrauch ermöglicht.⁷⁹ Es wäre nun wohl an der Zeit, die Energietarifregulierung in grundsätzlicher Art und Weise zu überdenken.⁸⁰

Angesichts der hohen Preise und auf Druck mehrerer Mitgliedstaaten hat sich die EU zu einer – höchst umstrittenen – Gaspreisdeckelung bewegen lassen.⁸¹ Man mag diesen Schritt als „unnötiges und irritierendes Experiment“⁸² oder gar als Sündenfall bezeichnen. Wie sich dieser Eingriff in der Praxis auswirken wird und ob ihm weitere Tarifregulierungsmassnahmen folgen werden,

⁷⁶ Medienmitteilung der UREK-N vom 23. Februar 2023 (Fn. 56).

⁷⁷ Medienmitteilung der UREK-N vom 23. Februar 2023 (Fn. 56).

⁷⁸ Noch Anfang November 2022 sah der Bundesrat keinen Unterstützungsbedarf; vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 2. November 2022, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-91117.html>.

⁷⁹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 23. November 2022, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-91862.html>.

⁸⁰ Vgl. dazu u.a. den Beitrag der Autorin, Mehr Marktpreise oder regulierte Versorgung? Aktuelle Fragestellungen zum Thema Strombeschaffung, in: Jusletter vom 26. November 2022.

⁸¹ Vgl. dazu vorn, Ziff. I/3 lit. a.

⁸² Dies der Kommentar der NZZ; vgl. Schmutz Christoph G., Erdgaspreisdeckel, Ein unnötiges und irritierendes Experiment der EU, in: NZZ vom 22. Dezember 2022, 19.

bleibt abzuwarten. Aus Schweizer Sicht mag man diesem Eingriff trotz aller gerechtfertigten Kritik – rein opportunistisch – nicht nur Negatives abgewinnen, weil er sich senkend auf das Gaspreisniveau auch in der Schweiz auswirken dürfte und wegen des indirekten Zusammenhangs senkend auch auf die Stromhandelspreise auswirken könnte. Allerdings will die EU einen Mechanismus zur Vermeidung von (günstigen) Stromexporten in Drittländer vorsehen.⁸³ Schon allein die Tatsache, dass die EU ihrerseits zur Tarifregulierung greift, führt dazu, dass sie der Tarifregulierung der Schweiz nicht mehr mit gleichem Recht Grundsätzliches entgegenzuhalten vermag.

b) Gas

Auch der Stand der Markttöffnung im Gasbereich ist im Vergleich zum Vorjahr unverändert: Teilmarktöffnung auf der Basis einer Verbändevereinbarung seit 2012, mit grundsätzlicherer Markttöffnung durch die eidg. Wettbewerbskommission WEKO im Jahr 2020.⁸⁴ Ein Gasversorgungsgesetz ist bereits seit Jahren in der Pipeline; einen entsprechenden Entwurf will der Bundesrat 2023 vorlegen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Schweiz 2021 43% ihres Erdgases via ihre Nachbarländer aus Russland bezog,⁸⁵ stand ab Februar 2022 die Gasversorgungssicherheit und nicht die Markttöffnung im Vordergrund; es kann dazu auf die Darlegungen unter nachfolgender Ziff. 3 verwiesen werden.

Die Schweiz kennt im Gasbereich bisher keine spezialgesetzlich regulierten Tarife. Die Missbrauchsaufsicht nimmt der Preisüberwacher wahr. Im Gegensatz zu den Stromtarifen, welche nur einmal pro Jahr auf das nächste Jahr hin angepasst werden dürfen (vgl. Art. 6 Abs. 3 StromVG), konnten die Tarife von den Versorgern 2022 auch unterjährig angepasst werden.

⁸³ Vgl. dazu das im Dezember 2022 vom BFE auf seiner Website, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/gasversorgung/gasversorgungsgesetz.html>>, publizierte Kurzgutachten der Frontier Economic zu den Massnahmen der EU zu Gaspreisen im Auftrag des Bundesamtes für Energie, 5 bzw. 30.

⁸⁴ Die entsprechende Verfügung vom 2. Mai 2020 kann von der Website der WEKO heruntergeladen werden, abrufbar unter: <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>>.

⁸⁵ Vgl. dazu die Angaben auf der Website des schweizerischen Branchenverbands VSG, abrufbar unter: <<https://gazenergie.ch/de/wissen/detail/knowledge-topic/3-herkunft/>>.

Tarifsenkungsmassnahmen wurden in der Schweiz – im Gegensatz zur EU⁸⁶ – bisher keine beschlossen. Bei „übermässigen“ Preisen auf den EU-Grosshandelsmärkten ist jedoch aufgrund des von der EU beschlossenen Mechanismus mit Preissenkungen auch für die Schweiz zu rechnen.⁸⁷

Mit dem im Dezember 2022 vorgelegten Entwurf eines Bundesgesetzes über die Aufsicht und Transparenz in den Energiegrosshandelsmärkten (GATE) will der Bund nicht nur den Stromhandel, sondern auch den Gashandel stärker beaufsichtigen als bisher, mit entsprechender Kompetenzerweiterung der ElCom. Wie der Bundesrat im Erläuternden Bericht, 3 schreibt, stehen die von ihm vorgeschlagenen Bestimmungen „im Einklang mit den entsprechenden EU-Regelungen. Sie sind jedoch nicht mit einer Integration ins EU-REMIT-System verbunden“.

3. Versorgungssicherheit

a) Gas

In Anbetracht dessen, dass es noch keinen spezifischen Erlass mit entsprechend geregelten Zuständigkeiten und Aufgaben sowie namentlich keine unabhängige Gasmarktregulierungsbehörde analog der ElCom gibt, galt es zunächst, nunmehr dringliche Hausaufgaben zu machen und insbesondere eine Krisenorganisation der Branche auf die Beine zu stellen. So erteilte der Bundesrat dem Branchenverband VSG im Mai 2022 den Auftrag, eine OSTRAL entsprechende Krisenorganisation Gas (die sog. KIO⁸⁸) aufzubauen. Am 30. September 2022 hat der Bundesrat sodann den Krisenstab genehmigt, der zum Einsatz gelangt, sollte es in der Schweiz beim Gas oder beim Strom zu einer Mangellage kommen.⁸⁹

Zu einem weiteren vordringlichen Thema wurden die *fehlenden schweizerischen Gasspeicherungsmöglichkeiten* bzw. die Kontrahierung weiterer Speicherkapazitäten mit Liefergarantien in den Nachbarländern. So schuf der Bundesrat in einer ersten Phase die regulatorischen Voraussetzungen, damit die

⁸⁶ Vgl. dazu vorn, Ziff. I/3 lit. a und Ziff. II/2 lit. a.

⁸⁷ Vgl. dazu das im Dezember 2022 vom BFE auf seiner Website, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/gasversorgung/gasversorgungs-gesetz.html>>, publizierte Kurzgutachten der Frontier Economic zu den Massnahmen der EU zu Gaspreisen im Auftrag des Bundesamtes für Energie, 5.

⁸⁸ Vgl. die Website der KIO, abrufbar unter: <<https://kio.swiss/de/>>.

⁸⁹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. September 2022, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90562.html>>.

Branche rasch Speicherkapazitäten sowie Gas, LNG und Terminalkapazitäten beschaffen konnte,⁹⁰ und strebte Solidaritätsabkommen mit den Nachbarländern Deutschland und Italien an, ohne dass in der Folge jedoch solche abgeschlossen werden konnten. Ende März 2022 konnte lediglich eine Deklaration des Pentalateralen Energieforums zur Gasspeicherung mitunterzeichnet werden.⁹¹ Am 18. Mai 2022 nahm der Bundesrat der zwischenzeitlich erarbeitete Konzept zur Kenntnis und setzte dazu eine bis 30. September 2023 befristete Verordnung in Kraft.⁹²

Ob die Schweizer Transitgaspipeline, die als Fernverbindung zwischen Deutschland, Frankreich und Italien fungiert, sich bei einer Mangellage als Trumpf der Schweiz erweisen könnte, erscheint doch eher zweifelhaft, auch wenn der Konzessionsvertrag ausreichende Transportkapazität für die Schweizer Bedürfnisse garantiert. Was aber nicht bedeutet, dass auch ausreichend Gas zur Verfügung steht.⁹³

Am 24. August 2022 beschloss der Bundesrat ein freiwilliges Gas-Sparziel von 15%, analog zu dem der EU-Staaten, sowie Grundsätze für eine mögliche Gas-mangellage.⁹⁴

Bisher verfügen weiterhin nur zwei Regionalgesellschaften über französische Speicherkapazitäten, für welche ihnen ein Staatsvertrag mit Frankreich diskriminierungsfreien Zugang garantiert. In der Schweiz ist ein konkretes Gasspeicherprojekt in Arbeit. Zudem werden auch Lösungen für die Speicherung von Strom („Power-to-Gas“) entwickelt. Darüber liess sich der Bundesrat im Okto-

⁹⁰ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 4. März 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-87463.html>>.

⁹¹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 30. März 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-87787.html>>.

⁹² Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 18. Mai 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-88888.html>>.

⁹³ Vgl. dazu Hosp Gerald/Forster Christof, Die Schweizer Gaspipeline ist ein zweifelhafter Trumpf, in: NZZ vom 18. August 2022, 22 f.

⁹⁴ Vgl. Medienmitteilungen des Bundesamtes für Energie vom 24. August 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90053.html>> und <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90064.html>>.

ber 2022 Bericht erstatten. Im November 2022 beschloss der Bundesrat, die Einrichtung von Speichern für Erdgas, Biogas und Wasserstoff in der Schweiz zu prüfen.⁹⁵

Zudem will der Bundesrat künftig auch den Gasmarkt enger beaufsichtigen, mit entsprechender Kompetenzerteilung an die ElCom.⁹⁶

Am 16. November 2022 gab der Bundesrat die Entwürfe für den Fall einer Gas-mangellage in Konsultation.⁹⁷

b) Strom

Die kurzfristige Stromversorgungssicherheit der Schweiz wurde 2022 zum grossen Thema.⁹⁸ Neben der Wasserkraftreserve, die er am 7. September 2022 bereits vorgezogen auf den Winter 2022/23 in Kraft setzte,⁹⁹ nahm der Bund in der 2. Jahreshälfte 2022 auch Verhandlungen zur Bereitstellung von inländischen Reservekraftwerken (thermische Kraftwerke, Notstromaggregate) auf, die bei Bedarf auf Abruf zusätzliche Energie liefern können, und unterzeichnete sukzessive entsprechende Verträge.¹⁰⁰

⁹⁵ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 9. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-91285.html>>, mit Link zum Bericht.

⁹⁶ Vgl. dazu vorn, [Ziff. II.2.b.](#)

⁹⁷ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 16. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-91655.html>>.

⁹⁸ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 17. Februar 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-87202.html>>.

⁹⁹ Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 7. September 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90259.html>>.

¹⁰⁰ Vgl. Medienmitteilungen des Bundesamtes für Energie vom 17. August 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-89970.html>>; vom 2. September 2022, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90210.html>>; sowie vom 21. Februar 2023, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-93194.html>>.

Zudem ermöglicht der Bundesrat mit einer dringlichen befristeten Verordnung die vorübergehende Erhöhung der Kapazitäten im Übertragungsnetz, um zusätzliche Importkapazitäten zu schaffen.¹⁰¹

Auf der Basis der von ihm in Auftrag gegebenen Studie zur kurzfristigen Strom-Adequacy Schweiz kam der Bundesrat Anfang November 2022 zum Schluss, dass die Stromversorgungslage im Winter 2022/23 „angespannt, aber nicht gravierend gefährdet“ ist.¹⁰²

Am 21. Dezember 2022 liess sich der Bundesrat über den Bericht „Modellierung der Erzeugungs- und Systemkapazität (System Adequacy) in der Schweiz im Bereich Strom“ bis ins Jahr 2040 informieren. Die Studie zeigt auf, wie der Bundesrat in seiner Medienmitteilung vom 21. Dezember 2022 schreibt, dass für die Schweizer Stromversorgungssicherheit „drei Dimensionen von zentraler Bedeutung sind: Die Wasserkraft, die Importkapazität und die europäische Gesamtentwicklung“.¹⁰³ Zur Kooperation mit Europa hält der Bundesrat Folgendes fest: „Die Studie zeigt ferner, dass eine Kooperation mit Europa wichtig ist für die Versorgungssicherheit der Schweiz. [...]

- Das europäische Stromversorgungssystem wird mit dem Ausbau der erneuerbaren Energien zunehmend von den Wetterbedingungen abhängig.
- Ohne Kooperation mit Europa besteht für die Schweiz das Risiko, dass es ab 2030 bei einzelnen Wetterkonstellationen zu Versorgungsengpässen kommen kann, sofern die aktuellen Rahmenbedingungen für den Ausbau nicht angepasst werden. Die Auswirkungen des Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien und des dringlichen Bundesgesetzes über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter sind hier noch nicht berücksichtigt.

¹⁰¹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 30. September 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90541.html>>.

¹⁰² Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 2. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-91053.html>>, mit Link zum Bericht.

¹⁰³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 21. Dezember 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-92332.html>>; mit Hervorhebungen durch die Verfasserin.

- Bei einer Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Ausbau entstehen hingegen grundsätzlich keine Versorgungsengpässe. Solche drohen nur bei einer sehr starken Elektrifizierung in einzelnen ungünstigen Wet-terkonstellationen.
- Rein physikalisch betrachtet kann die Abhängigkeit von den Wetterbedin- gungen im Jahr 2040 zu einem ungedeckten Stromverbrauch von maxi- mal 250 GWh in der Schweiz kommen. *Aus der Marktperspektive betrachtet zeigen sich für die Schweiz allerdings keine Probleme, sofern sie gut in das europäische Gesamtsystem integriert ist.*¹⁰⁴

Sodann hat sich der Bund 2022 – im Vergleich zur EU noch zögerlich – mit dem Thema Stromspeicherung insbesondere in der Form von Wasserstoff befasst.¹⁰⁴

Derzeit ist der Spielraum für Wasserstoffanlagen in der Schweiz noch eng; erschwerend kommen derzeit die hohen Strompreise hinzu. Es kommen bis- her vor allem Standorte in unmittelbarer Nähe von Laufwasserkraftwerken in Frage, welche bei gegebenen Voraussetzungen von einer Netzentgeltbe- freiung profitieren können. Der Ständerat hat im Herbst eine generelle Netz- entgeltbefreiung für den Strom, der für die Speicherung und auch für die Produktion von Wasserstoff gebraucht wird, beschlossen.¹⁰⁵ Die vorberatende Kommission des Nationalrats will zusätzlich auch Speicher mit Endverbrauch fördern, indem die aus diesen Speichern ins Netz zurückgespeiste Energie von einer Rückerstattung des Netznutzungsentgelts soll profitieren können.¹⁰⁶ Zudem soll eine Wasserstoffstrategie bzw. Vorschläge für eine künftige Regu- lierung und Förderung der Umwandlung von Stromüberschüssen in syntheti- sche Energieträger ausgearbeitet werden.¹⁰⁷

¹⁰⁴ So finden sich auf der Website des BFE sowohl eine Studie des PSI zum Thema Stromspei- cherung und Wasserstoff vom 22. September 2022 sowie auch ein Thesenpapier des BFE vom 27. September 2022 Thesen zur künftigen Bedeutung von Wasserstoff in der Schweizer Energieversorgung veröffentlicht, abrufbar unter: <www.bfe.admin.ch> News und Medien > Publikationen.

¹⁰⁵ Vgl. zum Stand der Beratung des Mantelerlasses im Parlament, mit Links zu den Fahnen sowie Ratsprotokollen, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210047>>.

¹⁰⁶ Vgl. dazu der EnergateMessenger vom 12. Oktober 2022, 1 f.

¹⁰⁷ Vgl. Medienmitteilung der UREK-N vom 23. Februar 2023 (Fn. 56).

c) *Energieinfrastrukturen*

Mit der Strategie Stromnetze wurde 2019 als neues Instrument auch der energiewirtschaftliche Szenariorahmen eingeführt, welcher eine einheitliche Grundlage für die Netzbetreiber schaffen soll, aus welchem sie den nötigen Netzausbaubedarf und ihre eigene Mehrjahresplanung ableiten können. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 23. November 2022 den Szenariorahmen für die Stromnetzplanung 2030/40 genehmigt.¹⁰⁸

Sodann geht auch die Schweiz, wenn auch noch zögerlich, das Thema Weiterverwendung bestehender Rohrleitungsinfrastrukturen für Wasserstoff an. So startete der Bund im September 2022 eine Vernehmlassung u.a. zu einer Revision der Rohrleitungsverordnung (RLV), mit welcher der Geltungsbereich auf Wasserstoff ausgeweitet werden soll, welcher namentlich auch über bestehende Rohrleitungsanlagen transportiert werden kann.

Auch der Ausbau der klimaneutralen Wärmeversorgung mit Fernwärmenetzen namentlich in den Städten soll vorangetrieben werden. Gemäss dem vom Bundesrat noch im Dezember 2021 verabschiedeten Bericht ist das Potenzial erst zur Hälfte ausgeschöpft.¹⁰⁹ Am 18. August 2022 wurde eine Charta zur Beschleunigung des Ausbaus unterzeichnet.¹¹⁰

d) *Kernenergie*

Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI kommt in seinem Aufsichtsbericht 2021 zum Schluss, „dass die Betreiber die bewilligten Betriebsbedingungen eingehalten und ihre gesetzlich festgelegte Meldepflicht wahrgenommen haben. Im Berichtsjahr kam es in den Kernkraftwerken und am Paul Scherrer Institut zu insgesamt 24 meldepflichtigen Vorkommnissen,

¹⁰⁸ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 23. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-91846.html>>, mit Links zum Dokument sowie zum Ergebnisbericht.

¹⁰⁹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 17. Dezember 2021, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86491.html>>, mit Link zum Bericht.

¹¹⁰ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 18. August 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-89991.html>>.

die alle der Stufe 0 der Internationalen Ereignisskala INES zugeordnet wurden. Das ENSI beurteilt den sicherheitstechnischen Zustand der Kernkraftwerke in der Schweiz für das Jahr 2021 als gut.“¹¹¹

Die Verfügbarkeit der Schweizer Kernkraftwerke ist – wie bereits frühere Winter gezeigt haben – für die Stromversorgungssicherheit des Landes zentral. Im Kernkraftwerk Beznau 2 ist es am 7. Oktober 2022 aufgrund einer technischen Störung zu einer automatischen Reaktorschnellabschaltung gekommen. Nach Analyse und Prüfung konnte das Werk den Leistungsbetrieb wieder aufnehmen.¹¹²

Für die Importmöglichkeiten der Schweiz im Winterhalbjahr entscheidend ist wie bereits gesagt die Verfügbarkeit bzw. die Produktion des französischen Kernkraftwerksparks.¹¹³

Eine von der Internationalen Energie-Agentur im Sommer 2022 veröffentlichte Studie¹¹⁴ kommt zum Schluss, dass Laufzeitverlängerungen für die bestehenden Kernkraftanlagen eine kosteneffiziente Grundlage für die Energiewende darstellen.

e) Energieaussenpolitik

Der Energieaussenpolitik kommt in Zeiten drohender Energiemangellagen der Schweiz bei bestehender Importabhängigkeit, aber auch möglichen Trümpfen der Schweiz wie ihre flexible Produktion oder auch bestehende zentrale Netzinfrastrukturen eine grosse Bedeutung zu. Auf die Notwendigkeit eines Übereinkommens mit der EU im Energiebereich wurde im Vorangehenden mehrfach hinwiesen.

¹¹¹ So das ENSI auf seiner Website, abrufbar unter: <<https://www.ensi.ch/de/2022/06/30/aufsichtsbericht-2021-guter-sicherheitstechnischer-zustand-der-kernkraftwerke/>>.

¹¹² Vgl. Website des ENSI, abrufbar unter: <<https://www.ensi.ch/de/themen/vorkommnisse/section/news/>>.

¹¹³ Vgl.(u.a.) zu den wesentlichen Faktoren für die Stromversorgungssicherheit der Schweiz auch Benz Matthias/Eisenring Christoph/Seliger Florian, Entwarnung – aber nur für diesen Winter, in: NZZ vom 13. Januar 2023, 24.

¹¹⁴ International Energy Agency, Nuclear Power and Secure Energy Transitions, From today's challenges to tomorrow's clean energy systems, June 2022, abrufbar unter: <<https://www.iea.org/reports/nuclear-power-and-secure-energy-transitions>>, 40.

Im aussenpolitischen Bereich ist 2022 die Genehmigung des modernisierten Energiechartavertrags (Energy Charter Treaty, ECT), einem völkerrechtlich bindenden Investitionsschutz- und Transitabkommen, durch den Bundesrat zu verzeichnen, welcher u.a. auf die Ziele der Pariser Klimaübereinkommens ausgerichtet und an das veränderte geopolitische Umfeld angepasst wurde.¹¹⁵

¹¹⁵ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Energie vom 9. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-91286.html>>.

Steuerrecht

René Schreiber/Jana Fischer/Jochen Meyer-Burow/Eva Jürgens

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ JOCHEN MEYER-BUROW/EVA JÜRGENS)	191
1.	Entwicklungen bei den direkten Steuern	191
a)	Gesetzliche Entwicklungen	191
aa)	ATAD 3	191
bb)	OECD Veröffentlichungen zur globalen Mindestbesteuerung („Pillar 2“)	192
cc)	EU-Richtlinie zur Umsetzung der globalen Mindestbesteuerung	193
dd)	EU-Richtlinie zur steuerlichen Abzugsmöglichkeit bei Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierungen (sog. Debt-Equity Bias Reduction Allowance, DEBRA)	193
b)	Beihilfeverfahren	194
aa)	Steuervorbescheide Luxemburg: Keine staatliche Beihilfe für Fiat	194
bb)	Deutsche Rettungsbeihilfe zugunsten Condor mit dem Unionsrecht vereinbar	195
cc)	Ausnahme von der Hinzurechnungsbesteuerung im Vereinigten Königreich stellt unzulässige Beihilfe dar	196
dd)	Nichtbesteuerung von Nutzungsentgelten in Gibraltar unzulässige Beihilfe	197
ee)	EU Kommission verabschiedet Beihilferegeln zur Ukraine-Krise	198
c)	Entscheide des Europäischen Gerichtshofs	198
aa)	Keine Berücksichtigung finaler Verluste einer DBA-Freistellungsbetriebsstätte	199
bb)	Portugiesische Quellenbesteuerung grenzüberschreitender Dividenden unionsrechtswidrig	199
cc)	Deutsche Nachweispflichten zur Erstattung von Kapitalertragsteuer auf Streubesitzdividenden unionsrechtswidrig	200
dd)	Strafzuschlag wegen Verletzung von Dokumentationspflichten mit Europarecht vereinbar	201
2.	Entwicklungen bei den indirekten Steuern	202
a)	Gesetzliche Entwicklungen	202
aa)	Richtlinienentwurf „VAT in the Digital Age“ (ViDA)	202
bb)	DAC7- Richtlinie: Meldepflichten für Plattformbetreiber	203
cc)	Neue EU-Richtlinie 2022/542 zur Einführung neuer reduzierter Steuersätze für Digitalisierung, Umwelt und Gesundheit	204
dd)	Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2023	204

b)	<u>Ausgewählte Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs</u>	204
aa)	<u>Berlin Chemie – Betriebsstätte bei Erhalt von Dienstleistungen durch verbundene Gesellschaft?</u>	204
bb)	<u>Norddeutsche Gesellschaft für Diakonie u.a. –EuGH äussert sich Ende des Jahres 2022 zur umsatzsteuerlichen Organschaft</u>	205
cc)	<u>DSAB: Touristenkarte („Citycard“) während City-Trip kann als Gutschein angesehen werden</u>	207
dd)	<u>P-GmbH: Für Rückerstattung überzahlter Umsatzsteuer ausnahmsweise keine Rechnungskorrektur erforderlich, wenn keine Gefährdung des Steueraufkommens droht</u>	207
ee)	<u>Zipvit: Zum Vorsteuerabzug bei expliziter Nettopreis-Abrede bei zwischenzeitlicher Rechtsänderung</u>	208
ff)	<u>W-GmbH: Holding darf keine Vorsteuer aus Eingangsleistungen abziehen, die als Sacheinlage an Tochtergesellschaft weitergereicht werden</u>	209
II.	<u>Bedeutung für die Schweiz (RENÉ SCHREIBER)</u>	211
1.	<u>Entwicklungen bei den direkten Steuern</u>	211
a)	<u>Umsetzung der Steuerreform und AHV-Finanzierung (STAF)</u>	211
b)	<u>OECD globale Mindeststeuer</u>	212
c)	<u>Besteuerung von Trusts</u>	215
d)	<u>Bundesgesetz über elektronische Verfahren im Steuerbereich</u>	216
2.	<u>Entwicklungen bei den indirekten Steuern</u>	217
a)	<u>Abschaffung der Emissionsabgabe abgelehnt</u>	217
b)	<u>Reform der Verrechnungssteuer ebenfalls abgelehnt</u>	218

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

Im Folgenden werden die wichtigsten steuerrechtlichen Entwicklungen des Jahres 2022 in der Europäischen Union (EU) dargelegt, die sowohl für das Gemeinschaftsrecht wie auch für die rechtlichen Beziehungen zur Schweiz von Relevanz sind.

I. Entwicklungen bei den direkten Steuern

Nachfolgend wird auf die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen, Verfahren der Kommission aufgrund staatlicher Beihilfen und bedeutsame Entscheide des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Rahmen der direkten Steuern eingegangen.

a) Gesetzliche Entwicklungen

Die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen fanden im Rahmen der globalen Mindestbesteuerung (Pillar 2) sowie der Bekämpfung der Steuervermeidung statt.

aa) ATAD 3

Am 22. Dezember 2021 veröffentlichte die Kommission einen Richtlinienentwurf zur Verhinderung der steuerlich missbräuchlichen Nutzung sogenannter „Briefkastenfirmen“. Es handelt sich bei dem Entwurf um eine Änderung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (*Anti Tax Avoidance Directive* – ATAD) 2016/1164 vom 12. Juli 2016 (ATAD 1), geändert durch Richtlinie (EU) 2017/952 vom 29. Mai 2017 (ATAD 2).

Der Richtlinienentwurf sieht eine zweistufige Substanzprüfung vor. Der erste Schritt ist die Identifikation von möglichen „Briefkastenfirmen“ anhand definierter Kriterien (75% passive Einnahmen, grenzüberschreitende Tätigkeit und keine ausreichende Substanz). Im zweiten Schritt werden die identifizierten Unternehmen verpflichtet, jährlich das (Nicht-)Vorliegen bestimmter Mindestsubstanz-Indikatoren (eigene Räumlichkeiten, ein aktiv genutztes Bankkonto in der EU und Ansässigkeit der Geschäftsführer im Ansässigkeitsstaat des Unternehmens oder in räumlicher Nähe) im Rahmen der Steuererklärung zu erklären und nachzuweisen. Erfüllt das Unternehmen nicht mindestens einen Indikator, wird widerlegbar vermutet, dass es sich um eine „Briefkastenfirma“ handelt. Zur Widerlegung der Vermutung soll den Unternehmen der Nachweis gestattet sein, dass wirtschaftliche Gründe und nicht die Erlangung eines Steuervorteils für die Einschaltung des Unternehmens ursächlich sind.

Wird die Vermutung nicht widerlegt, ergeben sich folgende Konsequenzen für das als „Briefkastenfirma“ eingestufte Unternehmen:

- Doppelbesteuerungsabkommen oder EU-Richtlinien, die eine steuerliche Ansässigkeit voraussetzen, werden nicht angewendet.
- Das Unternehmen wird steuerlich transparent betrachtet, d.h. die Ansässigkeitsstaaten der Anteilseigner besteuern das Einkommen der „Briefkastenfirma“ als hätten die Anteilseigner dieses selbst erzielt. Sind die Anteilseigner nicht in einem Mitgliedsstaat ansässig, hat der Ansässigkeitsstaat der „Briefkastenfirma“ Quellensteuer zu erheben.
- Der Staat, in dem sich das Vermögen der „Briefkastenfirma“ befindet, hat das Vermögen so zu besteuern, als würde es von den Anteilseignern direkt gehalten.
- Die Mitgliedsstaaten stellen keine oder nur mit einem Vermerk versehene Ansässigkeitsbescheinigungen aus.

Der Entwurf sieht eine Umsetzungspflicht bis 30. Juni 2023 und eine Anwendung ab 1. Januar 2024 vor.

bb) OECD Veröffentlichungen zur globalen Mindestbesteuerung („Pillar 2“)

Nachdem die OECD am 20. Dezember 2021 die Model Rules zur globalen Mindestbesteuerung („Pillar 2“) veröffentlicht hat, die ab 2023 (bzw. die sogenannte Undertaxed-Payment-Rule ab 2024) zur Anwendung kommen sollen, wurde am 14. März 2022 ein ausführlicher Kommentar sowie anschauliche Beispiele zu den Global Anti-Base Erosion Rules veröffentlicht. Die Model Rules und der Kommentar sind die ersten beiden von drei zu erwartenden Regelwerken. Das dritte Werk wird das Implementation Framework sein, das sich mit Verwaltungs-, Compliance und Koordinierungsfragen beschäftigen wird.

Das derzeitige internationale Steuerrecht stellt hauptsächlich auf die „physische Präsenz“ von Unternehmen ab. Dies wird nach Auffassung der OECD der zunehmend digitalisierten Wirtschaft nicht gerecht und sie hat im Auftrag der G20 das sogenannte Zwei-Säulen-Modell entwickelt:

- Säule 1 („Pillar 1“) sieht eine Ausweitung und Neuverteilung von Besteuerungsrechten, so dass ein Teil der Gewinne auch in den Ländern versteuert werden soll, in denen der entsprechende Umsatz erwirtschaftet wird (Marktstaaten), wobei es unerheblich sein soll, ob in diesen Staaten auch eine physische Präsenz des Unternehmens besteht.
- Säule 2 („Pillar 2“) sieht eine globale Mindestbesteuerung von grossen multinationalen Unternehmen vor. Die effektive weltweite Steuerquote

der Unternehmen soll bei mindestens 15% liegen. Dazu soll eine Zusatzsteuer („Top-Up Tax“) auf niedrig besteuerte (d.h. Steuersatz von weniger als 15%) Gewinne erhoben werden, die als Differenz zwischen der effektiven Besteuerung und dem Mindeststeuersatz von 15% bei der Konzernobergesellschaft erhoben werden soll. Unterliegt die Konzernobergesellschaft keiner solchen Regelung, soll bei den nachgelagerten Konzerngesellschaften im Fall von konzerninternen Zahlungen in Niedrigsteuerländer eine Besteuerung in Form der Undertaxed-Payment-Rule erfolgen.

cc) *EU-Richtlinie zur Umsetzung der globalen Mindestbesteuerung*

Am 15. Dezember 2022 nahm der Europäische Rat die Richtlinie zur Gewährleistung einer globalen Mindestbesteuerung multinationaler Unternehmensgruppen und grosser inländischer Gruppen in der Union förmlich an.

Am 22. Dezember 2021 hatte die EU-Kommission einen EU-Richtlinienentwurf zur Umsetzung der Regelungen zur globalen Mindestbesteuerung in das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten vorgelegt. Ziel der Regelungen zur globalen Mindestbesteuerung ist es, eine Besteuerung der weltweiten Gewinne grosser multinationaler Konzerne (mindestens 750 Millionen Jahresumsatz) mit einem effektiven Steuersatz von mindestens 15% sicherzustellen. Diese Mindeststeuer soll technisch durch eine sogenannte Top-Up Tax umgesetzt werden, die bei Gewinnen, welche zu weniger als 15% besteuert werden, erhoben wird und ein Erhöhen der effektiven Steuer auf 15% bewirken soll. Der Richtlinienentwurf orientiert sich an den Regelungen der OECD zur globalen Mindestbesteuerung („Pillar 2“), soll aber nach einer 5-jährigen Übergangsfrist auch bei rein nationalen Grosskonzernen zur Anwendung kommen.

Die Richtlinie ist am 22. Dezember 2022 im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden und trat am 23. Dezember 2022 in Kraft. Die Richtlinie muss bis Ende 2023 in das nationale Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt werden.

dd) *EU-Richtlinie zur steuerlichen Abzugsmöglichkeit bei Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierungen (sog. Debt-Equity Bias Reduction Allowance, DEBRA)*

Am 11. Mai 2022 hat die Kommission einen Richtlinienentwurf veröffentlicht, der für Steuerpflichtige, die in einem Mitgliedstaat der Körperschaftsteuer unterliegen, einen Freibetrag für Eigenkapital und eine Abzugsbeschränkung für Fremdkapital vorsieht.

Der Vorschlag der Richtlinie zielt darauf ab, die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Fremd- und Eigenkapital zu beseitigen, indem Anreize zur Verbesserung der Finanzierungsstruktur geschaffen werden, Eigenkapital anstelle von Fremdkapital aufzunehmen. Der Vorschlag geht auf die Agenda der Kommission für die Unternehmensbesteuerung im 21. Jahrhundert zurück.

Da die Richtlinie für alle Steuerpflichtige in einem Mitgliedsstaat gelten soll, betrifft sie auch Nicht-EU-Gesellschaften mit Betriebsstätten in der EU. Finanzinstitute wie Kredit- und Wertpapierinstitute, Zahlungsdienstleister, AIF, OGAW, Versicherungsunternehmen sowie Pensionseinrichtungen sollen aufgrund ihrer speziellen Refinanzierungsstruktur vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sein.

Der Vorschlag der Richtlinie sieht eine steuerliche Abzugsfähigkeit fiktiver Zinsen auf den Eigenkapitalzuwachs bei gleichzeitiger Abzugsbeschränkung von Fremdkapitalzinsen vor, um ein Übergewicht von Fremdkapitalfinanzierungsanteilen zu reduzieren.

Sofern der Richtlinienvorschlag zeitnah angenommen wird, sollen die Regelungen noch bis zum 31. Dezember 2023 in nationales Recht umgesetzt werden und ab 1. Januar 2024 Anwendung finden.

b) Beihilfeverfahren

Im Jahr 2022 führte die Kommission eine Reihe von Verfahren betreffend staatliche Beihilfen im Steuerbereich weiter und leitete neue ein.

aa) Steuervorbescheide Luxemburg: Keine staatliche Beihilfe für Fiat

Am 8. November 2022 erliess der EuGH sein Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-885/19 und C-898/19 (Fiat Chrysler Finance Europe u.a./Kommission)¹. Der EuGH erklärte die Steuernachforderung der Kommission in Höhe von EUR 30 Millionen aus dem Jahr 2015 für rechtswidrig und sah in den vereinbarten Konditionen zwischen Fiat Chrysler Finance Europe und Luxemburg keine unzulässigen Beihilfen. Der EuGH hob damit das Urteil des EuG vom 24. September 2019² auf und erklärte den Beschluss der Kommission über die staatliche Beihilfe Luxemburgs zugunsten Fiat Chrysler Finance Europe für nichtig.

¹ EuGH, Urteil vom 8. November 2022 in der Rechtssache C-885/19 P, C-898/19 P, ECLI:EU:C:2022:859 – Fiat Chrysler Finance Europe u.a./Kommission.

² EuG, Urteil vom 24. September 2019 in der Rechtssache T-755/15, T-759/15, ECLI:EU:T:2019:670 – Luxemburg u.a./Kommission.

Der angefochtene Beschluss betraf einen Steuervorbescheid der luxemburgischen Steuerbehörde aus dem Jahr 2012. Auf Basis eines Verrechnungspreis-reports wurde eine angemessene Vergütung des Kapitals und der Funktionen der Gesellschaft vereinbart. Die Kommission kritisierte, dass der Steuervorbescheid einen bestimmten Gewinn und nicht eine angemessene Methode für die Verrechnungspreisermittlung bestimme. Darüber hinaus seien die Komponenten der Vergütung insgesamt zu niedrig angesetzt. Das EuG hatte die Kommission bestätigt.

Nach Auffassung des EuGH hat das Gericht die Vorgehensweise zu Unrecht gebilligt. Die Kommission habe hinsichtlich der Feststellung, dass die steuerliche Massnahme dem Unternehmen einen – unzulässigen – selektiven Vorteil verschafft hat, keinen Vergleich mit dem im betreffenden Mitgliedstaat normalerweise geltenden Steuersystem vorgenommen. Ausserdem habe das EuG die Vorschriften des AEU-Vertrags über den Erlass von Massnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern durch die Europäische Union verkannt. Die Kommission sei nicht befugt, eigenständig die sogenannte „normale“ Besteuerung eines integrierten Unternehmens zu bestimmen, ohne die nationalen Steuervorschriften zu berücksichtigen.

bb) Deutsche Rettungsbeihilfe zugunsten Condor mit dem Unionsrecht vereinbar

Am 8. Juni 2022 erliess das EuG sein Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-363/19 und T-465/19 (Ryanair DAC/Kommission)³. Das EuG wies die von Ryanair erhobene Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss der Kommission zur Billigung der Rettungsbeihilfe für Condor ab.

Im September 2019 meldete die Bundesrepublik Deutschland eine Rettungsbeihilfe für Condor an. Deutschland hatte Condor im Rahmen der Insolvenz der Muttergesellschaft Thomas Cook Group mit EUR 380 Millionen unterstützt. Die Kommission genehmigte die Massnahme im Oktober 2019 und verzichtete vorangehend auf ein förmliches Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV. Dagegen hatte Ryanair Nichtigkeitsklage eingelegt.

Das EuG urteilte, Ryanair sei es nicht gelungen, nachzuweisen, dass die finanziellen Probleme von Condor nicht hauptsächlich auf die Insolvenz der Thomas Cook Gruppe zurückzuführen seien. Ryanair hatte vorgebracht, dass die Liquiditätskrise bei Condor durch eine willkürliche Kostenverteilung im Konzern entstanden sei.

³ EuG, Urteil vom 18. Mai 2022 in der Rechtssache T-577/20, ECLI:EU:T:2022:301 – Ryanair DAC/Kommission.

cc) *Ausnahme von der Hinzurechnungsbesteuerung im Vereinigten Königreich stellt unzulässige Beihilfe dar*

Am 18. Mai 2022 erliess das EuG sein Urteil in der Rechtssache T-577/22 (Vereinigtes Königreich u.a./Kommission)⁴. Das EuG bestätigte den Beschluss der Kommission, dass gesetzlich geregelte Ausnahmen von einer grundsätzlich zu zahlenden Abgabe auf künstlich auf Betriebsstätten abgezweigte Gewinne eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe darstellen.

Nach dem Recht des Vereinigten Königreichs unterliegen Gewinne, die aus Tätigkeiten und Vermögenswerten im Vereinigten Königreich erzielt werden, der Körperschaftsteuer (sog. Territorialitätsprinzip), während Gewinne, die dauerhaft ausländischen Niederlassungen zuzurechnen sind, nicht besteuert werden. Soweit jedoch Gewinne künstlich auf ausländische Unternehmen verlagert werden, die von einer oder mehreren Personen im Vereinigten Königreich rechtlich oder wirtschaftlich kontrolliert werden (sogeannte *controlled foreign companies*; CFCs), unterliegen diese Gewinne einer Hinzurechnungsbesteuerung. Die Vorschriften sollen verhindern, dass Unternehmen aus dem Vereinigten Königreich über Tochtergesellschaften in einem anderen Land, in dem sie nur gering oder gar nicht besteuert werden, die Zahlung von Steuern im Vereinigten Königreich vermeiden.

Von der Hinzurechnungsbesteuerung ausgenommen waren zwischen 2013 und 2018 bestimmte Finanzierungserträge von im Vereinigten Königreich tätigen multinationalen Konzernen (sogeannte *Group Financing Exemption*). Ein multinationales Unternehmen, das im Vereinigten Königreich tätig war und die Ausnahme in Anspruch nahm, konnte somit einem ausländischen Konzernunternehmen über eine ausländische Tochtergesellschaft Finanzmittel zur Verfügung stellen und auf die Gewinne aus diesen Geschäften nur niedrige oder auch gar keine Steuern zahlen. Die Kommission sah diese Ausnahme mit Beschluss vom 2. April 2019 als unzulässige Beihilfe an. Unter anderem unter niederländischem Recht gegründete CFCs der ITV Gruppe, deren Muttergesellschaft im Vereinigten Königreich steuerlich ansässig ist, hatten diese Ausnahme in Anspruch genommen und klagten deshalb gegen den Beschluss der Kommission.

Das EuG bestätigte den Beschluss der Kommission und führte aus, es handele sich bei der Ausnahmeregelung um einen ungerechtfertigten selektiven Vorteil.

⁴ EuG, Urteil vom 8. Juni 2022 in den verbundenen Rechtssachen T-363/19 und T-456/19, ECLI:EU:T:2022:349 – Vereinigtes Königreich u.a./Kommission.

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig, da Rechtsmittel vor dem EuGH eingelegt wurden.

dd) Nichtbesteuerung von Nutzungsentgelten in Gibraltar unzulässige Beihilfe

Am 6. April 2022 erliess das EuG sein Urteil in der Rechtssache T-508/19 (Mead Johnson u.a./Kommission)⁵. Das Gericht bestätigte, dass die Nichtbesteuerung von Nutzungsentgelten in Gibraltar zwischen 2011 und 2013 eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe darstellt, hob aber den Beschluss der Kommission vom 19. Dezember 2018 insoweit auf, als die Kommission fünf Steuervorbescheide als unzulässige Einzelbeihilfe angesehen hatte.

In Steuerangelegenheiten ist Gibraltar autonom und hat ein vom Vereinten Königreich getrenntes Einkommensteuerrecht. Nach dem Einkommensteuergesetz 2010 von Gibraltar ist nur Einkommen, das in Gibraltar angefallen ist oder von dort stammt, steuerpflichtig. Eine Besteuerung von (Passiv-)Zinsen für konzerninterne Darlehen und von Nutzungsentgelten war bis Juli 2013 für Zinsen bzw. bis Januar 2014 für Nutzungsentgelte nicht vorgesehen. In den Jahren 2011 und 2012 erteilte Gibraltar zudem Steuervorbescheide an multinationale Unternehmen. Unter anderem wurden fünf Steuervorbescheide an niederländische Kommanditgesellschaften, deren Gesellschafter nach dem Steuerrecht der Niederlande und Gibaltars in Gibraltar ansässig waren, erteilt. Die Steuervorbescheide bestätigten, dass die Unternehmen keine Steuern auf die von den Kommanditgesellschaften erzielten Zinsen und Nutzungsentgelten zu entrichten hatten. Einer der fünf Steuervorbescheide ging an die Klägerin in der Rechtssache T-508/19: MJN Holdings Limited, eine Gesellschaft der Mead Johnson Nutrition Group.

Die Kommission hatte die Nichtbesteuerung von Einkünften aus Passivzinsen und Nutzungsentgelten in Gibraltar als eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilferegulung eingestuft. Darüber hinaus stufte die Kommission die Steuervorbescheide als mit dem Binnenmarkt unvereinbare Einzelbeihilfen ein und ordnete ihre Rückforderung an. Die Kommission führte aus, die Steuerbefreiung würde den Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen einen selektiven Vorteil verschaffen.

Das Gericht bestätigt, dass die Nichtbesteuerung von Nutzungsentgelten der festgestellten „normalen“ Besteuerung in Gibraltar widerspricht, nach der das Territorialitätsprinzip gilt und das gesamte bilanzierte Einkommen steuerpflichtig ist. Die Nichtbesteuerung von Nutzungsentgelten stellt somit einen

⁵ EuG, Urteil vom 6. April 2022 in der Rechtssache T-508/19, ECLI:EU:T:2022:217 – Mead Johnson u.a./Kommission.

Vorteil für die betroffenen Unternehmen dar. Das Gericht sah diesen Vorteil auch als selektiv an, da die Nichtbesteuerung überhaupt nur 10 multinationalen Unternehmen zugute kam und es sich nicht um eine zufällige Folge der Steuerregelung handelte, sondern die Massnahme gerade darauf ausgelegt war, multinationale Unternehmen anzuziehen und zu bevorzugen.

Hinsichtlich der Steuervorbescheide hob das Gericht den Beschluss der Kommission allerdings aus förmlichen Gründen auf. Die Kommission hatte den Beteiligten keine hinreichende Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

ee) EU-Kommission verabschiedet Beihilferegeln zur Ukraine-Krise

Am 23. März 2022 verabschiedete die Europäische Kommission einen befristeten Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft in Folge der Ukraine-Krise und zeigt damit den Mitgliedstaaten Möglichkeiten auf, wie und unter welchen Voraussetzungen sie Unternehmen unterstützen können, die von den wirtschaftlichen Folgen der Krise betroffen sind.

Die Kommission verweist zunächst auf bereits bestehende spezielle Rechtsgrundlagen wie die „Toolbox“ aus Oktober 2021 zum Ausgleich erhöhter Energiekosten für private Haushalte. Darüber hinaus erkennt die Kommission an, dass die Auswirkungen des Ukraine-Kriegs verbunden mit den Folgen der Sanktionsmassnahmen zu einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben der Mitgliedstaaten geführt haben. Es können deshalb Beihilfen zur Behebung von Liquiditätskrisen auf Grundlage von Art. 107 Abs. 3 lit. b AUEV verbunden mit dem Temporary Framework genehmigt werden. Das Temporary Framework enthält drei Instrumente: 1. begrenzte Beihilfebeträge bis zu 400.000 Euro, 2. Liquiditätsbeihilfen in Form von Garantien oder Darlehen und 3. Beihilfen zum Ausgleich hoher Energiepreise.

Der befristete Krisenrahmen galt zunächst bis 31. Dezember 2022. Nach Konsultation der Mitgliedstaaten wurde am 28. Oktober 2022 die zweite Änderung des befristeten Krisenrahmens und damit eine Verlängerung der Massnahmen bis zum 31. Dezember 2023 beschlossen.

c) Entscheide des Europäischen Gerichtshofs

Im Jahr 2022 fällte der Europäische Gerichtshof (EuGH) folgende Urteile zu den direkten Steuern.

aa) Keine Berücksichtigung finaler Verluste einer DBA-Freistellungsbetriebsstätte.

Am 22. September 2022 entschied der EuGH in der Rechtssache C-538/20 (W AG/Bundesministerium der Finanzen)⁶, dass die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit keine Berücksichtigung finaler Verluste einer aufgrund Doppelbesteuerungsabkommen („DBA“) freigestellten Betriebsstätte beim deutschen Stammhaus erfordert. Der Besteuerungsverzicht aufgrund eines DBA ist von einem unilateralen Besteuerungsverzicht abzugrenzen.

W AG, eine deutsche Wertpapierhandelsbank, unterhielt eine Zweigniederlassung in Grossbritannien, die keine Gewinne erzielte. Aufgrund der Schliessung der Zweigniederlassung in 2007 konnten die steuerlichen Verluste in Grossbritannien nicht mehr vorgetragen werden. Trotz Freistellung der Einkünfte der Zweigniederlassung von der deutschen Besteuerung aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und Grossbritannien war die Klägerin der Meinung, die Verluste müssten als finale Verluste bei der deutschen Gewinnermittlung berücksichtigt werden.

Der EuGH urteilte, dass die Niederlassungsfreiheit keine Berücksichtigung finaler Verluste einer DBA-Freistellungsbetriebsstätte beim deutschen Stammhaus erforderlich macht. Demnach sind solche Verluste weder beim Betriebsstättenstaat noch beim Staat des Stammhauses abziehbar und gehen ungenutzt unter.

Zwar bestätigt der EuGH, dass eine Ungleichbehandlung vorliegt, da die Verluste einer inländischen Betriebsstätte beim Stammhaus berücksichtigt werden können. Allerdings liegen im Streitfall keine objektiv vergleichbaren Sachverhalte vor, weshalb die Ungleichbehandlung zulässig sei. Objektiv vergleichbare Sachverhalte wären nur dann gegeben, wenn nach nationalem Besteuerungsrecht Gewinne und Verluste inländischer Betriebsstätten in bestimmten Fällen nicht zu berücksichtigen wären.

bb) Portugiesische Quellenbesteuerung grenzüberschreitender Dividenden unionsrechtswidrig

Am 17. März 2022 entschied der EuGH in der Rechtssache C-545/19 (AllianzGI-Fonds AEVN/Autoridade Tributária e Aduaneira)⁷, dass der portugiesische Quellensteuerabzug auf Dividenden, die an einen gebietsfremden Investment-

⁶ EuGH, Urteil vom 22. September 2022 in der Rechtssache C-538/20, ECLI:EU:C:2022:717 – W AG/Bundesministerium der Finanzen.

⁷ EuGH, Urteil vom 17. März 2022 in der Rechtssache C-545/19, ECLI:EU:C:2022:193 – AllianzGI-Fonds AEVN/Autoridade Tributária e Aduaneira.

fonds gezahlt werden während Dividenden, die an einen gebietsansässigen Investmentfonds gezahlt werden, von einem solchen Steuerabzug befreit sind, gegen unionsrechtliche Vorgaben verstößt.

Im Fall hatten in Portugal ansässige Gesellschaften Dividenden an einen deutschen Investmentfonds gezahlt, die mit einer Quellensteuer von 25% belastet wurden. Nach portugiesischem Recht sind Dividendenzahlungen an einen in Portugal ansässigen Investmentfonds als körperschaftssteuerfrei zu behandeln. Nach dem DBA zwischen Deutschland und Portugal war lediglich eine Reduktion der Quellensteuer auf 15% möglich.

Die Generalanwältin vertrat in ihren Schlussanträgen vom 6. Mai 2021 die Auffassung, dass die Kapitalverkehrsfreiheit der portugiesischen Regelung nicht entgegenstehe. Der EuGH sah die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit jedoch als nicht gerechtfertigt an.

Durch die fehlende Möglichkeit einer Befreiung von Quellensteuer bei gebietsfremden Investmentfonds behandelt Portugal diese schlechter als gebietsansässige Investmentfonds. Aus Sicht des EuGH betrifft diese unterschiedliche Behandlung objektiv vergleichbare Situationen, da allein auf den Ort der Ansässigkeit abgestellt werde. Die Schlechterstellung sei auch nicht durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses (weder zur Wahrung der Kohärenz des nationalen Steuersystems noch zur Gewährleistung einer ausgewogenen Verteilung der Steuerhoheit zwischen den Mitgliedsstaaten) gerechtfertigt. Kohärenz des nationalen Steuersystems lehnte der EuGH ab, da kein unmittelbarer Zusammenhang besteht zwischen der Quellensteuerbefreiung für gebietsansässige Investmentfonds und der Besteuerung dieser Dividenden auf Ebene der Anteilsinhaber. Auf die Wahrung der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis könne sich ein Staat nach Auffassung des EuGH nicht berufen, wenn er – wie im vorliegenden Fall – gebietsansässige Investmentfonds nicht besteuert.

cc) *Deutsche Nachweispflichten zur Erstattung von Kapitalertragsteuer auf Streubesitzdividenden unionsrechtswidrig*

Mit Urteil vom 16. Juni 2022 in der Rechtssache C-572/20 (ACC Silicones Ltd./Bundeszentralamt für Steuern)⁸ erklärte der EuGH die Nachweispflichten zur Erstattung von Kapitalertragsteuer bei Streubesitzdividenden für nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar.

⁸ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2022 in der Rechtssache C-572/20, ECLI:EU:C:2022:469 – ACC Silicones Ltd./Bundeszentralamt für Steuern.

Eine in Grossbritannien ansässige Tochtergesellschaft (Klägerin) einer ebenfalls in Grossbritannien ansässigen börsennotierten Gesellschaft war zu 5,26% an einer in Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaft beteiligt. Die deutsche Gesellschaft behielt auf Gewinnausschüttungen an die Klägerin Kapitalertragsteuer ein und führte diese an das Bundeszentralamt für Steuern ab. Das Bundeszentralamt für Steuern gewährte der Klägerin eine anteilige Erstattung von Kapitalertragsteuer aufgrund des einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommens, nicht aber die vollständige Erstattung. Eine vollständige Erstattung aufgrund von § 32 Abs. 5 KStG wurde verweigert, weil die Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Eine der Voraussetzungen ist die Bescheinigung der Nichtanrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer für jeden unmittelbaren und mittelbaren Gesellschafter, im vorliegenden Fall also für jeden Aktionär der börsennotierten Muttergesellschaft der Klägerin.

Der EuGH entschied, dass eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von gebietsfremden und gebietsansässigen Gesellschaften vorliegt. Während gebietsansässige Gesellschaften ohne weitere Nachweise die vollständige Erstattung von Kapitalertragsteuer erlangen können, ist die Befreiung im Fall von gebietsfremden Gesellschaften an die Bedingung geknüpft, dass weder die gebietsfremde noch ein an ihr unmittelbar oder mittelbar beteiligter Anteilseigner die Kapitalertragsteuer anrechnen, als Betriebsausgabe oder Werbungskosten abziehen oder am Ort ihrer steuerlichen Ansässigkeit vortragen kann.

Eine solche Ungleichbehandlung kann gebietsfremde Gesellschaften davon abhalten, in Gesellschaften zu investieren, die in Deutschland ansässig sind und kann auch ein Hindernis für die Kapitalbeschaffung gebietsansässiger Gesellschaften bei in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Gesellschaften darstellen. Die unterschiedliche Behandlung könne auch nicht durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, da die Streubesitzdividenden an gebietsansässige Gesellschaften eine vollständige Entlastung von Kapitalertragsteuer erhalten können.

dd) Strafzuschlag wegen Verletzung von Dokumentationspflichten mit Europarecht vereinbar

Am 13. Oktober 2022 entschied der EuGH in der Rechtssache C-431/21 (X GmbH & Co. KG/Finanzamt Bremen)⁹, dass der deutsche Strafzuschlag wegen Verletzung von Dokumentationspflichten nicht gegen Europarecht verstösst.

⁹ EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2022 in der Rechtssache C-421/21, ECLI:EU:C:2022:792 – X GmbH & Co. KG/Finanzamt Bremen.

Eine deutsche KG (Klägerin) zahlte sogenannte Management Fees an die in den Niederlanden ansässige Y N.V. für verschiedene Dienstleistungen. Y N.V. hielt mittelbar 100% der Anteile an der Klägerin. Die im Rahmen der Betriebsprüfung vorgelegte Verrechnungspreisdokumentation war aus Sicht des Finanzamts Bremen nicht verwertbar, sodass das Finanzamt einen Zuschlag gemäss § 162 Abs. 4 AO a.F. in Höhe von 5% des Mehrbetrags der Einkünfte pro Jahr festsetzte. Nach Auffassung der Klägerin verstosse dieser Zuschlag gegen Europarecht, da er nur bei Steuerpflichtigen zur Anwendung komme, die Geschäftsbeziehungen zu nahestehenden Personen im Ausland unterhalten.

Der EuGH urteilte, dass sowohl die Dokumentationspflicht als auch der Strafzuschlag bei Verletzung der Dokumentationspflicht mit dem Europarecht vereinbar sei. Zwar bestehe für Geschäftsbeziehungen mit anderen gebietsansässigen Gesellschaften keine Dokumentationspflicht, weshalb grundsätzlich eine Ungleichbehandlung gegeben sei. Allerdings lasse sich die Ungleichbehandlung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, nämlich der Wirksamkeit der Steueraufsicht zur Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedsstaaten, rechtfertigen. Die Dokumentationspflichten gehen auch nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses verfolgten Ziels erforderlich ist. Allerdings habe das vorlegende Gericht zu prüfen, ob sich für den Steuerpflichtigen übermässige Verwaltungszwänge ergeben. Unter dem Vorbehalt dieser Prüfung kam der EuGH zum Ergebnis, dass die Dokumentationspflicht nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstosse.

Gleichfalls sei die Ungleichbehandlung im Hinblick auf den Strafzuschlag bei Verletzung der Dokumentationspflicht gerechtfertigt. Der EuGH entschied, dass der Strafzuschlag als erforderlich angesehen werden kann, um die wirkliche Einhaltung der nationalen Regelungen zu gewährleisten und in seiner Art und Höhe in jedem Fall verhältnismässig ist. Der Strafzuschlag gehe bei Verletzung der Dokumentationspflichten nicht über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels erforderlich sei.

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

a) Gesetzliche Entwicklungen

aa) Richtlinienentwurf „VAT in the Digital Age“ (ViDA)

Kurz vor Ende des Jahres 2022 wurde der Entwurf der Richtlinie „VAT in the Digital Age“ veröffentlicht. Der aktuelle Richtlinienentwurf enthält eine Vielzahl von Neuerungen, unter anderem die Folgenden:

Es sollen neue digitale Meldepflichten und im unternehmerischen Verkehr eine Pflicht zur elektronischen Rechnungsstellung binnen zweier Arbeitstage eingeführt werden. Auch das Rechnungsformat muss bestimmten Vorgaben genügen. Die bisherigen zusammenfassenden Meldungen sollen durch die neuen digitalen Meldepflichten abgelöst werden.

Zudem soll eine neue fiktive Lieferkette im Bereich der Plattformwirtschaft, der kurzfristigen Unterkunftsvermietung sowie der Personenbeförderung geschaffen werden (Einbeziehung von Online-Portalen in die Dienstleistungskette).

Des Weiteren soll die Lieferkettenfiktion beim Verkauf von Waren über Plattformen auf sämtliche EU-Liefervorgänge ausgeweitet werden (und nicht mehr nur auf importierte Waren mit Verkäufen an Privatpersonen unter EUR 150 angewendet werden).

Ausserdem soll ab dem Jahr 2025 die Möglichkeit einer sog. Single VAT Registration geschaffen werden, die eine Vielzahl von Registrierungen in verschiedenen EU-Staaten vermeiden soll.

Der Richtlinienentwurf ist noch nicht final und muss noch das europäische Gesetzgebungsverfahren durchlaufen. Die Änderungen sollen dann erst in einigen Jahren Anwendung finden.

bb) DAC7- Richtlinie: Meldepflichten für Plattformbetreiber

Mit der neuen DAC7- Richtlinie (Directive on Administrative Cooperation 2021/514) wurden die EU-Mitgliedsstaaten verpflichtet, diese bis zum 31. Dezember 2022 in nationales Recht umzusetzen. Die Richtlinie sieht vor, dass (EU/non-EU) Plattformbetreiber bestimmte Daten über die Anbieter auf ihrer Plattform erheben und an die zuständige Behörde melden müssen, sofern die Anbieter die gesetzlich normierten Dienstleistungen anbieten (wie zum Beispiel Unterkunftsvermietung, persönliche Dienstleistungen, Warenverkäufe, Vermietung von Beförderungsmitteln etc.). Kommen Plattformbetreiber diesen Pflichten nicht nach, können die Behörden gegen die Plattformbetreiber vorgehen (die Ausgestaltung dieser Massnahmen ist den Mitgliedsstaaten überlassen).

cc) *Neue EU-Richtlinie 2022/542 zur Einführung neuer reduzierter Steuersätze für Digitalisierung, Umwelt und Gesundheit*

Im April 2022 wurde eine neue Richtlinie verabschiedet, wonach den Mitgliedsstaaten mehr Flexibilität zur Einführung reduzierter Steuersätze eingeräumt wurde. Die Richtlinie enthält einen Katalog von begünstigten Dienstleistungen und Waren, für die Mitgliedsstaaten günstigere Steuersätze einführen können.

Mitgliedsstaaten sind demnach flexibel, für gewisse Produktparten einen reduzierten Steuersatz von 5% anzuwenden, oder sogar für einige wenige Kategorien einen Steuersatz zwischen 0% und 5% einzuführen.

dd) *Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2023*

Das abgestimmte Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission für das Jahr 2023 enthält ansonsten keine umsatzsteuerspezifischen neuen Pläne.

b) *Ausgewählte Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs*

aa) *Berlin Chemie – Betriebsstätte bei Erhalt von Dienstleistungen durch verbundene Gesellschaft?*

Am 07. April 2022 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der Rechtssache *Berlin Chemie A. Menarini SRL* über das Vorliegen einer Betriebsstätte im Kontext von grenzüberschreitenden konzerninternen Dienstleistungen entschieden.

Nach Art. 11 der Mehrwertsteuer-Durchführungsverordnung gilt als „feste Niederlassung“ im Sinne von Art. 44 der Mehrwertsteuersystemrichtlinie jede Niederlassung, die einen hinreichenden Grad an Beständigkeit sowie eine Struktur aufweist, die es ihr von der personellen und technischen Ausstattung her erlaubt, Dienstleistungen, die für den eigenen Bedarf dieser Niederlassung erbracht werden, zu empfangen und dort zu verwenden.

Im vorliegenden Fall hatte eine deutsche Gesellschaft einen Vertrag mit ihrer rumänischen Tochtergesellschaft über die Erbringung von Marketing-, Regulierungs-, Werbe- und Vertretungsdienstleistungen geschlossen. Die deutsche Gesellschaft hielt 100% der Anteile an der rumänischen Tochtergesellschaft und war die einzige Kundin der rumänischen Tochtergesellschaft. Die rumänische Steuerverwaltung nahm nach einer Steuerprüfung den Standpunkt ein, dass die rumänische Gesellschaft als Betriebsstätte fungiert habe, und erliess

gegen die rumänische Gesellschaft einen Steuerbescheid in Höhe von umgerechnet etwa EUR 8 Millionen zuzüglich Säumniszuschlägen von umgerechnet etwa EUR 708'000.

Der EuGH hält zunächst – unter Bezug auf die Rechtssache *Dong Yang Electronics* (C-547/18) – fest, dass eine Tochtergesellschaft in einem anderen Staat durchaus grundsätzlich als „feste Niederlassung“ fungieren kann, aber stets die weiteren Voraussetzungen des Art. 11 der Mehrwertsteuerdurchführungsverordnung zu prüfen sind. Letztlich kommt der Europäische Gerichtshof zum Ergebnis, dass eine Betriebsstätte im vorliegenden Fall nicht vorgelegen hat, denn dieselbe Ausstattung, welche die rumänische Tochter für die Erbringung ihrer Dienstleistungen an die deutsche Muttergesellschaft verwendete, konnten nicht gleichzeitig dem Empfang der Dienstleistungen durch die Muttergesellschaft zugerechnet werden. Diese Begründung ist zu begrüßen, da sie deutlich macht, dass Tochtergesellschaften grundsätzlich keine Betriebsstätten darstellen und hierfür eine auf diverse vergleichbare Fallkonstellationen übertragbare Argumentation bietet.

Der EuGH hatte sich in den vergangenen Jahren bereits häufiger mit der Frage zu beschäftigen, wann genau eine Betriebsstätte vorliegt und wann nicht (vgl. z.B. Rechtssache *Titanium, Welmory, Dong Yan Electronics*). Die Fallkonstellationen sind dabei so unterschiedlich wie die wirtschaftliche Realität. Es empfiehlt sich, angesichts der weitreichenden steuerlichen Folgen, diese Fragen vor Implementierung zu durchdenken und die aktuelle Sach- und Rechtslage gegebenenfalls regelmässig prüfen zu lassen.

An dieser Stelle ist noch anzumerken, dass die umsatzsteuerliche Definition der „festen Niederlassung“ nicht deckungsgleich mit der ertragsteuerlichen Betriebsstätte ist, und das Thema von vielen Unternehmen gerade aus Drittstaaten noch immer häufig vernachlässigt wird.

bb) Norddeutsche Gesellschaft für Diakonie u.a. – EuGH äussert sich Ende des Jahres 2022 zur umsatzsteuerlichen Organschaft

In den Entscheidungen *Norddeutsche Gesellschaft für Diakonie* (C-141/20) und *S/FA T* (C-269/20) vom 01. Dezember 2022 äusserte sich der EuGH zur umsatzsteuerlichen Organschaft. Konkret ging es darum, (1) wer im Falle einer Organschaft „der“ Steuerpflichtige ist oder nach nationalem Recht sein darf, und (2) welche Anforderungen an die erforderliche finanzielle Eingliederung gestellt werden dürfen.

Die mehrwertsteuerliche Organschaft erfordert nach den unionsrechtlichen Vorgaben eine finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung einer Gesellschaft in das Unternehmen einer anderen steuerpflichtigen natürlichen oder juristischen Person. Die konkrete Umsetzung dieser Vorgaben in nationales Recht ist den EU-Mitgliedstaaten überlassen. In Deutschland ist es vorgesehen, dass der Organträger *der* Steuerpflichtige ist.

Gegenstand der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof war die Frage, ob dies im Einklang mit der Mehrwertsteuersystemrichtlinie steht, oder ob nicht vielmehr die Gruppe (bestehend aus Organträger und Organgesellschaft) als Steuerpflichtige anzusehen sei. Dies hätte zur Folge gehabt, dass mangels Unternehmerstellung der Gruppe selbst keine Umsatzsteuer festgesetzt werden könnte, und dem deutschen Staat hierdurch ein Steuerausfall in Milliardenhöhe gedroht hätte.

Letztlich hat der Europäische Gerichtshof aber entschieden, dass die deutsche Regelung im Grundsatz im Einklang mit der Mehrwertsteuersystemrichtlinie steht. Entscheidend ist aus Sicht des EuGH, dass es einen einzigen Ansprechpartner der mehrwertsteuerlichen Organschaft gibt, der die umsatzsteuerlichen Pflichten erfüllt. Dieser „Ansprechpartner“ kann auch als Steuerpflichtiger fungieren. Der EuGH sieht die einzelnen Organgesellschaften weiterhin als selbstständig an.

Hinsichtlich der finanziellen Eingliederung sieht der EuGH – anders als im deutschen Recht – kein Erfordernis einer gleichzeitigen Mehrheitsbeteiligung und Stimmrechtsmehrheit. Bei einer Stimmrechtsquote von exakt 50% hat das Gericht angedeutet, dass die Anforderungen an die finanzielle Eingliederung nicht zu restriktiv ausgelegt werden sollten. Die Stimmrechtsmehrheit darf nach Ansicht des EuGH nur dann gefordert werden, wenn es um die Vermeidung von Steuermissbräuchen geht.

Der EuGH scheint zudem davon auszugehen, dass Mitglieder einer Mehrwertsteuergruppe als solche grundsätzlich nicht ihre Selbständigkeit verlieren. In Deutschland wird deshalb diskutiert, ob – anders als nach der bisherigen deutschen Sichtweise – Innenumsätze innerhalb der Organschaft steuerbar sein könnten. Mit Spannung wird erwartet, wie sich der deutsche Bundesfinanzhof in seinen Folgeurteilen zu diesen Fragen stellen und inwiefern eine Rechtsprechungsänderung vorgenommen wird.

cc) *DSAB: Touristenkarte („Citycard“) während City-Trip kann als Gutschein angesehen werden*

In der Rs. *Skatteverket v DSAB Destination Stockholm AB* (C-637/20) entschied der EuGH über die Qualifikation einer sog. Citycard als Gutschein im umsatzsteuerlichen Sinne.

Die umsatzsteuerrechtliche Behandlung von Gutscheinen unterscheidet sich je nach Art des Gutscheins, weshalb der rechtlichen Einordnung viel Gewicht zukommt. Umsatzsteuerlich unterschieden werden zum einen Einzweck-Gutscheine (sog. Single Purpose Voucher) und zum anderen Mehrzweckgutscheine (sog. Multi Purpose Voucher).

Im vorliegenden Fall handelte es sich um eine Citycard, mittels derer Touristen unterschiedliche Leistungen von Fremddienstleistern (Touristenbusse, Museumsbesuche etc.) in einem festgelegten Zeitfenster wahrnehmen konnten. Es handelt sich um eines der ersten EuGH-Urteile zu den Gutscheinregelungen in der Mehrwertsteuersystemrichtlinie.

Der Europäische Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Citycard um einen Mehrzweckgutschein handelt, da die Leistungen, die mit der Citycard beansprucht werden können, unterschiedlichen Steuersätzen unterliegen können und deshalb die auf diese Dienstleistungen geschuldete Mehrwertsteuer zum Zeitpunkt seiner Ausstellung nicht feststeht. Eine Versteuerung ist dann erst bei Einlösung des jeweiligen Mehrzweckgutscheins vorzunehmen.

dd) *P-GmbH: Für Rückerstattung überzahlter Umsatzsteuer ausnahmsweise keine Rechnungskorrektur erforderlich, wenn keine Gefährdung des Steueraufkommens droht*

Der EuGH hatte sich in seinem Urteil vom 8. Dezember 2022 in der Rs. *P-GmbH* (C-378/21) mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Praxis der österreichischen Steuerverwaltung mit dem europäischen Recht vereinbar ist, derzufolge die Erstattungen wegen versehentlicher Anwendung des höheren Steuersatzes von Rechnungskorrekturen abhängig gemacht werden, und zwar selbst bei Kleinbetragsrechnungen an eine Vielzahl von Kunden, denen ohnehin kein Vorsteuerabzug zusteht (sodass sie auch nicht ungerechtfertigt einen überhöhten Vorsteuerabzug beansprucht haben konnten) und welche die Steuer letztlich getragen haben.

Im vorliegenden Fall ging es um einen Betreiber eines Indoor-Spielplatzes, der versehentlich den höheren Steuersatz (20% anstelle von 13%) seinen Kunden berechnete und abführte. Als der Betreiber die überhöhte Umsatzsteuer zurückfordern wollte, versagte die österreichische Verwaltung dieses Ansinnen mit den Argumenten, dass der Betreiber die zugrundeliegenden Rechnungen nicht korrigiert habe und hierdurch ungerechtfertigt bereichert werden würde, da seine Kunden die entsprechende überzahlte Umsatzsteuer letztlich getragen haben.

Dem Europäischen Gerichtshof wurde die Frage vorgelegt, ob Art. 203 der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (hiernach wird die Umsatzsteuer geschuldet, wenn sie auf der Rechnung ausgewiesen ist) in diesem Fall anwendbar ist, da schliesslich keine Gefährdung des Steueraufkommens droht.

Obwohl die Regelung in der Mehrwertsteuersystemrichtlinie eindeutig besagt: „Die Mehrwertsteuer wird von jeder Person geschuldet, die diese Steuer in einer Rechnung ausweist.“, kam der Europäische Gerichtshof hier zum Ergebnis, dass der Spielplatzbetreiber diese Steuer vorliegend nicht schuldet, da keine Gefährdung des Steueraufkommens drohe. Die Differenz haben somit letztlich die Besucher des Indoorspielplatzes getragen.

Das Urteil eignet sich möglicherweise auch in anderen vergleichbaren Konstellationen, in denen kein Steuerausfall droht, als Argument für Verzicht auf Rechnungskorrekturen, die tatsächlich wegen einer Vielzahl von nicht mehr identifizierbaren Kunden nicht durchführbar wäre.

ee) *Zipvit: Zum Vorsteuerabzug bei expliziter Nettopreis-Abrede bei zwischenzeitlicher Rechtsänderung*

Das Urteil vom 13. Januar 2022 in der Rs. *Zipvit* (C-156/20) behandelt die Frage, wann ein Leistungsempfänger Vorsteuer abziehen darf, wenn der Leistungserbringer nie Umsatzsteuer hierauf erhoben hat.

Im vorliegenden Fall hatte die englische Royal Mail aufgrund Individualabrede bestimmte Postdienstleistungen an die Fa. Zipvit erbracht. Diese Individualabrede enthielt explizit die Vereinbarung, dass die Preise als Nettopreise zu verstehen sind. Aufgrund einer nachfolgenden anderslautenden Gerichtsentscheidung hätten die Leistungen allerdings der Umsatzsteuer unterlegen. Die Leistungserbringerin forderte diese zusätzliche Umsatzsteuer allerdings nicht an (und auch die Steuer- und Zollverwaltung forderte die Steuer nicht von der Royal Mail ein, wegen „der berechtigten Erwartungen, die sie bei Royal Mail geweckt zu haben meinte“).

Gleichwohl sah sich die Leistungsempfängerin im Recht, nun Vorsteuer aus den Nettoentgelten gegenüber der Finanzverwaltung geltend zu machen. Der Europäische Gerichtshof sah es jedoch nicht als ausreichend an, dass der Vorsteueranspruch in dem Moment entsteht, wenn die Leistung erbracht worden ist. Hinzutreten müsse vielmehr das Zahlungsersuchen des Leistungserbringers. Hieraus kann geschlossen werden, dass der EuGH davon ausgeht, dass dem Leistungsempfänger eben keine Umsatzsteuer in Rechnung gestellt worden ist. Dementsprechend stand dem Leistungsempfänger auch kein Recht auf Vorsteuerabzug zu.

Anders als in der Rechtssache *Tulică* liegt nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs in diesem Fall eine ausdrückliche Nettopreisabrede vor, die der Auslegung nicht zugänglich war. Allein die zwischenzeitliche rechtliche Änderung (d.h. Behandlung als umsatzsteuerpflichtige Leistung, und nicht mehr als umsatzsteuerfreie Leistung) rechtfertigt daher im Fall von ausdrücklichen Nettopreisabreden nicht das Recht zum Vorsteuerabzug.

Dieser Fall bietet Gelegenheit, sich mit der Systematik der Umsatzsteuer auseinanderzusetzen. Abgezogen werden darf selbstredend nur die Umsatzsteuer, die den Unternehmer tatsächlich belastet hat. Diese Belastung liegt bei Nettopreisabreden nicht vor. Zudem sind etwaige formale Anforderungen (z.B. Rechnung mit ausgewiesenem Umsatzsteuerbetrag) zu beachten. Hätte Zipvit die Leistungserbringerin zur Ausstellung einer Rechnung mit Umsatzsteuer aufgefordert, hätte die Leistungserbringerin diese Umsatzsteuer zunächst vom Leistungsempfänger erheben müssen. Erst dann wäre der Leistungsempfänger tatsächlich mit der Umsatzsteuer belastet und zum Vorsteuerabzug berechtigt gewesen.

ff) W-GmbH: Holding darf keine Vorsteuer aus Eingangsleistungen abziehen, die als Sacheinlage an Tochtergesellschaft weitergereicht werden

Am 08. September 2022 entschied der EuGH in der Rs. *W-GmbH* (C-98/21) über die Frage, ob eine Holding Vorsteuer aus Eingangsleistungen abziehen darf, die sie dann im Wege der Sacheinlage an ihre Tochtergesellschaft weiterreicht, sie also nicht selbst verwendet. Die Holding selbst erbringt allerdings umsatzsteuerpflichtige Umsätze, unter anderem durch entgeltliche Buchführungs- und Geschäftsführungsleistungen für die Tochtergesellschaften.

Im vorliegenden Fall waren die Tochtergesellschaften der Holdinggesellschaft selbst nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt, da sie weit überwiegend umsatzsteuerfreie (Ausgangs-)Leistungen erbrachten. Hätten die Tochtergesellschaften also selbst bestimmte Eingangsleistungen erhalten, hätten sie keinen Vor-

steuerabzug beanspruchen können, d.h. die Umsatzsteuer wäre final auf Ebene der Tochtergesellschaften als nichtabzugsfähiger Kostenposten angefallen.

Wohl um den Vorsteuerabzug nicht zu verlieren, kaufte die Holding die entsprechenden Leistungen ein und verpflichtete sich gegenüber ihren Tochtergesellschaften, entsprechende Gesellschafterbeiträge zu leisten.

Der deutsche Bundesfinanzhof legte dem EuGH die Frage vor, ob der Holdinggesellschaft in einer solchen Konstellation der Vorsteuerabzug zusteht. Dieser kam – unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung, vgl. *Marle Participations*, Rs. C-320/17) – zum Ergebnis, dass der Vorsteuerabzug denjenigen Unternehmer entlasten soll, der als „Steuerpflichtiger“ im Sinne der Mehrwertsteuersystemrichtlinie qualifiziert und die bezogenen Eingangsleistungen *„auf einer nachfolgenden Umsatzstufe für die Zwecke seiner besteuerten Umsätze verwendet“*.

Da die bezogenen Eingangsleistungen auf Ebene der Holdinggesellschaft kein Kostenelement der besteuerten Umsätze der Holdinggesellschaft darstellten, sondern allein durch den Gesellschafterbeitrag ausgelöst wurden, versagte der EuGH praktisch das Recht auf den Vorsteuerabzug. Die Folgeentscheidung des Bundesfinanzhofs steht noch aus.

Diese Entscheidung kam für viele Beobachter überraschend, weil die Holding ja umsatzsteuerpflichtige Umsätze an die Tochtergesellschaften erbringt und – so hätte man denken können – deshalb keinen nichtunternehmerischen Bereich hat, dem die Eingangsumsätze hätten zugeordnet werden können. Möglicherweise war vorliegend ausschlaggebend, dass die Vorleistungen im Zusammenhang mit den „unentgeltlichen“ Sacheinlagen gesehen wurden und deshalb – wie bei geplanten unentgeltlichen Wertabgaben – keine Vorsteuer gewährt werden sollte.

II. Bedeutung für die Schweiz

I. Entwicklungen bei den direkten Steuern

a) Umsetzung der Steuerreform und AHV-Finanzierung (STAF)

Mit Wirkung per 1. Januar 2020 trat das Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung in Kraft. Zur Umsetzung der in der Vorlage enthaltenen steuerrechtlichen Bestimmungen haben alle 26 Schweizer Kantone ihre kantonalen Steuergesetze angepasst und die vom Bundesgesetzgeber im Rahmen der Vorlage verlangten Änderungen umgesetzt. Mit dem Wegfall der kantonalen Sondernormen kommen für die bisherigen Statusgesellschaften die ordentlichen Gewinnsteuersätze zum Tragen, was zu einer Zunahme der Steuerbelastung führt. In einigen Bereichen hat der Bundesgesetzgeber den Kantonen bei der Umsetzung der in der Vorlage enthaltenen Instrumente Entscheidungsspielraum gelassen, ob neu geschaffene Entlastungen eingeführt werden sollen. So können die Kantone beispielsweise einen Abzug für Eigenfinanzierung vorsehen, vorausgesetzt, das kantonale Steuergesetz sieht eine derartige Erleichterung vor und im Hauptort des Kantons das kumulierte Steuermass von Kanton, Gemeinde und allfälligen anderen Selbstverwaltungskörpern über den gesamten Tarifverlauf mindestens 13,5% beträgt.¹⁰ Derzeit kennt einzig der Kanton Zürich einen derartigen Abzug für Eigenfinanzierung und hat die entsprechende Formulierung aus dem Steuerharmonisierungsgesetz unverändert übernommen.¹¹

¹⁰ Art. 25abis Abs. 1 Steuerharmonisierungsgesetz vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14); der zugelassene Abzug entspricht dabei dem kalkulatorischen Zins auf dem Sicherheitseigenkapital.

¹¹ § 65b Steuergesetz des Kantons Zürich vom 8. Juni 1997, Stand am 1. Januar 2022 (StG ZH); zu beachten ist, dass auch dieser Abzug für Eigenfinanzierung unter die sog. Entlastungsbegrenzung fällt; diese besagt, dass die gesamte steuerliche Ermässigung nach §§ 64b Abs. 1 und 2 sowie 65a und 65b nicht höher sein darf, als 70% des steuerbaren Gewinns vor Verlustverrechnung (wobei der Nettobeteiligungsertrag nach §§ 72 und 72a von dieser Berechnung ausgeklammert wird) und vor Abzug der von der steuerpflichtigen Gesellschaft vorgenommenen Ermässigungen: § 65c StG ZH.

Andere mit der STAF Vorlage vom Bundesgesetzgeber eingeführte Neuerungen mussten von den Kantonen verpflichtend eingeführt werden und sehen maximal zulässige Entlastungen vor (so z.B. die Regelung betreffend die Patentbox).¹² Dabei ist es den Kantonen überlassen, die Ermässigung lediglich in reduziertem Umfang zu gewähren.¹³

Derzeit ist schwer abzuschätzen, ob die Steuerreform das mit ihr verfolgte Ziel, ein international konformes, wettbewerbsfähiges Steuersystem für schweizerische Unternehmen zu schaffen, tatsächlich erreichen konnte. Offenbar besteht in der Praxis eine entsprechende Nachfrage nach den neu geschaffenen Instrumenten. Allerdings zeigen die Ergebnisse einer empirisch durchgeführten ersten Bestandsaufnahme, dass diese Nachfrage gemäss Auskunft der verschiedenen befragten kantonalen Steuerämter eher begrenzter Natur zu sein scheint.¹⁴ Insbesondere die verbunden mit erheblichen Erwartungen in der Schweiz neu eingeführte Patentbox ist lediglich für eine beschränkte Zahl von grösseren Unternehmen interessant. Der hohe Grad an technischer Komplexität sowie die zwingend notwendigen Vorschriften zur Dokumentation der Patentbox machen dieses Instrument insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen wenig attraktiv.¹⁵

b) OECD globale Mindeststeuer

Auf Ebene der OECD wurde die als zweite Säule des sog. BEPS 2.0 Projektes bekannte globale Mindeststeuer im Jahr 2021 von ca. 140 Staaten verbindlich beschlossen.¹⁶ Am 20. Dezember 2021 veröffentlichte die OECD detaillierte Regeln zu dieser tiefgreifenden Reform des internationalen Steuersystems. Für die konkrete Umsetzung der Zwei-Säulen-Lösung hat die OECD den betroffenen Regierungen Modellregeln erlassen.

¹² Art. 24a und 24b Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, (Steuerharmonisierung, StHG, SR 642.14).

¹³ Eine tabellarische Übersicht über die einzelnen, von den Kantonen umgesetzten Entlastungsmassnahmen geben die Steuermäppchen der Eidgenössischen Steuerverwaltung, abrufbar unter: <<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/die-estv/steuersystem-schweiz/steuermaepchen.html>>.

¹⁴ Hofer Carlos, STAF-Innovationsförderung, Nachfrage und Determinanten. Erste Erfahrungen aus der Praxis, IFF-HSG Working Papers, Working Paper No. 2022-15, Oktober 2022, 50, abrufbar unter: <<https://iff.unisg.ch/wp-content/uploads/2022/10/15-WP-Hofer.pdf>>.

¹⁵ Hofer, 50.

¹⁶ Vgl. auch vorne [I.1.a\)cc](#)).

Diese definieren den Anwendungsbereich und legen den Mechanismus für die sogenannten Global Anti-Base Erosion (GloBE) Regeln unter der zweiten Säule fest, die für multinational tätige Unternehmen mit einem Umsatz von über EUR 750 Millionen einen globalen Mindestkörperschaftsteuersatz von 15% einführen werden. Auf diesem Weg erhofft sich die OECD pro Jahr schätzungsweise USD 150 Milliarden zusätzliche globale Steuereinnahmen.

Die GloBE-Regeln sollen insbesondere garantieren, dass die davon betroffenen Konzerne die Mindeststeuer auf ihren Gewinnen neuerdings in all denen Ländern entrichten, in denen sie ihre Tätigkeit ausüben. Eine sog. Top-Up Tax wird in jeder Jurisdiktion auf den erzielten steuerbaren Gewinnen erhoben, wenn der für im betreffenden Land ermittelte effektive Steuersatz unter dem von der OECD festgelegten Mindestsatz von 15% liegt.¹⁷

Die neuen Mustervorschriften sehen ein koordiniertes System von ineinandergreifenden Regeln vor, mit folgenden Elementen:

- Definition der von der Mindeststeuer betroffenen multinationalen Unternehmen;
- Mechanismus für die Berechnung des effektiven Steuersatzes eines multinationalen Unternehmens in einem Rechtsraum sowie für die Festlegung des gemäss den Regeln zu zahlenden Betrags der Top-Up Tax und
- einer Festsetzung der Top-Up Tax für ein Mitglied einer multinationalen Unternehmensgruppe gemäss einer vereinbarten Reihenfolge der Regeln.

Der Bundesrat wie auch das Parlament sind gewillt, für die davon betroffenen grossen, international tätigen Unternehmensgruppen die von der OECD geforderte Mindestbesteuerung rechtzeitig einzuführen. Grundlage dafür wird eine Anpassung der schweizerischen Bundesverfassung sein, da durch die unterschiedliche Behandlung von Grosskonzernen und übrigen Unternehmen keine einheitliche Gewinnbesteuerung mehr erfolgt.¹⁸

¹⁷ OECD veröffentlicht Mustervorschriften der zweiten Säule für die nationale Umsetzung der globalen Mindeststeuer von 15%, 20. Dezember 2021, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/berlin/presse/oecd-veroeffentlicht-mustervorschriften-der-zweiten-saeule-fuer-die-nationale-umsetzung-der-globalen-mindeststeuer-von-15-%.htm>.

¹⁸ Eidgenössisches Finanzdepartement, Umsetzung der OECD-Mindeststeuer in der Schweiz, abrufbar unter: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/steuern/steuern-international/umsetzung-oecd-mindeststeuer.html#:~:text=>>, Die Umsetzung der Mindestbesteuerung soll, dem Parlament ein Bundesgesetz vorlegen.

Am 16. Dezember 2022 hat das Parlament die entsprechende Verfassungsänderung beschlossen und einen neuen Art. 129a in die Bundesverfassung eingefügt.¹⁹ Diese Änderung der Bundesverfassung unterliegt dem obligatorischen Referendum und muss vom Volk genehmigt werden.²⁰ Ein Abstimmungsdatum ist derzeit noch nicht bekannt.

Angesichts der vom Bundesrat erkannten Dringlichkeit der Mindestbesteuerung enthält der Verfassungsentwurf eine Übergangsbestimmung, die dem Bundesrat die massgeblichen Eckpunkte vorgibt, wie die Mindestbesteuerung als eigentliche Ergänzungssteuer umgesetzt werden soll.²¹ Die dazu erforderliche Verordnung soll lediglich befristet gelten, bis sie von einem Bundesgesetz abgelöst wird. Der Bundesrat muss dieses Bundesgesetz dem Parlament spätestens nach sechs Jahren vorlegen. Nach derzeitigem Stand rechnet der Bundesrat mit Inkrafttreten der Übergangslösung per 1. Januar 2024, vorausgesetzt, die OECD/G20-Staaten werden die Regelung betreffend die zweite Säule ebenfalls auf dieses Datum hin umsetzen. Im Falle einer Verzögerung der Umsetzung der globalen Mindeststeuer in anderen Ländern (insbesondere in der EU und im Vereinigten Königreich), behält sich der Bundesrat vor, die Mindestbesteuerung erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft zu setzen und den Zeitplan flexibel zu handhaben. In jedem Fall wird der Bundesrat im Einklang mit den Ergebnissen aus der Vernehmlassung auf eine Rückwirkung der neuen Regelung verzichten.²²

Im Kern soll die Ergänzungssteuer eine reine Bundessteuer sein, die indessen von den Kantonen umzusetzen ist.²³ Die derzeit vom Bund und sämtlichen Kantonen erhobene Gewinnsteuer wird für alle Unternehmen, unabhängig von ihrer Grösse, unverändert weitergeführt. Weiter sieht die Vorlage vor, dass 75% der aus der Ergänzungssteuer erzielten Einnahmen den Kantonen (und

¹⁹ Bundesbeschluss über eine besondere Besteuerung grosser Unternehmensgruppen (Umsetzung des OECD/G20-Projekts zur Besteuerung der digitalen Wirtschaft), BBl 2022, 1700.

²⁰ Art. 140 Abs. 1 Bst. a. der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

²¹ Art. 197 Ziff. 15 Übergangsbestimmungen zu Art. 129a (Besondere Besteuerung grosser Unternehmensgruppen) BV.

²² BBl 2022 1700, 29.

²³ Wenngleich die Konzeption der OECD Mindestbesteuerung teilweise in Konflikt steht mit dem föderalistischen System der Schweiz, wurde einer zentralen Umsetzungslösung durch die Eidgenössische Steuerverwaltung von den massgebenden Vernehmlassungsteilnehmern eine Absage erteilt. Indessen wäre eine autonome Implementierung durch die Kantone nicht zielführend und würde vermutlich von den ausländischen Behörden sehr kritisch beurteilt; BBl 2022, 1700, 21.

ihren Gemeinden) zustehen sollen. Die verbleibenden 25% der Steuererträge verbleiben beim Bund und sollen zur Förderung des Standortes Schweiz und damit zweckgebunden verwendet werden.²⁴

c) *Besteuerung von Trusts*

Gemäss der aktuell in der Schweiz geltenden Praxis werden Trusts gestützt auf die allgemein geltenden steuerlichen Grundsätze und zwei verschiedene Kreisschreiben besteuert.²⁵ Gestützt auf eine Motion hat das schweizerische Parlament den Bundesrat beauftragt, eine mögliche Einführung des Rechtsinstituts des Trusts in das schweizerische Privatrecht sowie eine Anpassung des anwendbaren Steuerrechts zu prüfen.²⁶ Am 12. Januar 2022 eröffnete der Bundesrat die entsprechende Vernehmlassung, die bis zum 30. April 2022 dauerte. In diesem Zusammenhang sollen verschiedene Bundesgesetze, unter anderem auch die davon betroffenen Steuergesetze, angepasst werden. Aus Sicht des Steuerrechts ist als wichtigste Neuerung vorgesehen, die Behandlung von Trusts explizit im Gesetz zu regeln. Wie bisher soll bei der vom Bundesrat vorgeschlagenen steuergesetzlichen Regelung bei einem widerruflichen Trust (revocable trust) eine Zurechnung des Trusteinkommens an dessen Begründer erfolgen. Ein unwiderruflich errichteter Trust mit einem festen Rechtsanspruch der Begünstigten auf Zuwendungen (irrevocable fixed interest trust) wird diesen wie bisher steuerlich direkt zugerechnet. Hingegen sollen bei einem unwiderruflich errichteten Trust ohne festen Rechtsanspruch der Begünstigten (irrevocable discretionary trust) das Trusteinkommen und dessen Vermögen dem Trust direkt zugerechnet und dieser damit wie eine Stiftung als selbstständiges Steuersubjekt behandelt werden, vorausgesetzt, mindestens eine der begünstigten Personen ist in der Schweiz ansässig.²⁷

²⁴ BBl 2022, 1700, 19.

²⁵ Kreisschreiben Nr. 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007 sowie Kreisschreiben Nr. 20 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 27. März 2008.

²⁶ Motion 18.3383, eingereicht von der Kommission für Rechtsfragen am 26. April 2018, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183383>>.

²⁷ Einführung des Trusts: Änderung des Obligationenrechts, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 12. Januar 2022, 3, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht.htm>>.

Von den zahlreichen Vernehmlassungsteilnehmern haben sich einige kritisch oder gar ablehnend zum Vorschlag des Bundesrats geäußert.²⁸ So stellt etwa der Gesetzesentwurf für die Schweizerische Bankiervereinigung eine wesentliche Verschlechterung im Verhältnis zur aktuell geltenden Praxis zur Besteuerung von Trusts dar. Besonders problematisch ist aus Sicht der Schweizerischen Bankiervereinigung zu bewerten, dass die neuen Steuerbestimmungen nicht nur auf Schweizer, sondern auch auf ausländische Trusts anwendbar sein sollen, was eine massive Schwächung des Schweizer Standorts zur Folge habe.²⁹

Nach Meinung von EXPERTsuisse kann die Einführung eines Schweizer Trusts ohne Anpassung der derzeit geltenden steuerlichen Regeln vorgenommen werden. Zu diesem Zweck seien lediglich die in der Praxis bestens bewährten Kreisschreiben Nr. 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz sowie Nr. 20 der Eidgenössischen Steuerverwaltung auch auf Schweizer Trusts anzuwenden. Eine Anpassung der beiden Verwaltungsverordnungen sei dazu nicht notwendig.³⁰

Aufgrund der kritischen Aufnahme der neuen steuerlichen Bestimmungen durch Verbände und die Schweizer Wirtschaft ist derzeit fraglich, ob die Bestimmungen zum neuen Schweizer Trustrecht eine Chance haben, in geltendes Recht umgesetzt zu werden.

d) Bundesgesetz über elektronische Verfahren im Steuerbereich

Als Mantelerlass regelt das Bundesgesetz über elektronische Verfahren im Steuerbereich das elektronische Verfahren in sämtlichen Steuerbereichen und hat zum Ziel, dass die entsprechenden Daten bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung online eingereicht werden und diese ebenfalls online wieder verlassen können. Gestützt auf das Gesetz kann der Bundesrat die Unternehmen zum elektronischen Verkehr mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung verpflichten und ausserdem die Kantone, zusätzlich zum schriftlichen ebenfalls ein elektronisches Verfahren einzuführen. Darüber hinaus werden die Daten-

²⁸ Siehe dazu die Stellungnahmen der Kantone, politischen Parteien und weiterer interessierter Kreise zur Einführung des Trusts, 7. Juli 2022, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht.html>>.

²⁹ Stellungnahme der SBVG zur Einführung des Trusts (Änderung des Obligationenrechts) 2022, 1, abrufbar unter: <<https://www.swissbanking.ch/de/downloads>>.

³⁰ Bundesamt für Justiz (BJ), Einführung eines Schweizer Trusts, Stellungnahme der Kantone, politischen Parteien und weiterer interessierter Kreise, 7. Juli 2022, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/trustrecht.html>>.

formate zur Erfassung der Steuererklärungen vereinheitlicht und die Verwendung der AHV-Nummer durch den Versicherer bei der Meldung von Versicherungsleistungen zugelassen.

Nachdem die Referendumsfrist am 7. Oktober 2021 unbenutzt abgelaufen ist, erfolgt das Inkrafttreten der verschiedenen Gesetzesänderungen dieses Mantelerlasses gestaffelt. Bereits per 1. Januar 2022 wurden die Bestimmungen zur Kompetenz des Bundesrates, die Unternehmen zum elektronischen Verfahren im Verkehr mit der ESTV verpflichten zu können, die neuen Bestimmungen des Steuerharmonisierungsgesetzes sowie verschiedene redaktionelle Anpassungen in Kraft gesetzt. Die übrigen Regelungen wurden per 1. September 2022 und 1. Februar 2023 bzw. werden am 1. Januar 2024 in Kraft gesetzt.³¹

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

a) Abschaffung der Emissionsabgabe abgelehnt

Am 13. Februar 2022 stimmten die Schweizer Stimmberechtigten über eine Änderung des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben³² zur Abschaffung der Emissionsabgabe ab. Zielsetzung der Vorlage war, dass Kapitalgesellschaften neues Eigenkapital hätten schaffen können, ohne mit der Steuer von 1% auf dieser Finanzierung durch den direkten Anteilsinhaber belastet zu werden. Damit hätten für die betroffenen Unternehmen die Investitionskosten gesenkt werden können, was sich auf das Wachstum und die Schaffung von neuen Arbeitsplätzen nach Meinung des Bundesgesetzgebers positiv auswirken würde. In erster Linie, so die Informationen zur Volksabstimmung des Bundesrates, wären durch die emissionsabgabefreie Schaffung von Eigenkapital die Unternehmen generell besser durch Krisen gekommen.³³ Auch hätten insbesondere junge, wachstumsstarke Unternehmen (Start-ups), die naturgemäss noch über wenige oder gar keine Reserven verfügen, zur Finanzierung ihres Wachstums von zusätzlich eingebrachtem Eigenkapital profitieren sollen. Die mit der Abschaffung der Emissionsabgabe verbundenen jährlich entstehenden Mindereinnahmen wurden vom Bundesrat auf rund CHF 250 Millionen geschätzt.

³¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 3. November 2021, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85713.html>.

³² StG, SR 641.10.

³³ Erläuterungen des Bundesrates – Volksabstimmung vom 13. Februar 2022, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20220213/aenderung-des-bundesgesetzesueber-die-stempelabgaben.html>.

Die Referendumsvorlage wurde von den Stimmberechtigten mit einem Nein-Stimmenanteil von 62.6% wuchtig abgelehnt.³⁴

b) Reform der Verrechnungssteuer ebenfalls abgelehnt

Eine weitere Referendumsvorlage, über die das Schweizer Stimmvolk am 25. September 2022 abzustimmen hatte, betraf die Reform des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer.³⁵ Mit der Abschaffung der Verrechnungssteuer auf neu ausgegebenen Schweizer Obligationen oder Fonds mit Obligationen zielten Bundesrat und Parlament darauf ab, deren negative Auswirkungen auf die Schweizer Wirtschaft nachhaltig zu mildern. Bei bestehenden Obligationen hätte sich demgegenüber keine Änderung ergeben und deren Zinsen wären weiterhin mit der Verrechnungssteuer belastet gewesen.³⁶

Die Abschaffung der Verrechnungssteuer auf Zinsen hätte zudem Anreize schaffen sollen, konzerninterne Finanzierungsaktivitäten inskünftig vermehrt in der Schweiz durchzuführen und damit mittel- und langfristig Wertschöpfungs- und Beschäftigungsimpulse auszulösen. Überdies sah die Vorlage vor, die Umsatzabgabe auf inländischen Obligationen aufzuheben und so die Attraktivität des Erwerbs von inländischen Obligationen über einen inländischen Effektenhändler zu erhöhen.³⁷ Gegen die vom Parlament beschlossene Gesetzesänderung hatte ein überparteiliches Komitee aus SP, Gewerkschaften und GRÜNEN das Referendum eingereicht.

An der Urne lehnten die Schweizer Stimmberechtigten mit 52.01% die vom Gesetzgeber ausgearbeitete Vorlage mit einer vergleichsweise kleinen Mehrheit an Nein-Stimmen ab.³⁸

³⁴ Bundeskanzlei BK, Vorlage Nr. 653, Resultate in den Kantonen, abrufbar unter: <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20220213/can653.html>>.

³⁵ Verrechnungssteuergesetz (VStG), SR 642.21.

³⁶ Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Verrechnungssteuergesetzes (Stärkung des Fremdkapitalmarkts), BBl 2021 976, 2.

³⁷ BBl 2021 976, 2.

³⁸ Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Reform der Verrechnungssteuer (Stärkung des Fremdkapitalmarkts), abrufbar unter: <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/abstimmungen/reform-verrechnungssteuer.html#:~:text=>>>.

Immaterialgüterrecht

Selim Tisli/Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (SELIM TISLI)	220
1.	Allgemein	220
2.	Patentrecht	220
a)	Verzögerung der Einführung des Einheitspatents	220
b)	Neuer Rahmen für standardessenzielle Patente	221
c)	EPA: KI ist nicht eintragungsfähig als Erfinder	221
d)	Rekordniveau von Patentanmeldungen	222
3.	Markenrecht	223
a)	Schutz regionaler Handwerk- und Industrieprodukte	223
b)	Neue Nizza-Klassifikation	223
c)	European Network of Authenticities	224
4.	Urheberrecht	224
a)	EuGH: Zulässigkeit von Upload-Filtern	224
b)	Aufforderung zur vollständigen Umsetzung von Urheberrechtsvorschriften	225
5.	Designrecht	225
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022 (ULRIKE I. HEINRICH)	227
1.	Allgemein	227
2.	Patentrecht	227
a)	Schweizer Patentanmeldungen 2021	227
b)	Teilrevision des Patentgesetzes	228
c)	Motion „Geistige Eigentumsrechte. Anpassung im Bereich Pflanzenzucht“	229
d)	Harmonisierung des materiellen Patentrechts	229
e)	Kein Patent auf Saatgut	230
3.	Markenrecht	230
a)	Kündigung des Vertrags zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz	230
b)	BGer: FIFA vs. Puma	231
c)	Praxisänderung in Bezug auf „Eventmarken“	232
d)	Gebührensenkung für Markenschutz	233
4.	Urheberrecht	233
a)	Bundesrat plant neuen Schutz für journalistische Veröffentlichungen	233
b)	HGer ZH: Paraphrasieren als rechtswidrige Textübernahme	233

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

1. Allgemein

Das Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) führte im Jahr 2022 erneut eine EU-weite Studie durch, deren Ergebnisse in der dritten Auflage des KMU-Barometer zum Thema geistiges Eigentum¹ veröffentlicht wurden. Als ein KMU gilt ein Unternehmen, das weniger als 250 Angestellte aufweist. 99% der Unternehmen in der EU werden demzufolge als KMU klassifiziert. Zu den wichtigsten Erkenntnissen der Studie gehört der Umstand, dass 93% der KMU, die Inhaber von Rechten an geistigem Eigentum sind, positive Auswirkungen auf ihr Unternehmen verzeichnen, so etwa einen Imagegewinn und bessere langfristige Geschäftsaussichten. Inhaber solcher Rechte sind allerdings laut der Studie lediglich 10% aller EU-weiten KMU. Ein wichtiger Grund, der in diesem Zusammenhang mit der Nicht-Eintragung aufgeführt wird, ist die mangelnde Kenntnis rund um das Eintragungsverfahren.²

2. Patentrecht

a) Verzögerung der Einführung des Einheitspatents

Das neue System des Einheitspatents konnte nicht wie ursprünglich angedacht im Jahr 2022 eingeführt werden.³ Die Einführung ist nun für den 1. Juni 2023 vorgesehen. Für ab diesem Zeitpunkt erteilte europäische Patente kann sodann ein Einheitspatent beantragt werden. Das Einheitspatent wird allerdings nicht ohne Weiteres in allem EU-Mitgliedstaaten Geltung erlangen. Grund dafür ist der Umstand, dass mehrere Staaten das Übereinkommen betreffend die Errichtung des Einheitlichen Patentgerichts noch ratifizieren müssen.⁴

¹ Vgl. Website des EUIPO, abrufbar unter: <https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IP_sme_scoreboard_study_2022/Press_release/IP_sme_scoreboard_study_pr_2022_de.pdf>.

² Vgl. zum Ganzen auch EUIPO, Pressemitteilung vom 28. September 2022.

³ Vgl. hierzu bereits Baumgartner Tobias/Heinrich Ulrike I., Immaterialgüterrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22, Zürich, 260.

⁴ Siehe zum Ganzen EPA, Online-Beitrag, abrufbar unter: <https://www.epo.org/applying/european/unitary/unitary-patent/start_de.html>.

b) *Neuer Rahmen für standardessenzielle Patente*

Die Europäische Kommission hat sich vor dem Hintergrund der Einführung des Einheitspatents und dem damit einhergehenden Wandel des unionalen Patentrechts das Ziel gesetzt, Marktteilnehmern den Zugriff auf wichtige Technologien bestmöglich zu erleichtern. Zu diesem Zweck hat sich die Europäische Kommission unter anderem standardessenzielle Patente (SEP) ins Auge gefasst. Als solche gelten Patente, die essenzielle Technologien für gewisse Industriestandards schützen. Inhaber von SEP müssen bereits de lege lata Lizenzen für die Technologie an Anwender des entsprechenden Standards vergeben und dies zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen. Die Europäische Kommission musste jedoch bereits 2017 eingestehen, dass das aktuelle System nicht über alle Zweifel erhaben ist.⁵ Erkannte Hauptprobleme seien nicht zuletzt die ineffiziente Lizenzierung sowie die mangelnde Vorhersehbarkeit und Transparenz. So sei ein neuer Rahmen für SEP angezeigt. Anfangs 2022 leitete die Europäische Kommission erste Schritte ein, indem sie eine öffentliche Konsultation betreffend SEP durchführte und zugleich Stellungnahmen zu einer Folgenabschätzung eingeholte.⁶

c) *EPA: KI ist nicht eintragungsfähig als Erfinder*

Am 5. Juli 2022 erliess die juristische Beschwerdekammer des EPA einen schriftlichen Entscheid (sog. „DABUS-Entscheid“), in dem die Ansicht des EPA bestätigt wurde, das Künstliche Intelligenz nicht als Erfinder eines Patents eingetragen werden kann.⁷ Die Beschwerdekammer hielt sodann fest, dass der Erfinder, der gemäss Art. 81 des Europäischen Patentübereinkommens genannt werden muss, eine geschäftsfähige Person zu sein hat.

⁵ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschluss vom 29. November 2017, COM (2017) 712 final.

⁶ Siehe zum Ganzen Europäische Kommission, Sondierung zu einer Folgenabschätzung vom 14. Februar 2022, Ares (2022) 1076263, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13109-Geistiges-Eigentum-neuer-Rahmen-fur-standardessenzielle-Patente_de>.

⁷ Juristische Beschwerdekammer des EPA, Entscheidung vom 5. Juli 2022 in der Rechtssache J 8/20; vgl. auch Juristische Beschwerdekammer des EPA, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2021, abrufbar unter: <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/communications/2021/20211221_de.html>.

d) Rekordniveau von Patentanmeldungen

Das EPA vermeldete im April 2022, dass im vorangehenden Jahr eine Rekordzahl von Patentanmeldungen eingereicht wurde. Total summieren sich die Anmeldungen auf 188'600. Im Kontrast zum Jahr 2020 entspricht das einem Zuwachs von 4.5%.

Der Bericht des EPA zeigt darüber hinaus weitere interessante Trends:

- Die meisten Patentanmeldungen stammten aus dem Gebiet „Digitale Kommunikation“ (Total: 15'400); damit überholte es knapp die Anzahl von Anmeldungen aus dem Bereich „Medizintechnik“ (Total: 15'321). Dies ist nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass das Gebiet einen Anstieg von 9.4% im Vergleich zu den 0.8% im Bereich „Medizintechnik“ aufwies.
- Das grösste Wachstum verzeichnete hingegen der Bereich „Computertechnik“ mit einem Anstieg von 9.7% im Vergleich zum Vorjahr.
- Bezogen auf die Patentanmeldungen aus Europa gestaltet sich die Lage wie folgt: 75% stammten von grossen Unternehmen, 20% von KMUs und 5% von Universitäten oder von anderweitig öffentlich finanzierten Institutionen.
- Top-Patentanmelder war das chinesische Technologieunternehmen Huawei mit insgesamt 3'544 Patentanmeldungen. Kurz darauf folgte der südkoreanische Konkurrent Samsung mit 3'439 Anmeldungen.
- Allerdings stammten erneut mit grossem Abstand die meisten Patentanmeldungen aus den USA (Total: 46'533). Auf Platz zwei lag Deutschland mit 25'969 Anmeldungen. Die Schweiz belegte Rang 7 mit 8'442 Anmeldungen.
- Den grössten Zuwachs an Anmeldungen verzeichnete wiederum China mit 24% im Vergleich zum Vorjahr (Total: 16'665). Die Patentanmeldungen aus China haben sich somit in den letzten 10 Jahren vervierfacht.
- Obschon die Patentanmeldungen aus den EU-Mitgliedstaaten um 2.8% anstiegen, wiesen sie lediglich noch 44% am Gesamtaufkommen auf im Gegensatz zum Vorjahr, in dem sie über 50% ausgemacht hatten.

Die aufgeführten Trends sind insofern von Bedeutung, als dass ihnen eine gewisse Indizwirkung zukommt, wie viel bestimmte Unternehmen, Wirtschaftsbranchen oder gar ganze Länder in Forschung und Entwicklung investieren.⁸

3. Markenrecht

a) *Schutz regionaler Handwerk- und Industrieprodukte*

Die Europäische Kommission legte im April 2022 einen neuen Rahmen für den Schutz geografischer Angaben regionaler Handwerk- und Industrieprodukte vor.⁹ Diesen Schritt begründete sie unter anderem damit, dass die entsprechenden regionalen Produkte einen wichtigen Bestandteil der lokalen Identität ausmachen und ihnen überdies eine tourismusfördernde Wirkung zukommt, es jedoch diesbezüglich noch keine EU-weiten Bestimmungen gibt. So soll dieser neue Rahmen in erster Linie zum einen den Herstellern entsprechender Waren Abhilfe verschaffen hinsichtlich der Wettbewerbsfähigkeit und zum anderen Käufern eine Authentifizierungsmöglichkeit bieten. Im Grossen und Ganzen erhofft sich die Europäische Kommission dadurch auch die regionale Wirtschaft zu fördern.

b) *Neue Nizza-Klassifikation*

Am 1. Januar 2023 trat die 12. Ausgabe der Internationalen Klassifikation von Waren und Dienstleistungen in Kraft (sog. Nizza-Klassifikation¹⁰). Die Nizza-Klassifikation ist ein internationales Klassifikationssystem, das vom EUIPO und zahlreichen weiteren nationalen Markenämtern entsprechend im Rahmen

⁸ EPA, Patent Index 2021, abrufbar unter: <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2021.html?mtm_campaign=patentindex21&mtm_source=press&mtm_keyword=press&mtm_medium=press&mtm_group=website>; siehe auch EPA, Pressemitteilung vom 5. April 2022, abrufbar unter: <https://www.epo.org/news-events/news/2022/20220405_de.html>.

⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz geografischer Angaben für handwerklichen und industrielle Erzeugnisse und zur Änderung der Verordnungen (EU) 2017/1001 und (EU) 2017/1753 des Europäischen Parlaments und des Rates und des Beschlusses (EU) 2019/1754 des Rates vom 13. April 2022, COM (2022) 174 final.

¹⁰ Abrufbar unter: <https://www.dpma.de/docs/marken/klassifikation_nizza/ncl12-2023_einleitung-klassentitel-klasseneinteilung.pdf>.

von Markenmeldungen angewendet wird. Eine wesentliche Neuerung der 12. Ausgabe besteht darin, dass nun auch digitale Güter aufgelistet sind, die durch Non-fungible Tokens (NFTs) authentifiziert sind (s. Klasse 9).

c) *European Network of Authenticities*

Am 4. April 2022 verkündete das EUIPO, dass sich die Mitgliedstädte der Organisation „European Network of Authenticities“ zum ersten Mal getroffen haben, nachdem das Projekt im Jahre 2020 ins Leben gerufen wurde. Das Netzwerk ist ein Kooperationsprojekt, das von dem EUIPO initiiert wurde und sich zum Ziel gesetzt hat, die lokale Bekämpfung von Fälschungen und Piraterie zu erleichtern. Sinn und Zweck von solchen Treffen ist in erster Linie den Austausch von eigenen Erfahrungen zu ermöglichen, sodass die weiteren Mitglieder vom geteilten Knowhow profitieren können. Zurzeit besteht das Netzwerk lediglich aus 6 Städten, doch laut EUIPO wächst die Mitgliederzahl stetig.¹¹

4. Urheberrecht

a) *EuGH: Zulässigkeit von Upload-Filtern*

In einem Urteil vom 26. April 2022 befasste sich der EuGH mit der Implementierung von Upload-Filtern auf Webseiten im Lichte des Art. 17 der Richtlinie 2019/790 (Urheberrechtsrichtlinie). Bei Upload-Filtern handelt es sich um automatisierte Mechanismen zur Verhinderung des Hochladens urheberrechtsgeschützte Inhalte durch Dritte auf eine Internetplattform, z.B. Youtube. Der EuGH bestätigte, dass die Implementierung von Upload-Filtern die Meinungsfreiheit zwar bis zu einem gewissen Grad einschränken könne, jedoch die Massnahme in der gegenständlichen Fallkonstellation verhältnismässig und mit dem Unionsrecht vereinbar sei.¹² Damit schloss sich das Gericht der Auffassung des Generalanwalts Henrik Sagmandsgaard Øe an.¹³ Nichtsdestotrotz erkannte der EuGH die Gefahr, die von sog. Overblocking ausgehen kann. So sei ein Filter, der ungenügend zwischen zulässigen und unzulässigen Inhal-

¹¹ EUIPO, Pressemitteilung vom 4. April 2022, abrufbar unter: <https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/about_euiipo/press_releases/PR_Thessaloniki_Authenticities_en.pdf>.

¹² EuGH, Urteil vom 26. April 2022 in der Rechtssache C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297 - Polen/Parlament und Rat.

¹³ Vgl. EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 15. Juli 2021 in der Rechtssache C-401/19, ECLI:EU:C:2021:613 - Polen/Parlament.

ten differenziert, rechtswidrig. Es sei allerdings Sache der Mitgliedstaaten, im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie im innerstaatlichen Recht eine sachgerechte und angemessene Lösung zu finden.¹⁴

b) Aufforderung zur vollständigen Umsetzung von Urheberrechtsvorschriften

Am 19. Mai 2022 sendete die Europäische Kommission an mehrere Mitgliedstaaten, die entweder die Richtlinie (EU) 2019/790 oder die Richtlinie (EU) 2019/789 noch nicht vollständig ins nationale Recht umgesetzt haben, eine mit Gründen versehene Stellungnahme. Dieser Schritt erfolgte, nachdem im Juni 2021 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die betreffenden Staaten eröffnet worden war. Grund dafür war die nach Ansicht der Europäischen Kommission unvollständige Umsetzung besagter Richtlinien. Das Zusenden von mit Gründen versehenen Stellungnahmen stellt eine förmliche Aufforderung seitens der Europäischen Kommission dar, entsprechende Handlungen vorzunehmen, um gewisse dem EU-Recht zuwiderlaufende Umstände zu beheben. In diesem konkreten Fall forderte die Europäische Kommission die Adressaten auf, die Richtlinien vollständig umzusetzen. Nach Ablauf der zweimonatigen Frist, die die Europäische Kommission den Adressaten einräumte, kann sie sich an den EuGH wenden, sofern der rechtmässige Zustand weiterhin nicht herbeigeführt wurde.¹⁵ In welchen Stadien sich die einzelnen Fälle befinden, war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch unklar.

5. Designrecht

Die Europäische Kommission legte im November 2022 Vorschläge zur Modernisierung des mittlerweile seit 20 Jahren unverändert geltenden Designrecht der EU vor. Diese Reformvorschläge erfolgten in Übereinstimmung mit dem Aktionsplan für geistiges Eigentum, der im November 2020 angenommen worden war.¹⁶ Gemäss den Vorschlägen soll zum einen die Verordnung (EG) 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster und zum anderen die Richtlinie 98/71/EG betreffend den Schutz von Mustern und Modellen angepasst

¹⁴ Siehe auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 19. Mai 2022, IP/22/2692, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_22_2692>.

¹⁵ Zum Ganzen IP/22/2692.

¹⁶ Ausführlich hierzu Baumgartner/Heinrich, 259 f.

werden.¹⁷ Die Europäische Kommission verfolgt hiermit mehrere Ziele: Zunächst soll das Verfahren zur Eintragung von Geschmacksmustern vereinfacht werden. Konkret soll das Verfahren zugänglicher und effizienter sowie auch kostengünstiger werden. Diese Bestrebungen dürften insbesondere für einzelne Designer und KMU von Vorteil sein. Des Weiteren soll das Verfahren zum Schutz von Modellen und Mustern harmonisiert und eine grössere Komplementarität zwischen Unionsrecht und nationalem Recht geschaffen werden. Schliesslich soll es durch die Einführung der sog. „Reparaturklausel“ inskünftig rechtlich möglich sein, identische Teile zu Reparaturzwecken herzustellen. Dem Verbraucher soll damit eine grössere Auswahlmöglichkeit eingeräumt und damit einhergehend der Wettbewerb zwischen den Herstellern gestärkt werden. Insgesamt erhofft sich die Europäische Kommission durch diese neuen Vorschriften eine Verbesserung der Rahmenbedingungen für Innovation in der EU.¹⁸

¹⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2246/2002 der Kommission vom 28. November 2022, COM (2022) 666 final; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von Designs (Neufassung) vom 28. November 2022, COM (2022) 667 final.

¹⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29. November 2022, IP/22/7216, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_22_7216>.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022

I. Allgemein

Auf internationaler und nationaler Ebene finden aktuell in zahlreichen Foren Diskussionen zur Bedeutung und möglichen Regulierung von Künstlicher Intelligenz (KI) statt. Am 10. Januar 2022 befasste sich auch das Zentrum für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (CIPCO) der Universität Zürich im dritten und letzten Online-Workshop der Reihe „Künstliche Intelligenz (KI) und Immaterialgüterrecht“ mit der Frage, was KI für die Arbeit von Patentämtern und anderen IP-Institutionen auf der ganzen Welt bedeutet.¹⁹

Das CIPCO forscht seit 2020 zusammen mit dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE) zu den Chancen und Herausforderungen, welche die „Künstliche Intelligenz“ – sowohl in der Schweiz als auch global – an den Rechtsrahmen des geistigen Eigentums stellt.²⁰

2. Patentrecht

a) Schweizer Patentanmeldungen 2021

Mit 969 Anmeldungen pro Million Einwohner (gesamthaft 8442 Anmeldungen) bleibt die Schweiz weiterhin das Land mit der höchsten Erfindungsdichte (vor Schweden und Dänemark).²¹ Die Liste der anmeldeaktivsten Firmen aus der Schweiz führt Roche mit 633 Patentanmeldungen an, gefolgt vom Vorjahressieger ABB.²²

¹⁹ Abrufbar unter: <<https://www.cipco.uzh.ch/de/veranstaltungen/IP-KI/politische-rechtliche-Gestaltung.html>>.

²⁰ Vgl. Website des IGE, abrufbar unter: <[https://www.ige.ch/de/uebersicht-dienstleistungen/newsroom/news/news-ansicht?tx_news_pi1\[action\]=detail&tx_news_pi1\[controller\]=news&tx_news_pi1\[news\]=444&cHash=514754c70a3881f81bc26fc1c2444b22](https://www.ige.ch/de/uebersicht-dienstleistungen/newsroom/news/news-ansicht?tx_news_pi1[action]=detail&tx_news_pi1[controller]=news&tx_news_pi1[news]=444&cHash=514754c70a3881f81bc26fc1c2444b22)>.

²¹ EPA, Patent Index 2021, European Patent applications, abrufbar unter: <<https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2021/statistics/patent-applications.html#tab2>>.

²² Liste abrufbar unter: <https://mediacentre.epo.org/razuna/assets/1/B7AE1619CAD44115B667FFCB9AF4C583/img/1D77CD6CA5A84B0E912CC4915F95DFBF/Top_applicants_Switzerland_2021.jpg?mtm_campaign=patentindex21&mtm_source=press&mtm_keyword=press&mtm_medium=press&mtm_group=website>.

Insgesamt verzeichnet das Europäische Patentamt (EPA) für das Jahr 2021 die Rekordzahl von 188'600 neuen Patentanmeldungen.²³ Die meisten Anmeldungen kamen aus dem Bereich „Digitale Kommunikation“ (+9,4% im Vergleich zu 2020), gefolgt von Medizintechnik (+0,8%) und Computertechnik (+9,7%).²⁴

b) Teilrevision des Patentgesetzes

An seiner Sitzung vom 16. November 2022 hat der Bundesrat die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) zuhanden des Parlaments verabschiedet.²⁵ Um für KMU wie auch Einzelerfinderinnen und Einzelerfinder attraktiver zu werden, soll das Patentgesetz internationalen Standards angepasst werden.²⁶

In der Schweiz kann man Patentschutz entweder über ein nationales Schweizer Patent direkt beim IGE erhalten oder aber über ein Europäisches Patent mit Schutzwirkung für die Schweiz (via EPA oder wahlweise via IGE, welches die Anmeldung weiterleitet). Das EPA prüft die Europäischen Patente in einem vollständigen Prüfungsverfahren. Danach können die Patentinhaberinnen und Patentinhaber ihr Europäisches Patent in den von ihnen gewünschten Ländern durch Zahlung der Jahresgebühren aufrechterhalten.

Der Weg über das IGE hat bislang einen Nachteil: im Rahmen der nationalen Patentanmeldung wird weder die Neuheit der Erfindung geprüft, noch ob sich die Erfindung genügend vom bekannten Stand der Technik abhebt („erfinderische Tätigkeit“).²⁷ Diese beiden Voraussetzungen für ein rechtsbeständiges Patent werden erst bei einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklage im Zivilprozess überprüft. Deshalb ist bei erteilten Schweizer Patenten oft erst später klar, ob diese vor Gericht Bestand haben.

Um das Schweizer Patent aufzuwerten, sollen die Anmeldenderinnen und Anmeldender neu auch beim IGE die Prüfung aller Patentierungsvoraussetzungen beantragen können. Neben dem vollgeprüften Schweizer Patent besteht weiterhin

²³ EPA, Patent Index 2021, abrufbar unter: <<https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2021/statistics/patent-applications.html>>.

²⁴ Pressemitteilung EPA vom 5. April 2022, Patentanmeldungen in Europa erreichen 2021 trotz Pandemie Rekordniveau; vgl. hierzu auch [I.2.d](#).

²⁵ Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. November 2022, Der Bundesrat will das Schweizer Patent stärken.

²⁶ Ausführlich hierzu: Pfister Alexander/Stamm Hansueli, Teilrevision des Patentgesetzes: Der Weg zum Schweizer Vollpatent, Die Volkswirtschaft – Plattform für Wirtschaftspolitik, 19. November 2020.

²⁷ Die meisten europäischen Staaten prüfen die eingereichten Patente vollständig, so bspw. Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich.

die Möglichkeit, ein teilgeprüftes (und damit kostengünstigeres) Schweizer Patent zu erhalten. Neu soll das IGE aber zukünftig zu jeder Patentanmeldung eine Recherche zum Stand der Technik im Gebiet der Erfindung durchführen müssen. Die anschliessende Veröffentlichung der Rechercheergebnisse soll es allen Interessierten erlauben einzuschätzen, ob die Erfindung für den Patentschutz geeignet ist.

Für Beschwerden gegen Entscheide des IGE soll neu das Bundespatentgericht zuständig sein (bislang das Bundesverwaltungsgericht).

c) *Motion „Geistige Eigentumsrechte. Anpassung im Bereich Pflanzenzucht“*

Am 15. März 2022 wurde die Motion 20.3674 „Geistige Eigentumsrechte. Anpassung im Bereich Pflanzenzucht“ zurückgezogen.²⁸

Die Motion zielte darauf ab, „das Patentgesetz und – sofern notwendig – das Sortenschutzgesetz so anzupassen, dass die Transparenz betreffend geistige Eigentumsrechte verbessert und die Weiterzucht erleichtert wird“²⁹. Der Bundesrat hatte bereits in seiner Stellungnahme vom 26. August 2020 die Ablehnung der Motion beantragt. Er erachtet Transparenz und Rechtssicherheit betreffend die geistigen Eigentumsrechte als wichtig für die Züchtung neuer Pflanzensorten, sieht aber beides im Bereich der Pflanzenzucht als ausreichend gegeben an.³⁰

d) *Harmonisierung des materiellen Patentrechts*

Am 4. April 2022 hat das IGE ein Konsultationsverfahren zur Harmonisierung des materiellen Patentrechts eröffnet. Im Zentrum der Konsultation standen neben der Harmonisierung der Neuheitsschonfrist im Zusammenhang mit den Vorbenutzungsrechten insbesondere verschiedene Vorschläge zur Veröffentlichung von Patentanmeldungen, zu kollidierenden Patentanmeldungen oder zum Stand der Technik. Interessierte konnten ihre Stellungnahmen bis zum 20. Mai 2022 beim IGE einreichen.³¹

²⁸ Ausführlich hierzu vgl. Motion 20.3674 Geistige Eigentumsrechte. Anpassung im Bereich Pflanzenzucht, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20203674>>.

²⁹ Vgl. Motion 20.3674 (Fn. 28).

³⁰ Vgl. Motion 20.3674 (Fn. 28).

³¹ Vgl. hierzu Konsultation zur Harmonisierung des materiellen Patentrechts vom 4. April bis 20. Mai 2022, abrufbar unter: <<https://www.ige.ch/de/recht-und-politik/materielle-harmonisierung-des-patentrechts/konsultation-zur-harmonisierung-des-materiellen-patentrechts-vom-4-april-bis-20-mai-2022>>.

e) *Kein Patent auf Saatgut*

Am 12. Dezember 2022 überreichten Vertreter der Vereinigung „No Patents on Seeds“ dem Bundesrat³² ihre europaweit von 240'000 Personen unterzeichnete Aufforderung an die europäischen Regierungen, „gegen den offensichtlichen Missbrauch des Patentrechts vorzugehen“³³. Die Mitglieder von „No Patents on Seeds“ sehen „eine grosse Gefahr in der zunehmenden Anzahl von Patenten auf Pflanzen, Saatgut und Nutztiere und deren Auswirkungen auf Landwirte, Züchter, Innovation und Biodiversität“. Derartige Patente seien ein Missbrauch des Patentrechts und gefährden ihrer Ansicht nach den Zugang zu grundlegenden Ressourcen in der Landwirtschaft und der Lebensmittelproduktion.³⁴

3. Markenrecht

a) *Kündigung des Vertrags zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz*

Mit Wirkung zum 31. Mai 2022 hat Deutschland Ende 2021 das Übereinkommen vom 13. April 1892 zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz³⁵ gekündigt.³⁶ Bislang galt ein in der Schweiz eingetragenes gewerbliches Schutzrecht als ernsthaft benutzt, auch wenn es nur in Deutschland entsprechend benutzt wurde, und umgekehrt.³⁷ Infolge der Kündigung des bilateralen Abkommens der Nachbarstaaten werden Beweismittel bezüglich Benutzungshandlungen, die nach dem 31. Mai 2022 in Deutschland erfolgt sind, vom IGE nicht mehr berücksichtigt.

³² Schuller Jil, „Schreiendes“ Gemüse und eine Petition gegen Saatgut-Patente, 12. Dezember 2022, abrufbar unter: <<https://www.bauernzeitung.ch/artikel/agrarpolitik/schreiendem-gemuese-und-eine-petition-gegen-saatgut-patente-453345>>.

³³ Vgl. <<https://www.no-patents-on-seeds.org/>>.

³⁴ Vgl. <<https://www.no-patents-on-seeds.org/de/publikationen/KWS>>.

³⁵ Übereinkommen zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz vom 13. April 1892 (SR 0.232.149.136).

³⁶ Dem Entscheid vorangegangen war, EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2020 in den Rechts-sachen C-720/18 und C-721/18, ECLI:EU:C:2020:854 - Ferrari, in welchem der Gerichtshof befand, dass das Übereinkommen nicht mit dem europäischen Recht (Richtlinie (EU) zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken) vereinbar ist.

³⁷ Zu den Folgen des Nichtgebrauchs vgl. Art. 12 Markenschutzgesetz.

b) *BGer: FIFA vs. Puma*

Mit Urteil vom 6. April 2022³⁸ hat das Bundesgericht in einem markenrechtlichen Streit zwischen dem internationalen Fussballverband FIFA und dem Sportartikelhersteller Puma vier Marken für nichtig erklärt: zwei Wort-Bild-Marken des Fussballverbands („QATAR 2022“ und „WORLD CUP 2022“)³⁹ und zwei Wortmarken des Sportartikelherstellers („PUMA WORLD CUP QATAR 2022“ und „PUMA WORLD CUP 2022“)⁴⁰.

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit klagte die FIFA im Mai 2019 vor dem Handelsgericht Zürich auf Nichtigklärung der (oben aufgelisteten) Marken von Puma.⁴¹ Diese seien irreführend, da sie suggerierten, es bestehe eine Beziehung zwischen Puma und der WM in Katar, obgleich Puma nicht zu den Sponsoren der WM zählte.⁴² Als Reaktion hierauf forderte Puma mittels Widerklage, die beiden angesprochenen Wort-Bild-Marken der FIFA⁴³ für nichtig zu erklären. Diese hätten beschreibenden Charakter und würden daher zum nicht als Marke schützbaeren Gemeingut gehören.⁴⁴ Nachdem das Handelsgericht Zürich Klage und Widerklage abgewiesen hatte, zogen beide Parteien das Verfahren ans Bundesgericht weiter.

Nach Ansicht des Bundesgerichts weckt die Verbindung der Bestandteile „PUMA“ und „WORLD CUP QATAR 2022“ bzw. „WORLD CUP 2022“ bei den angesprochenen Verkehrskreisen die Erwartung einer besonderen Beziehung des Sportartikelherstellers zu der von der FIFA veranstalteten Fussball-Weltmeisterschaft 2022. Aufgrund der gewählten Kombination der Zeichenbestandteile gehe der Schweizer Durchschnittsabnehmer davon aus, die damit gekennzeichneten Produkte – insbesondere Sportartikel, Bekleidung und

³⁸ Urteil des Bundesgerichts BGer 4A_518/2021 vom 6. April 2022.

³⁹ Eingetragen ins schweizerische Markenregister als Wort-Bild-Marken Nr. 725 428 und Nr. 725 429; bei beiden Marken wurde die Null in 2022 durch einen Fussball ersetzt.

⁴⁰ Eingetragen ins schweizerische Markenregister als Wort-Bild-Marken Nr. 727 955 und Nr. 735 189.

⁴¹ Puma hatte die Wortmarken „PUMA WORLD CUP QATAR 2022“ und „PUMA WORLD CUP 2022“ am 2. Oktober 2018 bzw. am 19. Februar 2019 unter anderem für Sportartikel, Bekleidung und Accessoires ins schweizerische Markenregister eintragen lassen.

⁴² BGer 4A_518/2021 (Fn. 38).

⁴³ Die FIFA hatte die Wort-Bild-Marken „QATAR 2022“ und „WORLD CUP 2022“ am 5. Dezember 2018 für zahlreiche Waren und Dienstleistungen, insbesondere für Sponsoring- und Merchandisingprodukte hinterlegt.

⁴⁴ BGer 4A_518/2021 (Fn. 38).

Accessoires – stammten von einem Unternehmen, das als Hauptsponsor der in Katar stattfindenden Fussball-Weltmeisterschaft fungiert. Folglich handle es sich um irreführende Zeichen im Sinne von Art. 2 lit. c MSchG.⁴⁵

Den FIFA-Marken „QATAR 2022“ und „WORLD CUP 2022“ fehlt es gemäss Bundesgericht an der originären Unterscheidungskraft. Die strittigen Zeichen sind damit nicht als Marke schutzfähig. Das Bundesgericht stuft die beiden hinterlegten Zeichen als unmittelbar beschreibend ein, sowohl für die Sportveranstaltung selbst als auch für die mit ihrer Durchführung verbundenen Waren und Dienstleistungen. Nach Ansicht des Gerichts verbindet das Publikum mit diesen Zeichen das Sportereignis als solches und sieht darin keinen Hinweis auf einen Hersteller oder Veranstalter.⁴⁶

c) *Praxisänderung in Bezug auf „Eventmarken“*

Gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts im Verfahren zwischen dem Fussballverband FIFA und dem Sportartikelhersteller Puma⁴⁷ hat das IGE noch im Berichtsjahr beschlossen, seine Praxis zu den „Eventmarken“ zu ändern.⁴⁸

Bislang wurde Zeichen, die sich aus einer Stadt/einem Land und einer Jahreszahl zusammensetzen, nur im Zusammenhang mit Dienstleistungen, die üblicherweise an solchen Veranstaltungen erbracht werden, die Unterscheidungskraft abgesprochen.⁴⁹ Diese Praxis soll nun dahingehend geändert werden, dass das IGE zukünftig Zeichen nach dem genannten Muster umfassend zurückweisen wird, soweit diese ohne zusätzliche unterscheidungskräftige Elemente hinterlegt werden, vorausgesetzt die betroffenen Verkehrskreise verstehen die konkrete Kombination als Hinweis auf einen Anlass.⁵⁰

⁴⁵ BGer 4A_518/2021 (Fn. 38), E. 3.2.1.

⁴⁶ BGer 4A_518/2021 (Fn. 38), E. 6.3.2.

⁴⁷ BGer 4A_518/2021 (Fn. 38).

⁴⁸ Newsletter IGE vom 29. September 2022, abrufbar unter: <<https://www.ige.ch/de/newsletter-nr-4/2022-juristische-informationen/-/newsletter-2022/07-09-1-marken-und-designs>>.

⁴⁹ Vgl. Richtlinien in Markensachen, Teil 5, Ziff. 4.4.2.7.9 (Kombinationen von Stadt-/Ländernamen mit einer Jahreszahl), abrufbar unter: <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien_marken_archiv/Richtlinien_Marken_D_2019_Anpassung_2021.pdf>.

⁵⁰ Ausführlich hierzu vgl. Newsletter IGE vom 29. September 2022 (Fn. 48).

d) *Gebührensenkung für Markenschutz*

An seiner Sitzung vom 16. Dezember 2022 hat der Bundesrat die geänderte Verordnung des IGE über Gebühren⁵¹ genehmigt.⁵² Dank des guten Geschäftsergebnisses des IGE wird die Hinterlegung und Verlängerung der Schutzdauer einer Marke günstiger.

4. **Urheberrecht**

a) *Bundesrat plant neuen Schutz für journalistische Veröffentlichungen*

Vor dem Hintergrund der ersten Erfahrungen im europäischen sowie internationalen Ausland hat der Bundesrat Ende 2021 das EJPD (IGE) beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem UVEK (Bakom) und dem WBF (Seco) zu prüfen, wie eine rechtliche Regelung zum Schutz journalistischer Veröffentlichungen konkret ausgestaltet werden könnte.⁵³ Die Vernehmlassung startet voraussichtlich Ende April 2023.

b) *HGer ZH: Paraphrasieren als rechtswidrige Textübernahme*

Mit Urteil vom 25. Januar 2022 hat das Handelsgericht Zürich einen in einer Schweizer Tageszeitung veröffentlichten journalistischen Text, in welchem Sätze aus einem anderen journalistischen Text paraphrasiert und zum Teil identisch übernommen wurden, als urheberrechtsverletzend eingestuft und den Verlag verurteilt, den Artikel vom Internetauftritt der Tageszeitung zu löschen.⁵⁴ Nach Ansicht des Handelsgerichts „stellt der Text der Beklagten keine eigenständige Neugestaltung dar, im Lichte derer der klägerische Artikel als ‚verblast‘ anzusehen wäre“.⁵⁵

⁵¹ Verordnung des IGE über Gebühren vom 14. Juni 2016 (GebV-IGE, SR 232.148).

⁵² Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. Dezember 2022, Der Bundesrat genehmigt Gebührensenkungen für Markenschutz.

⁵³ Medienmitteilung des Bundesrats vom 17. Dezember 2021, Bundesrat plant neuen Schutz für journalistische Veröffentlichungen.

⁵⁴ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. Januar 2022, HG210105-O.

⁵⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. Januar 2022 (Fn. 54), 18.

Verbraucherrecht

Alexander Brunner

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (ALEXANDER BRUNNER)	236
1.	Allgemeines	236
2.	Sicherheit und Gesundheit	236
3.	Information	237
4.	Wirtschaftliche Interessen	237
a)	Umsetzung der sogenannten Omnibus-Richtlinie 2022	237
b)	Produkthaftung	238
c)	Zivilrechtliche Haftung für künstliche Intelligenz	239
5.	Rechtliche Interessen	240
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022 (ALEXANDER BRUNNER)	241
1.	Allgemeines	241
2.	Sicherheit und Gesundheit	241
3.	Information	242
4.	Wirtschaftliche Interessen	242
a)	Allgemeines	242
b)	Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)	243
c)	Wettbewerbsrecht (UWG)	243
d)	Versicherungsvertrag	244
e)	Konsumrechtliche Bedeutung der Liquidität systemrelevanter Banken	244
f)	Konsumkredit	245
5.	Rechtliche Interessen	246
6.	Politische Interessen	247

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

1. Allgemeines

Im Verbraucherrecht der Europäischen Union haben sich 2022 keine wesentlichen Veränderungen ergeben. Vielmehr ist eine Kontinuität des Erreichten und eine Fortführung der wichtigen Politiken in diesem Bereich festzustellen, wozu auch entscheidende Konkretisierungen zählen, was nachfolgend aufgezeigt werden soll. Oberstes Ziel ist der Erhalt des *Vertrauens der Verbraucher in den europäischen Binnenmarkt*, was mit einer Vielzahl von Massnahmen auch effektiv erreicht wird. Der vorliegende Jahresbericht folgt der bewährten Systematisierung des Verbraucherrechts, was aufgrund der weit verstreuten und komplexen Querschnittbereiche indiziert ist, mit der Einteilung: *Erstens* Sicherheit und Gesundheit, *zweitens* Information der Verbraucher, *drittens* wirtschaftliche Interessen und *viertens* rechtliche Interessen.

2. Sicherheit und Gesundheit

In diesem wichtigen Bereich der Normsetzung ist auf die Aktualisierung der *Europäischen Gesundheitsunion* hinzuweisen, was nicht zuletzt auf die Bewältigung der Corona-Pandemie zurückgeht. Seit Dezember 2022 sind die Bausteine der Europäischen Gesundheitsunion offiziell gesetzt. Dies umfasst nicht nur ein stärkeres Regelwerk betreffend schwerwiegende grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren, sondern auch einen umfassenderen Auftrag für das Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC) sowie einen Notfallrahmen für medizinische Gegenmassnahmen. Es kann insbesondere auf die entscheidende Verordnung¹ vom 24. Oktober 2022 über einen Rahmen zur Gewährleistung der Bereitstellung von krisenrelevanten medizinischen Gegenmassnahmen im Falle einer gesundheitlichen Notlage auf Unionsebene hingewiesen werden, die am 25. Dezember 2022 in Kraft getreten ist.

¹ Verordnung (EU) 2022/2372 des Rates vom 24. Oktober 2022 über einen Rahmen zur Gewährleistung der Bereitstellung von krisenrelevanten medizinischen Gegenmassnahmen im Falle einer gesundheitlichen Notlage auf Unionsebene.

3. Information

Im Bereich der Information der Verbraucher kann auf die bisherigen Jahresberichte hingewiesen werden. In diesem Kontext ist erneut auf die sogenannte Omnibus-Richtlinie² vom 27. November 2019 zu verweisen (vgl. dazu nachfolgend 4.).

4. Wirtschaftliche Interessen

a) Umsetzung der sogenannten Omnibus-Richtlinie 2022

Mit der vorstehend erwähnten Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161 vom 27. November 2019 hatten die Mitgliedstaaten ihre nationalen Gesetze den folgenden vier wichtigen EU-Richtlinien per 28. Mai 2022 entsprechend anzupassen. Es sind dies die geänderte Richtlinie 93/13/EWG des Rates, die Richtlinie 98/6/EG, die Richtlinie 2005/29/EG und die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union.

Die Richtlinie 93/13/EWG über *missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen* wird mit Artikel 8b ergänzt, womit Verstösse gegen Gerichtsentscheide, die den Missbrauch von Klauseln bereits festgestellt haben und die trotz dieses Urteils weiterverwendet werden, mit „wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden“ Sanktionen belegt werden sollen.

Die Richtlinie 98/6/EG über den *Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse* wird u.a. mit einem Artikel 6a ergänzt für Eigenpreisvergleiche den vorherigen Preis anzugeben, „den der Händler vor der Preisermässigung über einen bestimmten Zeitraum angewandt hat“. Damit werden die in der kommerziellen Kommunikation bekannten „Mondpreise“ als unzulässig bestimmt. Die EU übernimmt hier teilweise selbst nationales Recht und erklärt es für den gesamten Binnenmarkt als massgeblich, womit nicht nur die Rechtstellung der Verbraucher verbessert, sondern indirekt auch Unternehmen vor unlauteren Konkurrenz geschützt wird.

² Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (Text von Bedeutung für den EWR).

Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern wird mit einer ganzen Reihe von Änderungen bestehender Artikel ergänzt und dem Online-Handel angepasst. Dazu werden die Gesetzes-Termini durch klarstellende Definitionen der Rechtsbegriffe einheitlich verdeutlicht; so insbesondere „Produkt“ als „jede Ware oder Dienstleistung, einschliesslich Immobilien, digitaler Dienstleistungen und digitaler Inhalte, sowie Rechte und Verpflichtungen“, was auch der bisherigen Sprachregelung in der kommerziellen Kommunikation am Markt weitgehend entspricht, sodann auch die Termini „Ranking“ oder „Online-Marktplatz“. Die Omnibus-Richtlinie ergänzt die RL über unlautere Geschäftspraktiken aber auch sinnvoll mit ergänzende Rechtsvorschriften zum Rechtsschutz der Verbraucher (Artikel 11a) und zu den Sanktionen (Artikel 13).

Schliesslich wird die Richtlinie 2011/83/EU (*Verbraucherrechte*) teilweise neu gefasst, insbesondere mit Klärung der Bedeutungen von „Kaufvertrag“, „Dienstleistungsvertrag“, „digitale Inhalte“ etc. und mit einer Reihe von Bestimmungen zum Online-Handel ergänzt. Ganz entscheidend ist dabei der neue Artikel 6a über die Informationspflichten auf Online-Marktplätzen geschlossenen Verträgen sowie weitere Anpassungen der Artikel 7-10, 13-14 und 16. Schliesslich werden auch hier die Sanktionsmöglichkeiten verbessert (Artikel 24).

Zusammenfassend bestimmt die Omnibus-Richtlinie (EU) 2019/2161 sodann die Pflicht der Mitgliedstaaten zur ausreichenden Information der Verbraucher über ihre Rechte. Diese Verbesserungen waren 2022 im ganzen Binnenmarkt umzusetzen.

b) Produkthaftung

Am 28. September 2022 hat die EU-Kommission den Vorschlag³ für eine revidierte Richtlinie über Produkthaftung publiziert. Damit soll die bestehende Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG⁴ aufgehoben und durch eine aktualisierte RL ersetzt werden. Ziel der Produkthaftungsrichtlinie ist es, ein EU-weites System zur Entschädigung von Personen zu schaffen, die durch fehlerhafte Produkte Körper- oder Sachschäden erlitten haben. Seit der Annahme

³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 28. September 2022, COM(2022) 495 final.

⁴ Richtlinie (EWG) Nr. 85/374 des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 210 vom 7.8.1985, 29.

der Produkthaftungsrichtlinie im Jahr 1985 hat sich die Art und Weise, wie Produkte hergestellt, vertrieben und betrieben werden, erheblich verändert, dies schliesst auch die Modernisierung der Produktsicherheits- und Marktüberwachungsvorschriften ein. Dieser Vorschlag der Kommission ist auch im Kontext mit der Entwicklung der digitalen künstlichen Intelligenz zu verstehen, die vermehrt auch Produkte generiert ohne finales Eingreifen eines Menschen in kausale Abläufe von Maschinen und Roboter. Damit stellt sich die fundamentale Frage nach der rechtlichen Einordnung der Verantwortung beim Betrieb solcher Produkte.

c) *Zivilrechtliche Haftung für künstliche Intelligenz*

Ebenfalls am 28. September 2022 hat die EU-Kommission den Vorschlag⁵ für eine Richtlinie publiziert zur Anpassung der Vorschriften über ausservertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung). Der Vorschlag bewegt sich im Rahmen eines koordinierten europäischen Konzepts für KI. Im Weissbuch zur KI vom 19. Februar 2020⁶ hat sich die Kommission verpflichtet, die Einführung von KI zu fördern und die mit einigen ihrer Anwendungen verbundenen Risiken durch die Förderung von Exzellenz und Vertrauen zu bewältigen. In dem Bericht über die Haftung für KI⁷, der dem Weissbuch beigelegt ist, hat die Kommission die besonderen Herausforderungen aufgezeigt, die KI für die bestehenden Haftungsvorschriften darstellt. In seinen Schlussfolgerungen zur Digitalstrategie vom 9. Juni 2020 begrüsst der Rat die Konsultation zu den politischen Vorschlägen im Weissbuch zur KI und forderte die Kommission auf, konkrete Vorschläge zu unterbreiten. Am 20. Oktober 2020 nahm das Europäische Parlament eine legislative Initiativentschliessung gemäss Artikel 225 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU

⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über ausservertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung) vom 28. September 2022, COM(2022) 496 final.

⁶ Europäische Kommission, Weissbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen vom 19. Februar 2020, COM(2020) 65 final.

⁷ Europäische Kommission, Bericht an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik in Hinblick auf Sicherheit und Haftung, vom 19. Februar 2020 (COM(2020) 64 final).

(AEUV) an, in der es die Kommission aufforderte, einen Vorschlag für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung für KI auf der Grundlage von Artikel 114 AEUV anzunehmen⁸.

Der RL-Vorschlag ist nicht zuletzt verfahrensrechtlich motiviert. Ohne eine Anpassung des Beweisrechts bei Haftungsfällen sind Gerichte kaum in der Lage, rechtsgenügend Tatsachen über Kausalzusammenhänge festzustellen. Vorgeschlagen werden somit die Offenlegung von Beweismitteln (Artikel 1 und 3) betreffend Hochrisiko-KI-Systeme mit dem Ziel, es einem Kläger zu ermöglichen, einen ausservertraglichen verschuldensabhängigen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch zu begründen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Festlegung von Termini zur Bezeichnung von Rechtsbegriffen, die eindeutige Definitionen enthalten, um die neuen Realitäten wirklich erfassen zu können (Artikel 2).

5. Rechtliche Interessen

Die im vorletzten Jahresbericht 2020⁹ erwähnte Richtlinie (EU) 2020/1828 vom 25. November 2020 über *Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher* und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG musste von den Mitgliedstaaten bis zum 25. Dezember 2022 umgesetzt werden. Die nationalen Umsetzungsnormen sind ab 25. Juni 2023 anzuwenden. Für die Rechte der europäischen Verbraucher ist diese Richtlinie von kardinaler Bedeutung. Denn das weit entwickelte materielle Europarecht bleibt toter Buchstabe dann, wenn das Prozessrecht zur Durchsetzung unzureichend ist und damit für eine Vielzahl von Verbrauchern faktisch versagt.

⁸ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)).

⁹ Mayer Michal, Verbraucherrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2020/2021, Zürich, 290.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022

1. Allgemeines

Das europäische Verbraucherrecht hat einen massgebenden Einfluss auf das Schweizer Konsumrecht. Im Berichtsjahr 2022 haben sich denn auch keine Veränderungen dieses „Status quo“ ergeben. Das Konsumrecht ist eine sogenannte Querschnittmaterie, was bedeutet, dass es in allen wirtschaftsrechtlichen Erlassen dann eine wesentliche Funktion erhält, wenn (auch) die Interessen der Nachfrager am Markt (Konsumenten) betroffen sind. Aus diesem Grund sind Überschneidungen mit anderen Materien des Wirtschaftsrechts nicht zu vermeiden und kann die Darstellung vorliegend auf die wesentlichen Punkte des Konsumrechts beschränkt werden. Der Bericht 2022 folgt erneut der bewährten Einteilung des Schweizer Konsumrechts¹⁰ in Sicherheit und Gesundheit (2), Information (3), wirtschaftliche Interessen (4), rechtliche Interessen (5) und politische Interessen (6).

2. Sicherheit und Gesundheit

Die Gesetzeslage hat in diesem Bereich keine Neuerungen zu verzeichnen. Indessen publizierte das Büro für Konsumentenfragen¹¹ in Zusammenarbeit mit den zuständigen Marktaufsichtsbehörden und den betroffenen Unternehmen erneut zahlreiche Produktrückrufe und Sicherheitswarnungen. Dafür steht ein Online-Formular und ein SMS Warnservice zur Verfügung, womit Meldungen über fehlerhafte Produkte rasch und einfach erfasst werden können. Dies erfolgt im Rahmen des Schweizer Produktesicherheitsgesetzes¹² und wird auch mit den entsprechenden Gremien der EU koordiniert. Es kann auf die bisherigen Vorjahresberichte verwiesen werden.

Für die weitere Entwicklung des Schweizer Rechts werden die beiden neuen Vorschläge der EU-Kommission zur Produkthaftung und zur Haftung für künstliche Intelligenz (vgl. vorstehend Ziffer [1.4.b/c](#)) im Auge zu behalten sein.

Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK) hat sodann am 27. Oktober 2022 eine Empfehlung an den Bundesrat verabschiedet betreffend „Vertrieb von Lebensmitteln im Onlinehandel: Zeitgemässe Instrumente für

¹⁰ Mit Bezug auf die Quellen wird für die folgende Dokumentation insbesondere auf die Homepage der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) sowie auf das Büro für Konsumentenfragen (BfK) der Bundesverwaltung hingewiesen, abrufbar unter: <https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home.html>.

¹¹ Abrufbar unter: <https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home.html>.

¹² Bundesgesetz über die Produktesicherheit vom 12. Juni 2009 (PrSG, SR 930.11).

den Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten“. Die im Online-Handel tätigen Unternehmen des Vertriebs von Lebensmitteln unterstehen nicht in gleichem Masse den kantonalen Kontrollbehörden, die in den Verkaufsgeschäften vor Ort die Aufsicht ausüben. Auf diese Weise gelangen illegale und gar gesundheitsgefährdende Produkte direkt zum Konsumenten. Die EKK regt den Bundesrat daher zu folgenden Massnahmen an: (1) Den Vollzugsbehörden soll die Möglichkeit eingeräumt werden, sogenannte behördliche Scheinkäufe (Mystery Shopping) tätigen zu können. Dabei muss die Behörde ihre Identität bei der Bestellung der Proben nicht bekanntgeben. (2) Den zuständigen Behörden muss die Möglichkeit eingeräumt werden, bei Wiederholungsfällen oder bei erfolglosen Kontaktaufnahme Domain-Namen zu blockieren oder zu widerrufen. (3) Für Marktplatzbetreiber und vergleichbare Dienstleister sollte eine Mitwirkungspflicht bei der Bekämpfung von illegalen Produkten gelten.

3. Information

Der Bundesrat hat 2022 die Preisbekanntgabeverordnung (PBV) revidiert und ergänzt¹³. Es geht u.a. um folgende Anpassungen, die auch im Kontext des Online-Handels zu sehen sind. Werden den Konsumentinnen und Konsumenten Waren zum Kauf angeboten, so muss mit dem Angebot stets der tatsächlich zu bezahlende Preis in Schweizerfranken (Detailpreis) bekanntgegeben werden (Art. 3 Abs. 1 revPBV). Überwälzte öffentliche Abgaben, Urheberrechtsvergütungen, vorgezogene Entsorgungsbeiträge sowie weitere nicht frei wählbare Zuschläge jeglicher Art, namentlich für Reservation, Service oder Bearbeitung, müssen im Detailpreis inbegriffen sein (Art. 4 Abs. 1 revPBV).

4. Wirtschaftliche Interessen

a) Allgemeines

Zu den wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten werden gezählt die Gesetzgebung zur Aufsicht über Waren und Dienstleistungen, das Wettbewerbsrecht (insb. Kartell- und Lauterkeitsrecht) sowie das allgemeine und besondere Vertragsrecht. Für das Berichtsjahr 2022 kann auf Entwicklungen hingewiesen werden, die für Konsumenten ins Gewicht fallen.

¹³ Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978 (Preisbekanntgabeverordnung, PBV, SR 942.211); Fassung gemäss Ziff. I der V vom 25. Mai 2022, in Kraft seit 1. Juli 2022 (AS 2022 343, 388).

b) Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)

Der Bundesrat hat die Kartellrechts-Novelle zur relativen Marktmacht auf den 1. Januar 2022 in Kraft gesetzt¹⁴. Die h.L. geht davon aus, dass die Konsumenten im Kartellrecht nicht direkt, sondern nur indirekt betroffen sind. Der Autor des vorliegenden Beitrags kritisiert diese Lehrmeinung auch mit Bezug auf die Kartellrechts-Novelle zur relativen Marktmacht. Konsumenten befinden sich denn auch wie KMU-Unternehmen in rechtlich vergleichbaren Marktstrukturen. Es kann auf die detaillierte Begründung verwiesen werden, die im Januar 2022 an der Tagung der Schweizer Kartellrechts-Spezialisten an der Universität Fribourg dargelegt wurde¹⁵.

c) Wettbewerbsrecht (UWG)

Ebenfalls auf den 1. Januar 2022 wurde der neue Art. 3a UWG¹⁶, der im Zusammenhang mit der KG-Novelle erlassen wurde, in Kraft gesetzt. Damit wird der staatlich nicht verordnete Einsatz von Geoblocking-Massnahmen (privates Geoblocking) von Unternehmen grundsätzlich als unlauter und somit als unzulässig qualifiziert. Demnach soll im Fernhandel (Internet, Telefon, Katalog) zukünftig insbesondere eine Diskriminierung von Schweizer Nachfragerinnen und Nachfragern bei Preisen oder Zahlungsbedingungen grundsätzlich nur noch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes möglich sein.

Überdies hat das Parlament am 17. Juni 2022 eine weitere Ergänzung des Lauterkeitsrechts beschlossen, was auch für Konsumenten relevant sein dürfte. Nach Art. 8a UWG¹⁷ handelt neu unlauter insbesondere, wer als Betreiber einer Online-Plattform zur Buchung von Beherbergungsdienstleistungen allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, welche die Preis- und Angebotssetzung von Beherbergungsbetrieben durch Paritätsklauseln, namentlich bezüglich Preis, Verfügbarkeit oder Konditionen, direkt oder indirekt ein-

¹⁴ Art. 4 Abs. 2bis Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251); vgl. Vorjahresbericht: Brunner Alexander, Verbraucherrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2021, Zürich, 288.

¹⁵ Brunner Alexander, Relative Marktmacht - Sicht der Gerichte, SZW 2022, 326-341.

¹⁶ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241). Eingefügt durch Ziff. II des BG vom 19. März 2021, in Kraft seit 1. Jan. 2022 (AS 2021 576; BBl 2019 4877).

¹⁷ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 17. Juni 2022, in Kraft seit 1. Dez. 2022 (AS 2022 690; BBl 2021 2858).

schränken. Die Buchung von Hotelunterkünften ist ein wesentlicher Teil der Nachfrage von Konsumenten im Reise- und Ferienverkehr. Die neue Norm schafft in diesem Wirtschaftsbereich Transparenz nach allen Seiten.

d) *Versicherungsvertrag*

Der Bundesrat hat im Berichtjahr 2022 auch die VVG-Novelle vom 19. Juni 2020 in Kraft gesetzt. Damit stand den Versicherungsunternehmen genügend Zeit für die Umsetzung der neuen Bestimmungen zur Verfügung. Die Revision des VVG¹⁸ bringt wesentliche Verbesserungen für die Konsumenten und passt Bestimmungen an veränderte Gegebenheiten an. So wird beispielsweise neu für Versicherungsverträge ein Widerrufsrecht von 14 Tagen eingeführt und auch Verträge mit langer Laufzeit können nach drei Jahren beendet werden. Die Verjährungsfrist für Ansprüche aus Versicherungsverträgen wird von zwei auf fünf Jahre erhöht. Zudem wird das Gesetz an die heutigen Anforderungen des elektronischen Geschäftsverkehrs angepasst.

e) *Konsumrechtliche Bedeutung der Liquidität systemrelevanter Banken*

Rund 60 Prozent der Inlandnachfrage wird durch den privaten Konsum generiert und zeigt die Bedeutung der Konsumenten am Markt, die für ihre vielfältigen Transaktionen auch Bankdienstleistungen in grosser Zahl beanspruchen. Konsumenten sind sowohl mikroökonomisch als auch makroökonomisch ein entscheidender Faktor der Gesamtwirtschaft.

Im Hinblick darauf ist im vorliegenden Jahresbericht 2022 auf die Anpassung der sogenannten Liquiditätsverordnung für systemrelevante Banken hinzuweisen. So hat der Bundesrat am 3. Juni 2022 eine Verschärfung der Liquiditätsverordnung¹⁹ beschlossen, die am 1. Juli 2022 in Kraft trat. Ereignisse wie die globale Finanzkrise 2007-2009 und die Covid-19-Pandemie haben gezeigt, wie bedeutend die Liquidität für die Stabilität einer systemrelevanten Bank und für die Volkswirtschaft ist. Ein Ausfall einer systemrelevanten Bank kann erhebliche Verwerfungen im Finanzsystem verursachen. Die bisherigen Anforderungen der Liquiditätsverordnung führten nicht dazu, dass systemrelevante Banken eine angemessene, durchgehend höhere Liquidität hielten. Die Anforderungen wurden daher grundlegend überarbeitet und erhöht.

¹⁸ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG, SR 221.229.1).

¹⁹ Verordnung über die Liquidität der Banken und Wertpapierhäuser vom 30. November 2012 (Liquiditätsverordnung, LiqV, SR 952.06).

Das neue Regulierungskonzept für systemrelevante Banken umfasst Grund- und Zusatzanforderungen. Die Grundanforderungen decken gewisse Risiken ab, die in den für alle Banken geltenden Bestimmungen zu wenig berücksichtigt sind. Beispielsweise müssen systemrelevante Banken künftig für eine 90 (statt 30) Tage dauernde Liquiditätskrise gewappnet sein. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) kann zusätzlich institutsspezifische Zuschläge erheben.

Zur Erfüllung der erhöhten Anforderungen können auch Massnahmen wie der Verkauf marktgängiger Wertpapiere, mit denen eine Bank während einer Krise Liquidität beschaffen kann, bis zu einer Obergrenze angerechnet werden. Unter bestimmten Voraussetzungen sind auch kantonale Staatsgarantien und teilweise die ausserordentliche Liquiditätshilfe der Schweizerischen Nationalbank (SNB) anrechenbar.

f) Konsumkredit

Seit dem Inkrafttreten von Art. 36a KKG²⁰ am 1. Januar 2016 ist aggressive Werbung im Konsumkreditgeschäft verboten und kann mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft werden. Der Gesetzgeber hat die Definition der aggressiven Werbung in erster Linie der Kreditbranche überlassen. Falls die Selbstregulierung jedoch scheitert oder ungenügend ist, kann der Bundesrat festlegen, welche Werbung als aggressiv gilt. Die verschiedenen Branchenverbände haben deshalb im Jahr 2016 zwei Vereinbarungen abgeschlossen, welche die Formen aggressiver Werbung definieren. Der Bundesrat hat diese damals als ausreichend bewertet und entsprechend darauf verzichtet, von seiner Regelungskompetenz Gebrauch zu machen.

Infolge der Auflösung der Interessengemeinschaft der Zahlkartenindustrie (KARTAC) Ende 2020 wurde eine der beiden Vereinbarungen von der Swiss Payment Association übernommen. Dieser hat die Vereinbarung zwischenzeitlich überarbeitet und dem Bundesrat im Juni 2022 zur Stellungnahme unterbreitet. Das EJPD hat nach einer Überprüfung festgehalten, dass die überarbeitete Konvention inhaltlich gleichwertig ist wie jene der Vereinbarung der KARTAC. Weiter zeigte die bisherige Überwachung der Konvention durch die Schweizerische Lauterkeitskommission mit nur zwei Entscheidungen in den letzten sechs Jahren, dass die Selbstregulierung funktioniert. Aus Sicht des Bundesrates bestand daher weiterhin kein Handlungsbedarf und er hat am 31. August 2022 den Bericht des EJPD zur Kenntnis genommen. Die neue Ver-

²⁰ Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (KKG, SR 221.214.1).

einbarung ersetzt eine der beiden bereits bestehenden Vereinbarungen. Der Bundesrat sah damit keinen Anlass, die Definition von aggressiver Werbung im Konsumkreditgeschäft durch eine Verordnung zu regeln.

Zur rechtlichen Einordnung dieses legislatorischen Vorgehens im Konsumrecht ist anzumerken, dass dann, wenn solche private Konventionen am Markt effizient umgesetzt werden („Softlaw“), staatliches Verordnungsrecht als nicht erforderlich qualifiziert werden kann. Die Verbände der Unternehmen (hier die Branchenanbieter im Konsumkreditgeschäft) tun daher gut daran, die Effizienz von Softlaw-Normen sicherzustellen. Das Vertrauen des Konsumenten in den Markt ist damit indirekt auch abhängig von der qualitativen Aufsicht der staatlichen Institutionen.

5. Rechtliche Interessen

Im Vorjahresbericht 2021²¹ wurde mit Optimismus davon ausgegangen, dass die Rechtstellung der Konsumenten nach dem Erlass von zahlreichen wirtschaftsrechtlichen Normen des materiellen Rechts nun folgerichtig auch im Verfahrensrecht berücksichtigt werden würde. Die Rechtsfrage des kollektiven Rechtsschutzes ist seit über 30 Jahren auf der Agenda des Gesetzgebers, der Gerichte und der Lehre und die notwendigen Normen für die Problemlagen sind seit langem geklärt. Es wird vorliegend verzichtet, auf die umfangreiche Literatur einzugehen, sie ist bekannt. Umso unverständlicher ist der Entscheid des Parlaments im Berichtjahr 2022, erneut eine weitere Runde „offener“ Rechtsfragen abzuklären.

Die Schweiz sollte sich hier einmal mehr ein Beispiel an der EU nehmen, die es trotz der grossen Zahl von Mitgliedstaaten innert nützlicher Frist geschafft hat, die Rechtstellung der Konsumenten im Verfahrensrecht anzuerkennen. Es kann auf den vorstehenden Bericht zum Europarecht 2022 verwiesen werden (Ziff. [1.5](#)).

²¹ Brunner Alexander, Verbraucherrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2021, Zürich, 291 ff. und die dortigen Hinweise.

6. Politische Interessen

Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK)²² hat unter ihrem kompetenten Präsidenten fünf Plenarsitzungen durchgeführt. Die EKK ist direkt dem Bundesrat unterstellt und übt ihre wichtige beratende Funktion weiterhin im Interesse der Konsumenten in der Schweiz aus.

Das Gleiche gilt für das Sekretariat der EKK, das Büro für Konsumentenfragen (BFK). Es vertritt die Schweiz in mehreren Arbeitsgruppen internationaler Organisationen, u.a. in der OECD und rapportiert die dortigen Entwicklungen zuhanden des Bundesrates und der EKK im Bereich der Verbraucherpolitik.

²² Vgl. Website des Eidgenössisches Büro für Konsumentenfragen Eidgenössisches Büro für Konsumentenfragen BFK, abrufbar unter: <<https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home.html>>.

Internationales Privatrecht

Dirk Trüten

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (DIRK TRÜTEN)	250
1.	Allgemeines	250
2.	Angleichung der Vorschriften über die Elternschaft	250
3.	Inkrafttreten der Brüssel IIB-VO	251
4.	Richtlinie zum Schutz vor strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung	251
5.	Rechtsprechung des EuGH zum EU-Primärrecht	252
6.	Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel Ia-VO	253
a)	Persönlichkeitsverletzungen im Internet	253
b)	Vollstreckbarkeit sog. Merger-Urteile	254
c)	Haftung für Umweltschäden	254
d)	Ansprüche auf Rückabwicklung einer Zwangsvollstreckung	255
e)	Arbeitnehmergerichtsstand bei Patronatsvereinbarung	255
f)	Eintragung von Patenten	256
g)	Deliktische Zuständigkeit bei reinen Vermögensschäden	256
h)	Internationale und örtliche Zuständigkeit im internationalen Versicherungsrecht	257
II.	Bedeutung für die Schweiz (DIRK TRÜTEN)	258
1.	Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel Ia-VO	258
2.	Revision des IPRG	258
a)	Allgemeines	258
b)	Internationales Eherecht	258
c)	Geschlecht	259
d)	Internationales Erbrecht	260
e)	Internationales Versicherungsrecht	261
f)	Internationales Deliktsrecht	262
3.	Beitritt zum Haager Gerichtsstandsübereinkommen	263

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

1. Allgemeines

Die Entwicklung des Europäischen IZPR und IPR ist durch die Corona-Epidemie auch im Jahr 2022 beeinträchtigt worden. Es fehlen weiterhin Rechtsakte zum Internationalen Sachenrecht, zum Internationalen Eheschließungsrecht und eine Regelung des Personalstatuts von juristischen Personen. Andere Materien wie z.B. das Adoptionsrecht und der Erwachsenenschutz werden durch Haager Konventionen abgedeckt oder harren noch der Vereinheitlichung durch die EU.

2. Angleichung der Vorschriften über die Elternschaft

Am 7. Dezember 2022 hat die EU-Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung von Entscheidungen und die Annahme öffentlicher Urkunden in Elternschaftssachen sowie zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats vorgelegt.¹ Die Verordnung soll die Rechtssicherheit von Familien verbessern, die sich in einer grenzüberschreitenden Situation innerhalb der EU befinden, sei es, weil sie sich von einem Mitgliedstaat in einen anderen begeben, um dort zu reisen oder zu wohnen, oder weil sie Familienangehörige oder Eigentum in einem anderen Mitgliedstaat haben. Einer der wichtigsten Aspekte des Vorschlags besteht darin, dass die in einem EU-Mitgliedstaat begründete Elternschaft künftig ohne spezielles Verfahren in allen anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden soll.

Die Verordnung soll es Kindern in grenzüberschreitenden Situationen ausserdem ermöglichen, in den Genuss der nach nationalem Recht aus der Elternschaft erwachsenden Rechte zu gelangen, z.B. in Fragen des Erbrechts, des Unterhalts, des Sorgerechts oder des Rechts der Eltern, als rechtliche Vertreter des Kindes (z.B. für die Schulbildung oder für Gesundheitsfragen) aufzutreten.

Im Hinblick auf das anwendbare Recht geht der Vorschlag vom Recht des Staates aus, in dem die entbindende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Führt diese Regel zur Begründung der Elternschaft in Bezug auf nur einen

¹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung von Entscheidungen und die Annahme öffentlicher Urkunden in Elternschaftssachen sowie zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats vom 7. Dezember 2022, COM (2022) 695 final.

Elternteil, so sollen alternative Optionen gewährleisten, dass die Elternschaft für beide Elternteile begründet werden kann. Darüber hinaus sollen Kinder (oder ihre gesetzlichen Vertreter) ein europäisches Elternschaftszertifikat in dem Mitgliedstaat beantragen können, in dem die Elternschaft begründet wurde. Mit diesem Dokument könnte die Elternschaft in allen anderen Mitgliedstaaten nachgewiesen werden.

3. Inkrafttreten der Brüssel IIb-VO

Am 1. August 2022 ist die Brüssel IIb-VO über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen in Kraft getreten.² Die Neuregelung dieser Materie basiert auf der bewährten Brüssel IIa-VO von 2003³ und aktualisiert und ergänzt deren Bestimmungen. Einen Schwerpunkt der Revision bildete die Neuregelung der internationalen Zuständigkeit für Kindschaftssachen. Zu den zentralen Neuerungen zählen insoweit die Abschaffung des Exequaturverfahrens sowie der Verweigerungsgrund des Art. 39 Abs. 2 Brüssel IIb-VO. Danach kann die Anerkennung einer Entscheidung in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung abgelehnt werden, wenn sie ergangen ist, ohne dass dem Kind, das fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden, Gelegenheit zur Meinungsäußerung gegeben wurde. Hierin liegt eine spürbare Stärkung der Vereinheitlichung und der Berücksichtigung von Kindeswohlgesichtspunkten. Neu ist auch die umfangreiche Regelung des Rechts der internationalen Kindesentführung.

4. Richtlinie zum Schutz vor strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung

Am 27. April 2022 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche

² Verordnung (EU) 2019/1111 des Rates vom 25. Juni 2019 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen (Neufassung), ABl. L 178 vom 2. Juli 2019, 1.

³ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung („Brüssel IIa-VO“), ABl. L 338 vom 23. Dezember 2003, 1.

Beteiligung“) vorgelegt. Der Zweck solcher Klagen besteht darin, Kritiker (z.B. Journalisten und Menschenrechtsaktivisten) zu zensieren, einzuschüchtern und zum Schweigen zu bringen, indem ihnen so lange die Kosten für die Verteidigung aufgebürdet werden, bis sie ihre Kritik oder Opposition aufgeben. Der Vorschlag enthält u.a. Bestimmungen über Verfahrensgarantien, Vorschriften zur vorzeitigen Einstellung offenkundig unbegründeter Gerichtsverfahren und Schutzvorschriften zur Anerkennung von Urteilen aus Drittstaaten.⁴

5. Rechtsprechung des EuGH zum EU-Primärrecht

In einem Grundsatzurteil zur Unionsbürgerschaft (Art. 20 und 21 AEUV) entschied der EuGH am 24. Juni 2022, dass die Behörden eines EU-Mitgliedstaats die Ausstellung einer Geburtsurkunde nicht mit der Begründung verweigern dürfen, dass die Angabe zweier Elternteile weiblichen Geschlechts in einer Geburtsurkunde der öffentlichen Ordnung eines Mitgliedstaats zuwiderlaufe. In dem konkreten Fall bekamen eine Polin und eine Irin in Spanien ein Kind. Die polnischen Behörden verweigerten jedoch die Übertragung der Eintragung beider Frauen als Mütter aus der spanischen Geburtsurkunde in das polnische Register, weil eine solche Übertragung den Grundprinzipien der Rechtsordnung der Republik Polen zuwiderlaufen würde.

In seiner Begründung weist der Gerichtshof zunächst darauf hin, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, ihren Staatsangehörigen ein Dokument auszustellen, um ihnen die Ausübung des jedem Unionsbürger durch Art. 21 Abs. 1 AEUV zuerkannten Freizügigkeitsrechts zu ermöglichen. Hierzu gehöre auch das Recht, sowohl im Aufnahmemitgliedstaat als auch in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, ein normales Familienleben zu führen, indem sie dort mit ihren Familienangehörigen zusammenleben. Da die spanischen Behörden ein biologisches oder rechtliches Abstammungsverhältnis zwischen dem Kind und ihren beiden Elternteilen rechtmässig festgestellt hatten, müssten beide Elternteile daher in Anwendung von Art. 21 AEUV und der Richtlinie 2004/38⁵ als Eltern eines minderjährigen Unionsbürgers, für den sie tatsächlich sorgten, von allen Mitgliedstaaten das Recht zuerkannt

⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“) vom 27. April 2022, COM (2022) 177 final.

⁵ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158 vom 30. April 2004, 77 ff.

werden, sich bei diesem aufzuhalten. Hieraus ergebe sich zum einen, dass die Mitgliedstaaten dieses Abstammungsverhältnis als solches anerkennen müssen. Zum anderen müssten die beiden Elternteile über ein Dokument verfügen, das sie zur Reise mit diesem Kind berechtigt.⁶ Vorliegend verstosse es gegen die durch die Art. 7 und 24 der Europäischen Grundrechtecharta gewährleisteten Rechte, dem Kind die Ausübung seines Rechts auf Freizügigkeit übermässig zu erschweren, weil seine Eltern gleichen Geschlechts seien.⁷

6. Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel-Ia-VO

a) *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*

Nach einer Phase der Einschränkung der Mosaiktheorie⁸ betont der EuGH nun wieder stärker die Relevanz dieses Konzepts zur Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet.⁹ In dem zugrundeliegenden Sachverhalt verklagte der Geschädigte mit Sitz in der Tschechischen Republik den vermeintlichen Schädiger mit Wohnsitz in Ungarn vor einem französischen Gericht sowohl auf Schadenersatz als auch auf Richtigstellung der Angaben und Entfernung der Inhalte. Die beiden letztgenannten Ansprüche können nach Auffassung des EuGH weiterhin nur am Interessenmittelpunkt des Geschädigten oder am allgemeinen Gerichtsstand geltend gemacht werden, da diese – anders als Schadenersatzansprüche – einheitlich und untrennbar sind.¹⁰ Dies hindere jedoch nicht die Geltendmachung anteiligen Schadenersatzes in jedem anderen Mitgliedstaat, dessen „Nähe“ zum Sachverhalt nur durch die Abrufbarkeit der entsprechenden Internetseite vermittelt werde. Ausserdem stellt der EuGH fest, dass es zur Begründung die-

⁶ So bereits EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2021 in der Rechtssache C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008 - *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*.

⁷ EuGH, Urteil vom 24. Juli 2022 in der Rechtssache RS C-2/21, ECLI:EU:C:2022:502 - *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

⁸ EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021 in der Rechtssache C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489 - *Mittelbayerischer Verlag*; vgl. dazu Droese Lorenz, *Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Formulierung „polnisches Vernichtungslager“* in *Online-Artikel*, *ecolex* 2021, 1018 f.

⁹ EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2011 in den Rechtssachen C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 - *eDate Advertising*.

¹⁰ So bereits in EuGH, Urteil vom 17. Oktober 2017 in der Rechtssache C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766 - *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Iisjan/Svensk Handel AB*.

ser Zuständigkeit (anders als beim Verbrauchergerichtsstand des Art. 17 Abs. 1 lit. c Brüssel Ia-VO/ Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ) nicht darauf ankomme, ob die Webseite auf den Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts „ausgerichtet“ sei.¹¹

b) *Vollstreckbarkeit sog. Merger-Urteile*

Eine von einem mitgliedstaatlichen Gericht erlassene Entscheidung, deren einziger Inhalt darin besteht, dass sie mehrere drittstaatliche Titel in einen einzigen inländischen Titel umwandelt (sog. Merger-Urteil), ist in den anderen Mitgliedstaat ohne weiteres vollstreckbar (Art. 39 Brüssel Ia-VO). Das Urteil des EuGH erging aufgrund einer Vorlage des österreichischen Obersten Gerichtshofs. Dieser hatte über die Vollstreckbarkeit eines englischen „Merger“-Urteils zu entscheiden, das zwei jordanische Urteile über mehr als 10 Millionen USD nach summarischer Prüfung ohne förmliches Anerkennungsverfahren in einen englischen Zahlungstitel umgewandelt hatte. Nach Ansicht des EuGH ist jegliche materielle Prüfung des mitgliedstaatlichen Merger-Urteils ausgeschlossen, weil Art. 2 lit. a Brüssel Ia-VO (entspricht Art. 32 LugÜ) jede von einem Gericht der EU-Mitgliedstaaten erlassene Entscheidung erfasst, die in einem kontradiktorischen Verfahren ergehen kann, ohne dass es auf ihren Inhalt ankommen würde. Problematische Ergebnisse sollen allein durch die ordre public-Kontrolle nach Art. 45 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO verhindert werden.¹² Die Entscheidung des EuGH offenbart eine Lücke im europäischen Zivilverfahrensrecht, die wohl nur im Wege einer Revision der einschlägigen Bestimmungen zu füllen ist.¹³

c) *Haftung für Umweltschäden*

Im Fall des vor der nordspanischen Küste im November 2002 havarierten Tankers „Prestige“ hatte ein spanisches Gericht 2016 festgestellt, dass der Eigentümer und seine Schiffversicherung gemeinsam für die Verschmutzung der Küsten Spaniens, Frankreichs und Portugals auf einer Länge von 1700 Kilometern haftbar seien. Der Versicherer erkannte das Urteil jedoch nicht an und verwies auf einen – durch ein englisches Gericht bestätigten – Schiedsspruch,

¹¹ EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2021 in der Rechtssache C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036 - Gtflx Tv; vgl. dazu NJW 2022, 765 mit Anm. Lutz Tobias; EuZW 2022, 223 mit Anm. Engel Andreas; MMR 2022, 112 mit Anm. Mantz Reto.

¹² EuGH, Urteil vom 7. April 2022 in der Rechtssache C-568/20, ECLI:EU:C:2022:264 - J. / . H Limited; vgl. dazu Hess Burkhard, Exequatur sur exequatur (ne) vaut? Der EuGH erweitert die Freizügigkeit von Drittstaatenurteilen nach Art. 39 ff. EuGVVO, IPRax 2022, 349.

¹³ Vgl. weiterführend Lutz Tobias/Wilke Felix M., Brüssel Ia extendenda est?, RabelsZ 2022, 841.

wonach vorrangig der Eigentümer für den Schaden aufkommen müsse. Der EuGH sieht in diesem Vorgehen eine missbräuchliche Umgehung der im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung geltenden Grundsätze und entschied, dass das entsprechend dem Schiedsspruch 2013 erlassene englische Urteil keine Entscheidung i.S.v. Art. 34 Ziff. 3 Brüssel I-VO/LugÜ darstelle, da das dem Urteil zugrunde liegende Schiedsverfahren unter Missachtung sowohl der relativen Wirkung einer in den Versicherungsvertrag aufgenommenen Schiedsklausel als auch der in Art. 27 Brüssel I-VO/LugÜ vorgesehenen Vorschriften über die Rechtshängigkeit zu Ende geführt worden war.¹⁴

d) Ansprüche auf Rückabwicklung einer Zwangsvollstreckung

Ansprüche auf Rückabwicklung einer abgeschlossenen Zwangsvollstreckung fallen nach Auffassung des EuGH nicht unter den ausschliesslichen Gerichtsstand des Art. 22 Ziff. 5 Brüssel I-VO/LugÜ. Zur Begründung verweist der Gerichtshof auf den Zweck dieser Norm, welche nur Rechtsbehelfe erfasse, „die auf eine Entscheidung über eine Beanstandung der Inanspruchnahme von Zwangsmitteln, insbesondere bei der Herausgabe oder Pfändung von beweglichen oder unbeweglichen Sachen im Hinblick auf die Vollstreckung von Entscheidungen oder Urkunden, gerichtet“ seien.¹⁵ Im Zentrum des Ausgangsverfahrens stand die Rückforderung einer Zahlung, die ohne rechtlichen Grund in einem später für unzulässig erklärten Vollstreckungsverfahren geleistet worden war. Dies gab dem EuGH Gelegenheit klarzustellen, dass auch die Deliktzuständigkeit des Art. 5 Ziff. 3 Brüssel I-VO/LugÜ vorliegend nicht eingreift, da bereicherungsrechtliche Klagen generell nicht unter das Tatbestandsmerkmal der unerlaubten oder ihr gleichgestellten Handlung fallen.¹⁶

e) Arbeitnehmergerichtsstand bei Patronatsvereinbarung

Nach Auffassung des EuGH kann ein Arbeitnehmer aus einer Patronatsvereinbarung mit der Muttergesellschaft seiner Arbeitgeberin gem. Art. 21 Abs. 1 lit. b (i) Brüssel Ia-VO (entspricht Art. 19 Ziff. 2 lit. a LugÜ) am Ort seiner gewöhnlichen Arbeitsstätte klagen, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und der Muttergesellschaft ein Unterordnungsverhältnis vorliegt. Unter einer Patronatsvereinbarung wird eine garantieähnliche Abrede einer Mutter- zugunsten einer Tochtergesellschaft verstanden. Vorliegend war der Kläger, dessen gewöhnli-

¹⁴ EuGH, Urteil vom 20. Juni 2022 in der Rechtssache C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 - London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited, Rz.71.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 9. Dezember 2021 in der Rechtssache C-242/20, ECLI:EU:C:2021:985 - HRVATSKE ŠUME d.o.o., Zagreb, Rz. 32.

¹⁶ EuGH C-242/20 Rz. 52 ff.

cher Arbeitsort in Stuttgart lag, nicht Angestellter der in Kanada domizilierten Muttergesellschaft, sondern fungierte als Direktor von deren schweizerischer Tochtergesellschaft. Gegenstand der Patronatsvereinbarung war im Wesentlichen die Regelung der Haftung der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft. Der EuGH bejaht ein Unterordnungsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Muttergesellschaft, da der Arbeitsvertrag ohne die Vereinbarung nicht geschlossen worden wäre und diese gerade der Sicherung der arbeitsvertraglichen Pflichten diene.¹⁷

f) Eintragung von Patenten

Gemäss Art. 24 Ziff. 4 Brüssel Ia-VO (entspricht Art. 22 Ziff. 4 LugÜ) sind für Klagen, welche die Eintragung oder die Gültigkeit von Patenten, Marken, Mustern und Modellen sowie ähnlicher Rechte betreffen, ausschliesslich die Gerichte des Registerstaates zuständig. Darunter fällt jedoch nicht die Feststellung, ob eine Person Inhaber des Rechts an Erfindungen ist, die in Drittstaaten eingereichten Patentanmeldungen und erteilten Patenten zugrunde liegen. Insbesondere führe der Umstand, dass die Prüfung der Ansprüche des Patents oder der Patentanmeldung nach den Bestimmungen des jeweiligen materiellen Patentrechts vorzunehmen sind, nicht zu einer Anwendung der ausschliesslichen Zuständigkeit nach Art. 24 Ziff. 4 Brüssel Ia-VO. Auch im Rahmen eines Patentverletzungsverfahrens müsse der Schutzzumfang des geltend gemachten Patents zum Teil auch nach ausländischem Recht beurteilt werden. Für einen solchen Fall verweist der EuGH auf den allgemeinen Gerichtsstand am Sitz des Beklagten bzw. auf die Zuständigkeiten aus Delikt und bleibt seiner bisherigen engen Auslegung des ausschliesslichen Gerichtsstands treu.¹⁸

g) Deliktische Zuständigkeit bei reinen Vermögensschäden

Im Hinblick auf eine Klage des Insolvenzverwalters wegen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung bejaht der EuGH – auf der Grundlage von Art. 7 Ziff. 2 Brüssel Ia-VO (entspricht Art. 5 Ziff. 3 LugÜ) – eine Zuständigkeit der Gerichte am Ort des Sitzes der insolventen Gesellschaft. In diesem besonderen Fall eines reinen Vermögensschadens stellt der EuGH v.a. auf die grössere Beweisnähe der Gerichte am Ort der insolventen Gesellschaft ab, denn an diesem Ort seien die für den Erfolg des Anspruchs entscheidenden Informa-

¹⁷ EuGH, Urteil vom 20. Oktober 2022 in der Rechtssache C-604/20, ECLI:EU:C:2022:807 - ROI Land Investments Ltd, Rz. 56.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 8. September 2022 in der Rechtssache C-399/21, ECLI:EU:C:2022:648 - IRnova AB; vgl. auch Anm. Sujecki Bartosz in NJW 2022, 957 f.

tionen über die Entwicklung der finanziellen Situation der Gesellschaft belegen, weshalb die dortigen Gerichte auch am besten dafür geeignet seien, über das Vorliegen der behaupteten Sorgfaltspflichtverletzung zu entscheiden.¹⁹

h) *Internationale und örtliche Zuständigkeit im internationalen Versicherungsrecht*

Im internationalen Versicherungsrecht gewährt Art. 11 Abs. 1 lit. b Brüssel Ia-VO (entspricht Art. 9 Abs. 1 lit. b LugÜ) einen Klägergerichtsstand am Wohnsitz des Versicherungsnehmers, Versicherten oder Begünstigten. Angesichts von Zweifeln am rumänischen Wortlaut der Bestimmung hat der EuGH jetzt bekräftigt, dass die Norm im Fall ihrer Anwendbarkeit sowohl die internationale Zuständigkeit als auch die örtliche Zuständigkeit des Gerichts eines Mitgliedstaats festlegt, in dessen Bezirk sich der Wohnsitz des Klägers befindet.²⁰

¹⁹ EuGH, Urteil vom 10. März 2022 in der Rechtssache C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173 - ZK gegen BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG; vgl. auch Anm. Finkelmeier Max in IWRZ 2022, 186 f.

²⁰ EuGH, Urteil vom 30. Juni 2022 in der Rechtssache C-652/20, ECLI:EU:C:2022:514 - HW, ZF, MZ; vgl. auch etwa Basler Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Oetiker Christian/Weibel Thomas, 2. A., Basel 2016, Art. 9 Rz. 13 m.w.N.

II. Bedeutung für die Schweiz

1. Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel Ia-VO

Art. 1 Abs. 1 des Protokolls Nr. 2 zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ) bestimmt, dass ein Gericht, welches das LugÜ anwendet, den Entscheidungen des EuGH und der Gerichte der anderen Vertragsstaaten zum LugÜ und der Brüssel Ia-VO gebührend Rechnung zu tragen hat. Das Bundesgericht legt diese Verpflichtung dahingehend aus, dass der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu folgen ist, und zwar unabhängig davon, ob die europäische Rechtsprechung vor oder nach Inkrafttreten des LugÜ zum EuGVÜ oder zu den mit dem LugÜ inhaltlich übereinstimmenden Normen der Brüssel Ia-VO ergangen ist. Daher kommt den im vorigen Kapitel zusammengefassten Entscheidungen des EuGH direkte Bedeutung für die schweizerische Rechtsprechung zu.

2. Revision des IPRG

a) *Allgemeines*

Auch das IPRG wird seit seinem Inkrafttreten 1989 von der Entwicklung des Europäischen Internationalen Privatrechts beeinflusst. Die derzeit anstehenden Revisionen gehen teilweise direkt auf den Einfluss von EU-Rechtsakten wie die Europäische Erbrechtsverordnung (vgl. unten d)), sowie das Europäische Datenschutz- (vgl. unten f)) und Versicherungsrecht (vgl. unten e)) zurück oder sind Ausdruck eines gesellschaftlichen Wandels, der sich in den Mitgliedstaaten der EU in ähnlicher Form wie in der Schweiz vollzieht (z.B. „Ehe für alle“, vgl. nachfolgend b) und c)).

b) *Internationales Eherecht*

Die mit der Annahme der Vorlage „Ehe für alle“²¹ verbundene Revision des dritten Kapitels des IPRG²² ist am 1. Juli 2022 in Kraft getreten.²³ Die Bestimmungen des internationalen Eherechts sind nunmehr auch auf gleichgeschlechtliche Ehepaare anzuwenden. Demensprechend wurde Art. 45 Abs. 3 IPRG

²¹ Beschluss des Parlaments zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Ehe für alle) vom 18. Dezember 2020, BBl 2020 9913.

²² Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291).

²³ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarische Initiative „Ehe für alle“ vom 30. August 2019, BBl 2019 8595; Stellungnahme des Bundesrates zur Parlamentarische Initiative Ehe für alle vom 28. Januar 2020, BBl 2020 1273.

ersatzlos gestrichen, wonach „eine im Ausland gültig geschlossene Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts [...] in der Schweiz als eingetragene Partnerschaft anerkannt [wird]“.

Obwohl in der Schweiz seit dem 1. Juli 2022 keine eingetragenen Partnerschaften mehr begründet werden können, behält das IPRG das bisherige Kapitel 3a in angepasster Form bei, da nicht alle Staaten ihr Eherecht für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet haben. Um Lücken in der Zuständigkeit, im anwendbaren Recht und bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen zu vermeiden, wurden die in den bisherigen Art. 65b und d IPRG enthaltenen Regelungen der direkten und indirekten Zuständigkeit in das dritte Kapitel über das Eherecht verschoben.²⁴ Art. 65c Abs. 1 IPRG, der das anwendbare Recht betrifft, verbleibt im Kontext der Bestimmungen über die eingetragene Partnerschaft und verweist nunmehr für den Fall, dass das nach den Bestimmungen des dritten Kapitels anwendbare Recht keine Regeln über die eingetragene Partnerschaft kennt, auf dessen Eherecht. Der bisherige ersatzweise Verweis auf schweizerisches Recht entfällt, da mit Bezug auf alle ausländischen Rechtsordnungen, welche die Ehe (nur) zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts vorsehen, deren Bestimmungen sinngemäss auf die Ehe gleichgeschlechtlicher Personen angewendet werden können.²⁵ Unverändert bleiben die Bestimmungen des IPRG über das Ehegüterrecht sowie Scheidung und Trennung.

Seit dem 1. Juli 2022 kann eine Ehe zweier gleichgeschlechtlicher Personen, die im Ausland geschlossen wurde, auch im schweizerischen Zivilstandsregister als Ehe eingetragen werden (vgl. Art. 32 IPRG), da dies nunmehr mit dem schweizerischen Ordre public vereinbar ist.

c) *Geschlecht*

Nach dem am 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Art. 40a IPRG sind die Bestimmungen des internationalen Namensrechts (Art. 37–40 IPRG) sinngemäss auf das Geschlecht einer Person anwendbar.²⁶ Diese Regeln gelten für die Bestimmung des Geschlechts bei der Geburt wie auch für die nachträgliche Änderung des Geschlechtseintrags und regeln umfassend die Zuständigkeit, das anwendbare Recht sowie die Anerkennung ausländischer Entscheidungen und

²⁴ Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 14. Februar 2019 zur parlamentarischen Initiative „Ehe für alle“ (zit. Vorentwurf), abrufbar unter: <www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-rk-n-13-468-d.pdf>, 19 f.

²⁵ Vorentwurf (Fn. 24), 19.

²⁶ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Änderung des Geschlecht im Personalregister); BBl 2020, 799.

Urkunden durch einheitliche Vorschriften. Die Neuregelung ist Folge der jüngsten Revision des ZGB, mit der Menschen mit Transidentität und Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung die Änderung ihres Geschlechts und ihres Vornamens im Personenstandsregister erleichtert wird. Nach bisheriger Praxis waren die schweizerischen Gerichte für die Feststellung einer Geschlechtsänderung zuständig (33 IPRG). Ausländische Entscheidungen wurden nach Massgabe von Artikel 32 IPRG anerkannt. Durch den Verweis auf Art. 40 IPRG gelangen die schweizerischen Grundsätze über die Registerführung zur Anwendung. Dadurch wird vermieden, dass eine Geschlechterkategorie nachbeurkundet werden muss, die der binären schweizerischen Rechtsordnung unbekannt ist.²⁷

d) *Internationales Erbrecht*

Über die geplante Revision des internationalen Erbrechts wurde an dieser Stelle schon mehrfach berichtet.²⁸ Hauptziel der Vorlage ist die teilweise Harmonisierung des schweizerischen internationalen Erbrechts mit der EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO).²⁹ Die Botschaft vom 13. März 2020³⁰ schlug bei acht Bestimmungen des sechsten Kapitels des IPRG Änderungen vor, die vornehmlich der Verminderung der Gefahr positiver Kompetenzkonflikte die-

²⁷ BBl 2020, 848.

²⁸ Vgl. dazu ausführlich Girsberger Daniel/Trüten Dirk, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht/Le point sur le droit international privé, Berichtszeitraum November 2019 bis November 2020, SJZ 2021 224 ff., 224 sowie dies. SJZ 2022 235 ff.

²⁹ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (zit. EU-Erbrechtsverordnung, EuErbVO), ABl. L 201 vom 27. Juli 2012, 107.

³⁰ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Erbrecht) vom 13. März 2020, BBl 2020 3309, 3310; vgl. dazu u.a. Graham-Siegenthaler Barbara /EberhardPhilipp, Entwicklungen und Tendenzen im Internationalen Erbrecht und die damit verbundenen Neuerungen im IPRG: Ein Überblick über die IPRG-Revision des 6. Kapitels, SRIEL 2020 369 ff.; Bonomi Andrea, La révision du chapitre 6 LDIP: le droit applicable à la succession à défaut de choix et aux dispositions pour cause de mort, successio 2019, 238 ff.; Widmer Lüchinger Corinne, Zur Revision der Art. 86 ff. IPRG: Auswirkungen auf die Nachlassplanung, in: Fresard Philippe /Morger Jürg (Hrsg.), Aktuelle Fragen des internationalen Erbrechts, Beiträge des Weiterbildungsseminars der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 9. September 2019 in Zürich, Zürich 2020, 1 ff.; Dummermuth Raphael, Die Revision des internationalen Erbrechts – Bestandsaufnahme und Postulat, successio 2021 73 ff.

nen.³¹ Danach sollen u.a. Erblasser oder Erblasserinnen mit einer ausländischen Staatsangehörigkeit einem allfälligen Zuständigkeitsanspruch des betreffenden Heimatstaates Rechnung tragen können, indem sie ihr dortiges Vermögen oder den gesamten Nachlass dessen Zuständigkeit unterstellen. Auch schweizerischen Staatsangehörigen soll partiell die Möglichkeit gegeben werden, auf einen ausländischen Zuständigkeitsanspruch Rücksicht zu nehmen. Am 14. Oktober 2022 hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates jedoch entschieden, die in Artikel 88b Abs. 1 E-IPRG vorgesehene Abbedingung der schweizerischen Zuständigkeit zu streichen. Aus Sicht der Kommissionsmehrheit würde eine solche Möglichkeit zahlreiche Umsetzungsprobleme mit sich bringen, aber keinen Schutz für die Erbinnen und Erben. Die Kommission hat ausserdem beschlossen, dass Schweizerinnen und Schweizer mit mehreren Staatsangehörigkeiten bei einer Rechtswahl systematisch das schweizerische Recht wählen müssen.³² Aufgrund der aufgetretenen Differenzen ist das Inkrafttreten der Vorlage noch unbestimmt.

e) *Internationales Versicherungsrecht*

Im Hinblick auf das auf den Versicherungsvertrag anwendbare Recht kommen seit dem 1. Januar 2022 nur noch die Bestimmungen des IPRG zur Anwendung. Nach dem aVVG³³ beantwortete sich die Frage, ob bei einem grenzüberschreitenden Versicherungsvertrag die Bestimmungen des VVG oder des IPRG zur Anwendung kamen, nach der Belegenheit des versicherten Risikos. Im Zuge der Revision des VVG wurden die Art. 101a ff. aVVG nunmehr ersatzlos gestrichen, da kein entsprechender Staatsvertrag abgeschlossen wurde.³⁴

³¹ Art. 87 Abs. 1 und 2, Art. 88 Abs. 1, Art. 88a, Art. 88b Abs. 1 und 2, Art. 96 Abs. 1 lit. c und d des bundesrätlichen Entwurfs (Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht [IPRG] vom 13. März 2020 [zit. E-IPRG]), BBl 2020, 3353.

³² Vgl. zum Ganzen, Website des Schweizerischen Parlaments, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200034>>.

³³ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908 (SR 221.229.1) i.d.F. vom 1. Januar 2011.

³⁴ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089, 5135 f.; zum Ganzen, BSK VVG-Trüben, 2. Aufl. 2023, Internationales Versicherungsrecht, Rz. 1 ff.

f) *Internationales Deliktsrecht*

Per 1. Januar 2022 sind die Kernenergiehaftpflichtgesetzgebung von 2008 sowie die revidierten Übereinkommen von Paris (PÜ)³⁵ und Brüssel in Kraft getreten.³⁶ Der revidierte Art. 130 Abs. 1 IPRG verweist für die internationale Zuständigkeit nunmehr direkt auf das Übereinkommen vom 29. Juli 1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie in der Fassung des Zusatzprotokolls vom 28. Januar 1964, des Protokolls vom 16. November 1982 und des Protokolls vom 12. Februar 2004. Gemäss Art. 130 Abs. 3 IPRG gilt diese Zuständigkeitsordnung sinngemäss auch für Klagen aus nuklearen Ereignissen, auf die das Übereinkommen nicht anwendbar ist.

Neu findet sich im IPRG auch eine Bestimmung über das auf Ansprüche aus nuklearen Ereignissen anwendbare Recht. Diese unterstehen nach Art. 138a Abs. 1 IPRG grundsätzlich schweizerischem Recht. Ist die Kernanlage des haftpflichtigen Inhabers in einem Vertragsstaat des PÜ gelegen, so bestimmen sich die in Art. 138a Abs. 2 lit. a und b IPRG genannten Aspekte nach dem Recht dieses Vertragsstaates. Ausländische Entscheide betreffend nukleare Ereignisse werden nach dem entsprechend ergänzten Art. 149 Abs. 2 lit. f IPRG u.a. anerkannt, wenn sie am Ort ergangen sind, an dem sich die Kernanlage des haftpflichtigen Inhabers befindet, und wenn der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte.

Die frühere Zuständigkeitsregelung des Art. 130 Abs. 3 IPRG betreffend Klagen zur Durchsetzung des Auskunftsrechts gegen den Inhaber einer Datensammlung ist seit dem 1. Januar 2022 in Art. 130a IPRG geregelt. Im Rahmen der zweiten Etappe der Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG)³⁷ soll der Anwendungsbereich der Bestimmung um Klagen zur Durchsetzung des Einsichtsrechts im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten

³⁵ Zusatzübereinkommen vom 31. Januar 1963 zum Pariser Übereinkommen vom 29. Juli 1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie in der Fassung des Zusatzprotokolls vom 28. Januar 1964, des Protokolls vom 16. November 1982 und des Protokolls vom 12. Februar 2004, BBl 2007 5491.

³⁶ Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung von Übereinkommen zur Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie vom 13. Juni 2008, BBl 2008 5339.

³⁷ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1).

erweitert werden.³⁸ Zudem knüpft das IPRG nicht mehr an den Begriff der Datensammlung an, da dieser im neuen Datenschutzrecht keine Verwendung mehr findet. Die Revision tritt am 1. September 2023 in Kraft.³⁹

3. Beitritt zum Haager Gerichtsstandsübereinkommen

Am 30. März 2022 hat der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren im Hinblick auf einen Beitritt der Schweiz zum Haager Gerichtsstandsübereinkommen von 2005 (HGÜ) eröffnet.⁴⁰ Das HGÜ regelt die internationale Zuständigkeit von Gerichten in Zivil- und Handelssachen sowie die grenzüberschreitende Anerkennung von Urteilen. Vom sachlichen Anwendungsbereich des HGÜ sind u.a. der Personenstand, die Unterhaltspflichten, das Familien- und Erbrecht, Insolvenzverfahren, Beförderungsverträge, Fragen der Meeresverschmutzung, das Kartellrecht, ausservertragliche Ansprüche aus Delikt, dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen sowie bestimmte gesellschaftsrechtliche und immaterialgüterrechtliche Fragen. Art. 2 Abs. 4 HGÜ bestimmt, dass das Übereinkommen auch nicht auf die Schiedsgerichtsbarkeit anzuwenden ist.

Der Bundesrat befürwortet den Beitritt der Schweiz zu diesem Übereinkommen, da es grenzüberschreitende Rechtstreitigkeiten berechenbarer mache und damit für den Wirtschaftsstandort Schweiz von Interesse sei. Darüber hinaus stärke das Übereinkommen den Gerichtsstandort Schweiz.⁴¹

In der Europäischen Union gilt das Übereinkommen bereits seit dem 1. Oktober 2015, so dass ein Beitritt der Schweiz zu dieser Konvention eine weitere Vereinfachung im Verhältnis zur EU bedeuten würde. Ausser in der EU gilt das HGÜ derzeit in Mexiko, Singapur, Montenegro und im Vereinigten Königreich. Besonders im Verhältnis zum Vereinigten Königreich könnte das HGÜ die durch den Brexit entstandene Lücke wenigstens teilweise füllen. Aber

³⁸ Referendumsvorlage zur zweiten Etappe (Totalrevision des DSG) vom 25. September 2020, BBl 2020 7639.

³⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 31. August 2022, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-90134.html>>.

⁴⁰ Erläuternder Bericht vom 13. März 2022, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/70846.pdf>>; zum Ganzen Reuter Stefan, Wegen Gerhard, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30. Juni 2005 – Entstehung, Charakteristika, Erfolgchancen, ZVglRWiss 2017 382; Kuster Matthias, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen, Jusletter vom 24. Oktober 2022.

⁴¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 13. März 2022, abrufbar unter: <[>.](https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87784.html#:~:text=März 2022 hat der Bundesrat,Wirtschaftsstandort Schweiz von grossem Interesse>)

auch aus der weiteren Perspektive der derzeitigen Herausforderungen für den Welthandel wäre ein Beitritt der Schweiz zum HGÜ zu begrüßen, da ein über den europäischen Rechtsraum hinausreichender staatsvertraglicher Rahmen im Bereich des allgemeinen internationalen Zivilprozessrechts bislang fehlt.

Aussenwirtschaftsrecht

Janick Elsener/Andreas R. Ziegler

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022 (JANICK ELSENER)	267
1.	Allgemeine Übersicht und Entwicklungen	267
2.	Multilaterale Zusammenarbeit	267
a)	WTO	267
aa)	Fischereisubventionen	268
bb)	Patentschutz bei Covid-Vakzinen	268
cc)	Reform der WTO	269
dd)	Ernährungssicherheit und Landwirtschaft	269
ee)	E-Commerce	269
ff)	Solidarität mit der Ukraine	270
gg)	WTO-Streitbeilegungsmechanismus	270
3.	Bilaterale Zusammenarbeit	270
a)	Laufende Verhandlungen und sonstige Entwicklungen	270
b)	Kroatien	271
c)	Neuseeland	271
d)	Indien	272
e)	Kanada	272
f)	Ukraine	272
4.	Wirtschaftssanktionen	273
a)	Allgemeine Bemerkungen und Verfahren	273
b)	Sanktionen gegen Einzelpersonen	274
c)	Handelseinschränkungen	274
d)	Sanktionen im Verkehrssektor	275
e)	Sanktion gegen russische Banken	275
f)	Einstellung der Sendetätigkeit von russischen Medien	276
g)	Auswirkungen der Sanktionen.	276
aa)	Für Russland	276
bb)	Für die EU	276
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2022 (ANDREAS R. ZIEGLER)	278
1.	Allgemeine Übersicht und Entwicklungen	278
2.	Multilaterale Zusammenarbeit	278
a)	WTO	278
aa)	Fischereisubventionen	278
bb)	Patentschutz bei Covid-Vakzinen	279
cc)	Reform der WTO	279
dd)	E-Commerce	279

ee)	WTO-Streitbeilegungsmechanismus	279
ff)	Plurilaterale Verhandlungen	280
b)	OECD und Energiecharta-Vertrag	280
aa)	OECD (Unternehmenssteuern)	280
bb)	Energiecharta-Vertrag	281
3.	Bilaterale Zusammenarbeit	281
a)	Laufende Verhandlungen und sonstige Entwicklungen	281
b)	EU	281
c)	Bilaterale Handelsabkommen	283
aa)	FHAs	283
bb)	Beziehungen zum Vereinigten Königreich nach dem Brexit	283
d)	Investitionsschutzabkommen (ISA)	283
4.	Einzelstaatliche Massnahmen	284
a)	Aufhebung der Industriezölle	284
b)	Investitionskontrollen	284
5.	Wirtschaftssanktionen	285
a)	Ukrainekrieg	285
b)	Andere Massnahmen	285

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2022

1. Allgemeine Übersicht und Entwicklungen

Nachdem die letzten Jahre von der Pandemie und ihren Folgen für die gesamte Welt das dominierende Thema war, bahnte sich Anfang des Jahres 2022 die nächste Krise an. Am 24. Februar kam es zur russischen Invasion in der Ukraine und damit zum Krieg in Europa. Dies hat weitreichende Auswirkungen in alle Bereiche des Lebens. Gerade mit Blick auf die EU kam es unter anderem dadurch zu einigen interessanten Entwicklungen, so auch im Bereich des Aussenwirtschaftsrechts. Diese werden im folgenden Kapitel beleuchtet. Dabei stellen die Rechtsentwicklungen in der EU den ersten Teil des Kapitels dar, während es im zweiten Teil um die Schweiz geht. Inhaltlich wird zunächst auf die multilateralen Entwicklungen eingegangen, danach werden ausgewählte Bereiche der bilateralen Zusammenarbeit vertieft. Zum Schluss kommt in diesem Jahr ein Abschnitt zu den Wirtschaftssanktionen dazu.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

Die WTO steckt schon seit Jahren in einer Krise.¹ Ein pandemiebedingter Ausfall und mehrere Verschiebungen der Ministerkonferenz halfen dabei keineswegs.² Die Ministerkonferenz ist das oberste Entscheidungsgremium der WTO. In den letzten Jahren kam es aber kaum mehr zu Beschlüssen, welche die Weltwirtschaft tatsächlich positiv zu beeinflussen vermochten. Es gibt viele Themen, die schon über Jahre verhandelt wurden, ohne dass es zu einem Durchbruch gekommen wäre. So begannen die Verhandlungen zu Fischereisubventionen im Rahmen der Doha Runde im Jahre 2001. Die 12. Ministerkonferenz fand im Berichtsjahr nach vier Jahren wieder statt. Vom 12. bis zum 17. Juni trafen sich Delegierte aus den 164 Mitgliedstaaten in Genf.

Auf dem Programm standen Verhandlungen zur Aufhebung des Patentschutzes für Covid-Vakzine, Subventionen im Bereich der Fischerei und die Reaktion der WTO auf die Versorgungsengpässe, welche durch den russischen Angriffskrieg ausgelöst wurden.

¹ Vgl. Hosp Gerald, WTO-Ministerkonferenz: Was in Genf für den Welthandel auf dem Spiel steht, NZZ vom 12. Juni 2022, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/wto-ministerkonferenz-was-in-genf-fuer-den-welthandel-auf-dem-spiel-steht-ld.1688477>>.

² Vgl. zum ganzen Elsener Janick, Ziegler R. Andreas, Aussenwirtschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2021/2022, Zürich 2022, 312 ff.

Das Fazit der 12. Ministerkonferenz fiel dabei überraschend positiv aus, es wurden gleich mehrere Beschlüsse gefasst.³ Einige Punkte wurden auf die 13. Ministerkonferenz, welche im Zeitraum von Dezember 2023 bis März 2023 abgehalten werden soll, aufgeschoben. Die Beschlüsse werden in der Folge überblicksartig dargelegt.

aa) Fischereisubventionen

Nach 21 Jahren einigten sich die Minister auf den Abschluss eines Abkommens zur Begrenzung von schädlichen Fischereisubventionen.⁴ Dieses stellt das erste Abkommen dar, welches ökologische Gesichtspunkte in den Mittelpunkt stellt. Es wurden zwar nicht alle Punkte geklärt, trotzdem ist dieses Abkommen als ein starkes Lebenszeichen zu werten. Das Abkommen gilt für vier Jahre, ehe es zu erneuten Verhandlungen kommen muss.

bb) Patentschutz bei Covid-Vakzinen

Beim Patentschutz kam es zu einem Kompromiss zwischen den Mitgliedsstaaten, so ist es in den nächsten fünf Jahren möglich, dass Regierungen von Unternehmen dazu zwingen können, Patente offenzulegen.⁵ Dies stellt in Anbetracht dessen, dass es bereits vor dem Abkommen die Möglichkeit von Zwangslizenzen in der WTO gab, keine allzu grosse Neuerung dar. Bis Dezember wird entschieden, ob diese Teilaufhebung des TRIPS auch auf Medikamente und Diagnostik von COVID-19 ausgeweitet werden soll. Für viele Nichtregierungsorganisationen geht das Abkommen nicht weit genug. Das Abkommen weist kaum noch Gemeinsamkeiten mit dem ursprünglichen Vorschlag von Indien und Südafrika auf. Dieser wurde 2020 vorgelegt und hätte weitaus schneller umgesetzt werden müssen, um die gewünschte Wirkung zu erzielen.⁶

³ WTO, Pressemitteilung vom 17. Juni 2022, abrufbar unter: <https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/mc12_17jun22_e.htm>.

⁴ WTO, Beschluss der Ministerkonferenz vom 22. Juni 2022, WT/MIN(22)/33, abrufbar unter: <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/33.pdf&Open=True>>.

⁵ WTO, Beschluss der Ministerkonferenz vom 22. Juni 2022, WT/MIN(22)/30, abrufbar unter: <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/30.pdf&Open=True>>.

⁶ Vgl. dazu Artikel von Corporate Europe Observatory, Trips 'Waiver failure': EU betrayal of global south on vaccine access obscured by lack of transparency, vom 8. Juli 2022, abrufbar unter: <<https://corporateeurope.org/en/2022/07/trips-waiver-failure-eu-betrayal-global-south-vaccine-access-obscured-lack-transparency>>.

Die EU begrüsst das Übereinkommen und kommentierte folgendes dazu: „[...]ein funktionierender Rahmen für das geistige Eigentum aufrechterhalten [wird], der Anreize für Investitionen, Forschung und Technologietransfer bietet. Dieses Umfeld ist für die Entwicklung neuer Impfstoffe und Arzneimittel unerlässlich und dürfte zur Stärkung der Produktionskapazitäten der afrikanischen Länder beitragen“.⁷

cc) *Reform der WTO*

Für die EU und die Mitgliedstaaten ist klar, dass die WTO Reformbedarf hat, dabei sollen alle Aspekte der Tätigkeiten geprüft und allenfalls verbessert werden. Man hat sich im Rahmen der 12. Ministerkonferenz auf spezifische Schritte geeignet. Von herausragender Bedeutung ist dabei die Verpflichtung den Streitbeilegungsmechanismus bis 2024 wieder vollfunktionsfähig zu machen. Die EU ist sich ihrer Rolle bewusst und fördert die Gespräche in Genf aktiv.⁸

dd) *Ernährungssicherheit und Landwirtschaft*

Während es im Bereich der Ernährungssicherheit Fortschritte zu verzeichnen sind, blieb eine Einigung bei den Landwirtschaftsfragen erneut aus.

Eine gemeinsame Erklärung, welche ungerechtfertigte Exportbeschränkungen vermeiden soll und bei dennoch verhängten Beschränkungen zur Transparenz mahnt, kann zusammen mit einem positiven Beschluss als Beispiel für eine gewisse Reaktionsfähigkeit der WTO herangezogen werden.⁹ Dies ist in Zeiten von globalen Ernährungsunsicherheiten zu begrüßen.

ee) *E-Commerce*

Das Moratorium für Zölle auf den E-Commerce wurde verlängert, dadurch werden bis zur nächsten Ministertagung weiterhin keine Zölle auf elektronische Übertragungen verhängt.¹⁰

⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17. Juni 2022, IP/22/3792.

⁸ IP/22/3792.

⁹ WTO, Beschluss der Ministerkonferenz vom 22. Juni 2022, WT/MIN(22)/29, abrufbar unter: <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/29.pdf&Open=True>>.

¹⁰ WTO, Beschluss der Ministerkonferenz vom 22. Juni 2022, WT/MIN(22)/32, abrufbar unter: <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/32.pdf&Open=True>>.

ff) Solidarität mit der Ukraine

Vor der Konferenz hatten mehr als 50 Mitgliedsstaaten ihre Solidarität mit der Ukraine in einer gemeinsamen Erklärung bekundet.¹¹ Die EU kündigte an, dass sie der Ukraine einen zoll- und kontingentfreien Zugang zum EU-Markt für alle Ausfuhren aus der Ukraine gewähren werde. Zusammen mit den „Solidaritätskorridoren“¹² versucht die EU so die wirtschaftlichen Folgen des Krieges abzufedern.

gg) WTO-Streitbeilegungsmechanismus

Im Bereich der Streitbeilegung ist es im Berichtsjahr für die EU zu keinen nennenswerten Entwicklungen gekommen.¹³

3. Bilaterale Zusammenarbeit

a) Laufende Verhandlungen und sonstige Entwicklungen

Auf der bilateralen Ebene wurden die letzten Jahre vom Brexit und der Pandemie überschattet. Im Jahr 2022 ist im Vergleich dazu ein normales Jahr, in dem es vereinzelt zu Fortschritten gekommen ist. Erwähnenswert ist, dass ein Bericht aus dem Oktober 2022 zeigt, dass der Wert von EU-Ausfuhren im Rahmen von Freihandelsabkommen eine Billion EUR überschritten hat.¹⁴ Dies zeigt einerseits die Wichtigkeit von Freihandelsabkommen auf, andererseits stellt dies auch ein Beweis für die Erfolge der EU in diesem Bereich dar. Als weitere Entwicklung ist der Beitritt Kroatiens zur Eurozone und dem Schengenraum. In der Folge werden die Entwicklungen aus dem Berichtsjahr beleuchtet.

¹¹ Europäische Kommission, Presseartikel vom 12. Juni 2022, abrufbar unter: <https://policy.trade.ec.europa.eu/news/ukraine-solidarity-meeting-joint-statement-2022-06-12_de>.

¹² Vgl. auch Europäische-Kommission, Factsheet vom 12. November 2022, FS_22_6862, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/FS_22_6862>.

¹³ Vgl. Website der WTO zum Streitbeilegungsmechanismus, abrufbar unter: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm>.

¹⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 11. Oktober 2022, IP/22/6069.

b) *Kroatien*

Kroatien ist mit dem 1. Januar 2023 das erste Land seit 11 Jahren, welches dem Schengenraum beitrifft. Damit ist es nun unter anderem für Kroatinnen und Kroaten möglich sich ohne Grenzkontrollen durch den Schengenraum zu bewegen. Dazu kommt eine weitergehende Öffnung des Zuganges zum Binnenmarkt und neue Regelungen bezüglich des Visums.¹⁵

Auch zählt Kroatien neuerdings zu den 20 Ländern der Eurozone. Die Adaption des Euros wurde im Juli 2022 von den Finanzministern der EU beschlossen und wird nun schrittweise vollzogen.¹⁶

c) *Neuseeland*

Am 30. Juni wurden die Verhandlungen mit Neuseeland über einen ersten Entwurf für ein Freihandelsabkommen abgeschlossen. Zukünftig soll der Handel zwischen den Parteien um 30% ansteigen und die Zölle jährlich um ca. 140 Millionen Euro sinken. In den Worten von Ursula von der Leyen beinhaltet das Abkommen „*beispiellose soziale und klimapolitische Verpflichtungen*“.¹⁷

Bevor das Abkommen in Kraft tritt, hat es noch einige Schritte zu durchlaufen. Als erstes wird der Entwurf einer Rechtsförmlichkeitsprüfung unterzogen und in alle Amtssprachen übersetzt. Danach wird es von der Kommission dem Rat zur Unterschrift vorgelegt. Erst dann kann das Übereinkommen von der EU und Neuseeland definitiv unterzeichnet werden. Danach muss auch das Europäische Parlament zustimmen und Neuseeland das Abkommen ratifizieren, ehe es in Kraft treten kann. Dieser Prozess dürfte sich über Jahre hinziehen.

Gleichzeitig trat das am 5. Oktober 2016 unterzeichnete Partnerschaftsabkommen zwischen der EU und Neuseeland am 21. Juli 2022 in Kraft.¹⁸ Dieses soll zu stärkerer Zusammenarbeit der beiden Länder in zahlreichen Bereichen führen.

¹⁵ Für weitere Informationen vgl. Website zum Schengenraum des Europäischen Rates, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/schengen-area/>>.

¹⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 30. Dezember 2022, IP/22/7907.

¹⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 30. Juni 2022, IP/22/4158.

¹⁸ Europäischer Rat, Pressemitteilung vom 20. Juni 2022, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/06/20/eu-new-zealand-council-clears-the-path-for-the-conclusion-of-a-partnership-agreement/>>.

d) *Indien*

Am 17. Juni hat die EU die Verhandlungen mit Indien wieder aufgenommen.¹⁹ Gleichzeitig wird an einem Investitionsschutzabkommen und an einem Abkommen über geografische Angaben gearbeitet. Im letzten Halbjahr ist es bereits zu drei Verhandlungsrunden gekommen und es zeichnen sich bereits mehrere Fortschritte ab. Ein Abkommen zwischen den zwei Handels гиганта hätte weitreichende Effekte. Die EU ist bereits jetzt der drittgrößte Handelspartner von Indien während Indien immerhin auch rund 2.1% des Warenhandels der EU ausmacht. Solche Verhandlungen ziehen sich meist über Jahre hin, trotzdem ist es, in Anbetracht der momentanen Weltlage, für beide Parteien von Bedeutung rasche Fortschritte zu verzeichnen. Die Intensivierung der Beziehungen ist als Reaktion auf die geopolitische Lage zu werten.

e) *Kanada*

Das CETA-Abkommen ist bereits seit fünf Jahren provisorisch in Kraft.²⁰ Nach wie vor haben es nur 16 der 27 Mitgliedsstaaten ratifiziert. Trotzdem sind bereits einige Erfolge zu verbuchen, so ist beispielsweise der bilaterale Handel um über 30% gestiegen und gerade im Energiesektor werden sich die Handelsbeziehungen in den nächsten Jahren mit Sicherheit vertiefen.

f) *Ukraine*

Die Ukraine hatte am 28 Februar ein Beitritts gesuch gestellt. Am 23. Juni wurde der Ukraine offiziell der Status eines EU-Bewerbungslandes verliehen. Damit einhergehend erhielt auch Moldau diesen Status. Damit ein Staat in die Gemeinschaft aufgenommen werden kann müssen einige Kriterien erfüllt sein. Dabei handelt es sich um die sogenannten Kopenhagen-Kriterien. Beim Beitritt handelt es sich um einen Prozess, der sich über Jahre hinziehen kann und es ist schwierig abzuschätzen, ob und vor Allem wann die Ukraine tatsächlich in die EU aufgenommen wird.²¹

¹⁹ Vgl. Website zum Handel mit Indien der Europäischen Kommission, abrufbar unter: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/india/eu-india-agreement_en.

²⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 21. September 2022, IP/22/5654.

²¹ Für weitere Informationen vgl. Website zu den Beziehungen EU-Ukraine des Europäischen Rates, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/eastern-partnership/ukraine/>.

4. Wirtschaftssanktionen

a) *Allgemeine Bemerkungen und Verfahren*

Bereits in den vorhergehenden Kapiteln war die Solidarität der EU mit der Ukraine ein Thema. Eines der schärfsten Mittel der EU stellen dabei die Wirtschaftssanktionen dar. Sie sind ein Instrument der Gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik (GASP). Somit fällt es in den Kompetenzbereich des Rates. Das Verfahren beginnt mit einem ersten Vorschlag des Hohen Vertreters der Union für Aussen- und Sicherheitspolitik, seit 2019 hat der Spanier Josep Borrell dieses Amt inne. Danach wird ein einstimmiger Beschluss des Rates gefasst. Ehe der Beschluss im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wird, muss auch das Europäische Parlament informiert werden. Danach tritt der Beschluss in Kraft. Nach diesem Verfahren wurde das erste Sanktionspaket bereits am 23. Februar verabschiedet. Inzwischen sind es neun Sanktionspakete, das letzte für das Jahr trat am 16. Dezember 2022 in Kraft.²² Der Geltungsbereich erstreckt sich inzwischen auf fast alle Sektoren der russischen Wirtschaft betreffen.²³ Zusätzlich dazu ist festzuhalten, dass es neben den Sanktionen für Russland auch Sanktionen in ähnlichem Ausmasse gegen Belarus gibt. Dies ist als Reaktion auf die Beteiligung von Belarus an der militärischen Invasion Russlands zu werten.²⁴

Eine detaillierte Analyse der einzelnen Sanktionen würde den Rahmen dieser Publikation sprengen, deshalb werden in der Folge die wichtigsten Aspekte behandelt.²⁵ Die Sanktionen treffen einerseits die russische Wirtschaft ande-

²² Vgl. Website des Europäischen Rat zur Zeitleiste, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/history-restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/>>.

²³ Für weiter Informationen vgl. Website des Europäischen Rates, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/>>.

²⁴ Vgl. Website des Europäischen Rates zu Sanktionen gegen Belarus, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-belarus/>>.

²⁵ Für einen Überblick vgl. Website des Europäischen Rat, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/>>.

rerseits gibt es auch Listen, auf welchen Privatpersonen und auch Unternehmen zu finden sind. Insgesamt sind mehr als 1386 Einzelpersonen und über 171 Organisationen betroffen.²⁶

b) Sanktionen gegen Einzelpersonen

Bereits mit der Annexion der Krim im Jahr 2014 wurden gegen viele Russen Sanktionen verhängt. Darunter fallen neben dem Präsidenten und dessen nächsten auch die Mitglieder der russischen Staatsduma oder prominente Geschäftsleute. Ist man von der EU sanktioniert, ist es nicht weiter möglich Zugriff auf seine Konten bei Banken der EU zuzugreifen und auch die Reisefreiheit ist stark eingeschränkt. So herrscht ein striktes Einreise-/Durchreisverbot in die EU, welches sich auf alle Verkehrssektoren erstreckt.

c) Handelseinschränkungen

Ein Grossteil des Handels zwischen der EU und Russland ist zum Erliegen gekommen. So wird eine Vielzahl von Gütern nicht mehr an Russland exportiert. Auf der Liste sind unterandere folgende Güter zu finden:

- Spitzentechnologie
- Dual-Use Güter, damit gemeint sind Güter, welche sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendet werden können.
- Teile für Fahrzeuge, Schiffe und Flugzeuge
- Luxusgüter

Auf der anderen Seite gibt es auch Embargos der EU gegenüber russischen Gütern. Darunter befinden sich etwa:

- Rohöl und raffinierte Erdölzeugnisse, wobei es in diesem Bereich mehrere Ausstiegsfristen gibt;
- Kohle;
- Stahl;
- Gold;

²⁶ Verordnung (EU) Nr. 269/2014 des Rates vom 17. März 2014 über restriktive Massnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen, ABl. L 078 vom 17.3.2014, 6 ff. Diese wird laufend durch Ausführungsverordnungen aktualisiert, für einen aktuellen Überblick vgl. Website der EU, abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/?uri=CELEX:02014R0269-20221114>>.

Grundsätzlich darf seit dem 5. Dezember kein Rohöl mehr eingeführt werden und ab dem 5. Februar 2023 soll kein raffiniertes Öl mehr in die EU gelangen. Das Ölembargo hat neben einigen Fristen auch mehrere Ausnahmen enthalten, so darf weiterhin russisches Erdöl bezogen werden, welches durch Pipelines nach Europa kommt. Hinzukommend dürfen insbesondere Kroatien und Bulgarien weiterhin Öl auf dem Seeweg importieren. Bis Ende des Jahres sollten so immerhin 90% weniger Öl von der EU importiert werden. Zusätzlich dazu wurde Ende 2022 eine Ölpreisobergrenze festgelegt, demnach darf ein Barrel russischen Öls maximal 60\$ kosten. Dadurch sollen Preissteigerungen begrenzt werden und so auch die Einnahmen aus dem Erdöl-Handel für Russland geschmälert werden.

d) Sanktionen im Verkehrssektor

Ob zu Lande, zur Luft oder zu Wasser, auch der Verkehrssektor ist stark sanktioniert. So ist beispielsweise der gesamte Luftraum der EU seit Februar 2022 für russische Flugzeuge gesperrt. Die staatliche Fluggesellschaft Aeroflot hat den Flugbetrieb ins Ausland praktisch ganz ausgesetzt. Auch der Strassen- und Schiffsverkehr sind stark eingeschränkt. Beispielsweise wurden den russischen und belarussischen Kraftverkehrsunternehmen die Einreise in die EU untersagt, es ist den Ländern aber möglich Ausnahmeregelungen vorzusehen.

Grundsätzlich sind auch jegliche Häfen der EU für Russland abgeriegelt auch in diesem Bereich gibt es vor Allem für Lieferungen im Energiesektor einige Ausnahmen.

e) Sanktion gegen russische Banken

Ebenfalls kurz nach dem Kriegsbeginn wurden 10 russische Banken vom internationalen Zahlungssystem SWIFT ausgeschlossen. Dies hat zur Folge, dass es für russische Banken schwieriger wurde, internationale Zahlungen abzuwickeln. So ist es den Banken nicht länger möglich Fremdwährungen zu erhalten und auch der Transfer von Vermögenswerten ins Ausland ist verunmöglicht. Dies und die anderen Sanktionen hatte in einer ersten Phase auch sehr starke Auswirkungen auf den russischen Rubel, dieser fiel zwischenzeitlich auf den tiefsten Stand seit Jahren. Inzwischen hat sich der Rubel wieder stabilisiert.

Daneben ist auch die russische Nationalbank stark sanktioniert. Jegliche Transaktionen, welche im Zusammenhang mit der Verwaltung von Reserven und Vermögenswerten in Fremdwährung steht, wurden von Seiten der EU untersagt. So ist der EU, zusammen mit ihren internationalen Partnern, vor allem den USA, dem Vereinigten Königreich und Kanada gelungen, schät-

zungsweise die Hälfte der gesamten Reserven einzufrieren. Dies ist in Anbetracht der sehr hohen ausländischen Reserven (Stand Februar 2022 ca. 579 Euro) bemerkenswert.

f) Einstellung der Sendetätigkeit von russischen Medien

Um der systematischen Desinformation der russischen Föderation entgegenzuwirken, entschloss sich die EU gewissen russischen Medien die nötigen Lizenzen zu entziehen, davon betroffen waren neben Russia Today und Sputnik noch drei weitere Medienhäuser. Von dieser Sanktion sind alle Übertragung und Verbreitungsarten erfasst. Dies steht gemäss EU mit den Grundrechten im Einklang, weil bspw. weiterhin Recherchen und Interviews von diesen Anbietern in der EU durchgeführt werden dürfen.

g) Auswirkungen der Sanktionen

aa) Für Russland

Die tatsächliche Wirkung der Sanktionen für Russland zu eruieren ist kaum möglich, trotzdem zeigen die Prognosen diverser Quellen, dass die Sanktionen keineswegs wirkungslos sind. Gemäss der Weltbank geht das Bruttoinlandsprodukt Russlands für das Jahr 2022 um 4.5% zurück und auch der IWF rechnet mit einem Einbruch um 3.4%. Auch für das Jahr 2023 gehen unabhängige Quellen von einem weiteren Rückgang aus. Eine hohe Inflationsrate wurde ebenfalls vorhergesagt, wobei sich diese im europäischen Raum als nicht derart hoch herausgestellt hat. Die wirklichen Folgen des Krieges bzw. der Sanktionen können erst im Nachgang festgestellt werden.

bb) Für die EU

Auch die Wirtschaft der EU kämpft mit den Auswirkungen des Krieges bzw. der Sanktionen. Nach einer überraschend positiven ersten Jahreshälfte zeigen die Prognosen, dass das Wachstum im zweiten Halbjahr schrumpfen dürfte.²⁷ Für das Jahr 2023 gehen Schätzungen von einem Wachstum von gerade einmal 0.3% aus. Für die Bürger und Bürgerinnen weitaus dramatischer zeigten sich die aussergewöhnlich hohen Inflationsraten, welche in gewissen Teilen der EU

²⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 11. November 2022, IP/22/6782, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_6782>.

zwischenzeitlich bei über 10% lag.²⁸ Die Inflationstreiber sind dabei vor allem die gestiegenen Energie- und Essenspreise. Im November waren beispielsweise die Energiepreise im Vergleich zum Vorjahr um 35% höher, während die Preise für Essen im Dezember im Vorjahresvergleich ebenfalls um ca. 14% höher waren.²⁹

Prognosen rechnen mit einer allmählichen Entspannung in diesem Bereich, wobei auch für das Jahr 2023 eine Inflationsrate von durchschnittlich 7% für die EU ausgehen.³⁰

²⁸ Vgl. Artikel von Eurostat zu Inflation, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Inflation_in_the_euro_area#Euro_area_annual_inflation_rate_and_its_main_components>.

²⁹ Vgl. Artikel von Eurostat zu Inflation, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Inflation_in_the_euro_area#Main_components_of_inflation>.

³⁰ IP/22/6782.

II. Rechtsentwicklung in der Schweiz im Jahr 2022

1. Allgemeine Übersicht und Entwicklungen

Die für die EU erwähnten Rahmenbedingungen (Ende der Corona-Epidemie und Ausbruch des Ukrainekrieges) waren auch für die Schweiz die prägenden Umstände. Dabei führte der Ausbruch des Ukrainekrieges zu einer hitzigen Debatte um die Rolle der Neutralität für Waffenexporte der Schweiz und den Nachvollzug von Sanktionen, aber auch zur Rolle als Finanzplatzes in solchen Konstellationen. Daneben konnten bilateralen Beziehungen zur EU nicht wirklich verbessert werden, selbst wenn beide Seiten aufgrund der widrigen Umstände bemüht waren, ein gewisses Verständnis für die andere Seite zu zeigen.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

Wie ebenfalls bereits erwähnt, fand die 12. Ministerkonferenz im Berichtsjahr nach längerem pandemiebedingtem Unterbruch vom 12. bis zum 17. Juni in Genf statt. Die Organisation und die erreichten Resultate kamen der Schweiz durchaus positiv entgegen, ohne dass die grundsätzlichen Probleme vollauf vergessen würden.

aa) Fischereisubventionen

Das erreichte Verhandlungsergebnis wurde von der Schweiz begrüsst und sie war der erste Staat, der das Abkommen unterzeichnen konnte, was angesichts der eher indirekten Bedeutung nicht überbewertet werden sollte. Bundesrat Guy Parmelin hat die Ratifikationsurkunde der Generaldirektorin der WTO Ngozi Okonjo-Iweala am Rande des WEF in Davos am 20. Januar 2023 überreicht.³¹

³¹ Schweiz ratifiziert WTO-Übereinkommen über Fischereisubventionen, Pressemitteilung, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92596.html>.

bb) Patentschutz bei Covid-Vakzinen

Bei der Auseinandersetzung um den Patentschutz im Rahmen der Covid-Krise wurde die Schweiz allgemein als starke Verfechterin der Interessen der Pharmaindustrie wahrgenommen. Während der Bundesrat³² mit dem erzielten Text zufrieden war, kam Kritik aus der Zivilgesellschaft, die Schweiz (und andere Industriestaaten) hätte zu wenig Zugeständnisse gemacht.³³

cc) Reform der WTO

Wie in den Jahren zuvor betonte der Bundesrat weiterhin, wie wichtig es für die Schweiz wäre mit der WTO einen funktionierenden und umfassenden Rahmen für die eigenen Aussenwirtschaft zu haben, ohne dass hierbei wichtige Fortschritte erreicht wurden.³⁴

dd) E-Commerce

Auch die Schweiz setzte sich aktiv für die Weiterführung des Moratoriums für Zölle auf den E-Commerce ein.³⁵

ee) WTO-Streitbeilegungsmechanismus

Wie in den Vorjahren betonte die Schweiz erneut bei jeder sich bietenden Gelegenheit ihr Interesse an einem stabilen und funktionierenden Streitbeilegungsmechanismus in der WTO.

Zur Untermauerung ihrer Position reichte sie bereits 2018 eine Klage gegen von den USA verhängten Zusatzzölle auf Stahl und Aluminium ein, die recht offensichtlich WTO-Recht verletzten. Im Dezember 2022 veröffentlichte das eingesetzte Panel seinen Abschlussbericht und folgte wenig überraschen den rechtlichen Argumenten der Schweiz (aber auch Norwegens, Chinas und der Türkei). Es kam zum Schluss, dass die Massnahmen der USA sich nicht durch

³² Vgl. Kapitel 6.1.1. Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2022 einschliesslich Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarische Massnahmen im Jahr 2022 vom 11. Januar 2023 (im Folgenden AWB 2022).

³³ Vgl. etwa die Pressemitteilung von Amnesty International Schweiz vom 22. Juni 2022, abrufbar unter: <<https://www.amnesty.ch/de/themen/coronavirus/dok/2022/wto-beschluss-zu-patenten-voellig-unzureichend>>.

³⁴ Vgl. Kapitel 6.1.1 AWB 2022.

³⁵ Vgl. Kapitel 6.1.1 AWB 2022 und WTO, Beschluss der Ministerkonferenz vom 22. Juni 2022, WT/MIN(22)/32, abrufbar unter: <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/32.pdf&Open=True>>.

die sogenannte „Sicherheitsausnahme“ (Art. XXI GATT) rechtfertigen lassen.³⁶ Allerdings zeigten die USA wenig Bereitschaft, dieses Ergebnis für eine Stärkung des regelbasierten Systems zu nutzen und legten gegen diesen Entschied am 30. Januar 2023 Berufung ein, was aufgrund des von den USA verursachten Funktionsunfähigkeit der Berufungsinstanz zu keiner abschliessenden, rechtsverbindlichen Entscheidung in diesem Fall führt.³⁷

ff) Plurilaterale Verhandlungen

Die Schweiz beteiligte sich weiterhin an allen plurilateralen Verhandlungsprozessen in der WTO und zeigte sich insgesamt mit den erzielten Fortschritten zufrieden.³⁸

b) OECD und Energiecharta-Vertrag

aa) OECD (Unternehmenssteuern)

Die Schweiz unterstützte auch 2022 weiterhin die internationalen Bestrebungen für mehr Transparenz und gleich lange Spiesse (Level Playing Field) bei der Besteuerung multinationaler Konzerne. In der OECD beteiligte sie sich aktiv am BEPS-Projekt gegen Gewinnverkürzung und -verlagerung (Base Erosion and Profit Shifting, BEPS) und an den Folgearbeiten. In diesem Zusammenhang beschloss der Bundesrat im Januar 2022, die vereinbarte Mindeststeuer in der Schweiz mit einer Verfassungsänderung umzusetzen, um so zeitlich nicht allzu sehr in Verzug zu geraten. Basierend darauf soll eine temporäre Verordnung sicherstellen, dass die Mindeststeuer auf den 1. Januar 2024 in Kraft treten kann. Das angestrebte Bundesgesetz wird dann erst im Nachgang auf dem ordentlichen Weg erlassen werden. Das Parlament verabschiedete in der Wintersession 2022 die entsprechende Verfassungsänderung. Die obligatorische Volksabstimmung ist für Juni 2023 geplant.³⁹

³⁶ Abschlussbericht des Panels vom 9. Dez. 2022 (WT/DS556/R).

³⁷ United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products Notification of an Appeal by the United States Under Article 16 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) – WT/DS556/21.

³⁸ Vgl. Kapitel 6.1.2. AWB 2022.

³⁹ Botschaft des Bundesrates vom 22. Juni 2022 zum Bundesbeschluss über eine besondere Besteuerung grosser Unternehmensgruppe, BBl 2022 1700.

bb) Energiecharta-Vertrag

Der Energiecharta-Vertrag (englisch Energy Charter Treaty, ECT) ist ein multilateraler Vertrag zwischen rund 50 hauptsächlich zentralasiatischen und europäischen Ländern aus der Zeit nach dem Zerfall der Sowjetunion (17. Dezember 1994), der grenzübergreifende Investitionen im Energiesektor schützen und den Transit in diesem Bereich erleichtern soll. Nach 15 Verhandlungsrunden, die sich über zwei Jahre hingezogen hatten, wurden die Verhandlungen über die Modernisierung des Vertrags im Verlauf des Jahres 2022 zwar offiziell abgeschlossen, gleichzeitig erklärten immer mehr Staaten (insbesondere aus der EU) ihre Absicht, den Vertrag zu kündigen. Dies hat einerseits mit der veränderten geopolitischen Lage als auch dem Klimawandel und den Vorbehalten gegenüber fossilen Brennstoffen aber auch damit zusammenhängender Streitverfahren zu tun. Die Änderungen des ECT konnten entsprechend anlässlich der Vertragsparteien-Konferenz vom 22. November 2022 nicht verabschiedet werden, da noch nicht alle Parteien beschlussfähig waren. Bis Ende 2023 soll die Genehmigung des Verhandlungsergebnisses anlässlich einer Ad-hoc-Sitzung der ECT-Konferenz erneut behandelt werden, steht aber aufgrund der Einwände zahlreicher Staaten unter sehr ungewissen Vorzeichen.⁴⁰ Die Schweiz hat sich trotz allem bisher hinter die Weiterführung des Vertrages mit dem neu verhandelten Text gestellt.

3. Bilaterale Zusammenarbeit

a) Laufende Verhandlungen und sonstige Entwicklungen

Auch die bilateralen Verhandlungen der Schweiz wurden die letzten Jahre vom Brexit und der Pandemie bestimmt. Insgesamt konnten im Jahr 2022 keine grossen Fortschritte vermeldet werden, was insbesondere auch mit Bezug auf die EU gravierend ist.

b) EU

Am 9. Dezember 2022 veröffentlichte der Bundesrat seinen Entwurf eines Berichts „Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU“ worin der bilaterale Weg – wie erwartet – für die Schweiz weiterhin als die beste Lösung bewertet

⁴⁰ Vgl. Kapitel 6.5 AWB 2022

wird.⁴¹ Auf dieser Grundlage führte die Staatssekretärin des EDA im Berichtsjahr mehrere Sondierungsgespräche mit den Vertretern der EU. Am 23. November 2022 begrüßte der Bundesrat die Fortschritte, nahm von den bestehenden Differenzen Kenntnis und musste anerkennen, dass weiterhin intensivierte Sondierungen notwendig seien.

Die Schweiz und die EU unterzeichneten am 30. Juni 2022 ein Memorandum of Understanding (MoU), das die Aufteilung der insgesamt 1,302 Milliarden Schweizer Franken auf die Partnerländer sowie die thematischen Prioritäten und zentrale Umsetzungsprinzipien festhält.⁴² Es dient als Grundlage für den Abschluss bilateraler Umsetzungsabkommen, welche die rechtliche Basis der Zusammenarbeit mit den Partnerstaaten bilden. Im Jahr 2022 genehmigte der Bundesrat die meisten dieser Umsetzungsabkommen.⁴³

Mit der Bundesrepublik Deutschland wurde am 1. November 2022 in Berlin ein bilaterales Abkommen über Zusammenarbeit und Koordinierung der Wettbewerbsbehörden unterzeichnet, welches das bereits 2013 mit der EU abgeschlossene Kooperationsabkommen (SR 0.251.268.1) ergänzen soll, indem es die Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden beider Länder erleichtern und zu einem besseren Schutz des Wettbewerbs in der Schweiz und Deutschland beitragen soll.⁴⁴

⁴¹ Entwurf des Berichts des Bundesrates vom 9. Dezember 2022 über die Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU, in Erfüllung des Postulates 13.3151 Aeschi vom 20. März 2013, des Postulates 14.4080 Grüne Fraktion vom 8. Dez. 2014, des Postulates 17.4147 Naef vom 14. Dezember 2017, des Postulates 21.3618 Sozialdemokratische Fraktion vom 1. Juni 2021, des Postulates 21.3654 Cottier vom 8. Juni 2021, des Postulates 21.3667 Grüne Fraktion vom 9. Juni 2021, des Postulates 21.3678 Fischer vom 10. Juni 2021, der Motion 21.4184 Minder vom 30. Sept. 2021, des Postulates 21.4450 Zgraggen vom 15. Dezember 2021 und des Postulates 22.3172 Maitre vom 16. März 2022.

⁴² Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. Juni 2022, Schweiz und EU unterzeichnen Memorandum of Understanding zum zweiten Schweizer Beitrag.

⁴³ Kapitel 4.3 AWB 2022.

⁴⁴ Vgl. Kapitel 5.2.4 AWB 2022.

c) *Bilaterale Handelsabkommen*

aa) *FHAs*

Die Schweiz arbeitete im Berichtsjahr insbesondere im Rahmen der EFTA weiter an der Modernisierung und am Ausbau ihres FHA-Netzes. Die Schweiz verfügt Ende 2022 über 33 FHA mit 43 Partnern. Trotz Fortschritten bei vielen Verhandlungen konnte kein Abschluss erreicht werden.⁴⁵

bb) *Beziehungen zum Vereinigten Königreich nach dem Brexit*

Spezieller Natur sind die Verhandlungen mit dem Vereinigten Königreich, zur Besitzstandswahrung nach dem Brexit, die auch 2022 weitergeführt wurden. Die Schweiz und das Vereinigte Königreich unterzeichneten am 17. November 2022 ein Abkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Mutual Recognition Agreement; MRA) in fünf Sektoren, um Handelshemmnisse soweit als möglich zu vermeiden. Dieses wird ab dem 1. Januar 2023 vorläufig angewendet und soll spätestens am 28. Februar 2023 in Kraft treten. Das befristete Abkommen vom 14. Dezember 2020 über die Mobilität von Dienstleistungserbringern regelt den gegenseitigen erleichterten Zugang für Dienstleistungserbringer nach dem Wegfall des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich. Es wurde seit dem 1. Januar 2021 provisorisch angewendet. Am 18. März 2022 wurde das Abkommen vom Parlament genehmigt. Das Abkommen war ursprünglich auf zwei Jahre befristet. Die Schweiz und das Vereinigte Königreich beschlossen im Berichtsjahr eine Verlängerung des Abkommens um drei Jahre bis zum 31. Dezember 2025.⁴⁶

d) *Investitionsschutzabkommen (ISA)*

Mit Direktinvestitionen im Ausland im Wert von über 1,406 Milliarden Schweizerfranken gehört die Schweiz auch Anfang 2022 zu den zehn grössten Kapitalexporturen weltweit. Ausserdem zählt sie mit 1,064 Milliarden Schweizerfranken an ausländischen Direktinvestitionen aber auch weiterhin zu den

⁴⁵ Vgl. Kapitel 5.2.1 AWB 2022.

⁴⁶ Vgl. Kapitel 5.2.3 AWB 2022.

zehn grössten Kapitalimporteuren.⁴⁷ Als einziges Abkommen konnte ein neues Investitionsschutzabkommen mit Indonesien unterzeichnet und am 3. Juni 2022 in die Vernehmlassung gegeben werden.⁴⁸

4. Einzelstaatliche Massnahmen

a) *Aufhebung der Industriezölle*

Nachdem das Parlament die notwendige Änderung des Zolltarifgesetzes vom 9. Oktober 1986 am 1. Oktober 2021⁴⁹ verabschiedet hatte und die Referendumsfrist am 20. Januar 2022 unbenutzt abgelaufen ist, entschied der Bundesrat am 2. Februar 2022, die Aufhebung der Industriezölle für den 1. Januar 2024.⁵⁰

b) *Investitionskontrollen*

Das Parlament beauftragte den Bundesrat mit der Annahme der Motion 18.3021 Rieder „Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskontrollen“ vom 26. Febr. 2018, gesetzliche Grundlagen für eine Prüfung von ausländischen Direktinvestitionen zu schaffen. Der Bundesrat führte daher vom 18. Mai 2022 bis zum 9. September 2022 eine Vernehmlassung über ein solches „Investitionsprüfgesetz“ durch und plant die Botschaft im zweiten Halbjahr 2023 zu verabschieden. Das Gesetz passt gut zur allgemeinen Stimmung (auch in vielen Partnerländern), dass in gewissen strategischen Bereichen Kontrollen insbesondere aus sicherheits- und industriepolitischen Überlegungen angebracht sein könnten. Kleine Unternehmen sollen aber grundsätzlich ausgenommen werden (Bagatellschwelle). Dennoch bleibt der Bundesrat in der gegenwärtigen Zusammensetzung kritisch. Er hält das Kosten-Nutzen-Verhältnis für eher ungünstig und den bestehenden gesetzlichen Rahmen für ausreichend. Gleichzeitig sorgt er sich um den Ruf des Wirtschaftsstandortes Schweiz als gegenüber Investitionen offene Volkswirtschaft, die nicht zuletzt vielen internationalen Unternehmen als Plattform für Investition in Drittstaaten dient.⁵¹

⁴⁷ Bericht der Schweizerischen Nationalbank vom 16. Dezember 2022 über die Direktinvestitionen 2021.

⁴⁸ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates „Investitionsschutzabkommen mit Indonesien: Bundesrat eröffnet Vernehmlassung“ vom 3. Juni 2022.

⁴⁹ Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 2021 zur Änderung des Zolltarifgesetz, BBl 2021 2330.

⁵⁰ Vgl. Kap. 3.1.1 AWB 2022.

⁵¹ Vgl. Kap. 3.2 AWB 2022.

5. Wirtschaftssanktionen

a) *Ukrainekrieg*

Die Schweiz schloss sich nach anfänglichem Zaudern als Reaktion auf die militärische Aggression Russlands gegen die Ukraine den umfassenden Sanktionen der EU grösstenteils an.⁵² Entsprechend wurde die Schweiz von der Europäischen Kommission zur Teilnahme an mehreren Untergruppen im Rahmen der Taskforce „Freeze and Seize“ eingeladen und nimmt aktiv an diesem Austausch teil.⁵³

Nicht angeschlossen hat sich die Schweiz den Massnahmen betreffend die Verbreitung bestimmter russischer Sender und bestimmten Transportverboten. Der Bundesrat ist der Meinung, dass es wirksamer ist, unwahren und schädlichen Äusserungen mit Fakten zu begegnen, anstatt sie zu verbieten. Die Übernahme der Transportverbote betreffend Strassentransport und Zugang zu Häfen sei aufgrund der geografischen Situation der Schweiz nicht notwendig.

Den Sanktionen, welche die EU gegenüber Belarus als Reaktion aufgrund der Unterstützung des Landes für die russische Militäraggression in der Ukraine erlassen hatte, schloss sich die Schweiz ebenfalls an.⁵⁴

b) *Andere Massnahmen*

Zur Umsetzung der vom UNO-Sicherheitsrat beschlossenen Sanktionen hat der Bundesrat am 16. Dezember 2022 neue Zwangsmassnahmen im Zusammenhang mit der andauernden Krise und der anhaltenden und destabilisierenden Kriminalität durch bewaffnete Banden in Haiti erlassen.⁵⁵

Hingegen wurde eine vom Bundesrat 2019 lancierte Revision des Embargogesetzes am 30. September 2022 in der Schlussabstimmung vom Nationalrat abgelehnt, wobei v.a. die Frage ob die Schweiz eigenständig, d.h. ohne Abstel-

⁵² Verordnung vom 4. März 2022 über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine (SR 946.231.176.72).

⁵³ Vgl. Kapitel 10.2 AWB 2022.

⁵⁴ Verordnung vom 16. März 2022 über Massnahmen gegenüber Belarus (SR 946.231.116.9).

⁵⁵ Verordnung vom 16. Dezember 2022 über Massnahmen betreffend Haiti (SR 946.231.139.4).

len auf die Vereinten Nationen oder die wichtigsten Handelspartner, Sanktionen einführen kann zu kontroversen Diskussionen und schliesslich zur Ablehnung führte.⁵⁶

⁵⁶ Vgl. die Diskussion im Nationalrat am Vortag der Schlussabstimmung unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=58501>.

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 214 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2021/2022
ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Tobias Baumgartner, Benjamin Bergau, André S. Berne, Eliane Braun, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Vanessa Isler, Brigitta Kratz, David Mamane, Michael Mayer, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, Laura P. Zilio, 2022 – CHF 49.90.
- Band 215 **Europa in turbulenten Zeiten**
Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2020/21
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Jean Asselborn, Tatevik Baghdassarian, Michel Barnier, Paul Bulcke, Bundesrat Ignazio Cassis, Michail Chodorkowski, Prof. Kathleen Claussen, Dr. Henri Gétaz, Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Peter M. Huber, Prof. Michael Ignatieff, Prof. Dr. Günter Krings, Dr. Romeo Lacher, S.D. Erbprinz Alois von und zu Liechtenstein, Michel M. Liès, Petros Mavromichalis, Prof. Dr. Nils Melzer, Ambassador Jacques Pitteloud, Hon. Jed S. Rakoff, Dr. Norbert Riedel, Dr. Artem Rybchenko, 2022 – CHF 49.90.
- Band 216 **30 Jahre Europa Institut an der Universität Zürich**
Auswahl öffentlicher Vorträge aus den letzten 30 Jahren
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Hon. Samuel Alito, Lord Paddy Ashdown, Hon. Ruth Bader Ginsburg, The Rt Hon John Bercow MP, The Rt Hon Tony Blair, Zoran Djindjic, Dr. Andrzej Duda, Joachim Gauck, Dr. Peter Gauweiler, Dr. Hans-Dietrich Genscher, Valéry Giscard d'Estaing, Dr. Gregor Gysi, Jean-Claude Juncker, Dr. Helmut Kohl, Prof. Dr. Norbert Lammert, Enrico Letta, Michel M. Liès, Friedrich Merz, Adolf Muschg, Jean-Claude Trichet, Lord Christopher Patten of Barnes, Prof. Dr. Romano Prodi, Hon. Jed S. Rakoff, Anders Fogh Rasmussen, Mark Rutte, Hon. Antonin Scalia, Herman Van Rompuy, Fürst Hans-Adam II. von und zu Liechtenstein, Dr. Richard Freiherr von Weizsäcker, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, 2022 – CHF 49.90.
- Band 217 **Gefährdung durch psychisch auffällige Personen**
Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2021
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Biberstein, Reinhard Brunner, Ladina Cavelti, Elmar Habermeyer, Corinne Kauf, Werner Schmid, Catharina Schmidt, Daniel Treuthardt, Andreas Werner, Ruedi Winet, 2022 – CHF 39.90.
- Band 218 **Jugendliche und junge Erwachsene im urbanen Umfeld als Fokus der Kriminalprävention**
13. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2022
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Dirk Baier, Thomas Hestermann, Nicole Holderegger, Bernadette Schaffer, Martina Schneider, Simone Walser, Michael Wirz, Sven Zimmerlin, 2022 – CHF 39.90.

- Band 219 **Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts**
Tagung zu Konzernrecht – Tagungsband 2020
ALEXANDER VOGEL (Hrsg.), mit Beiträgen von Christoph B. Bühler, Thomas Geiser, Lukas Glanzmann, Karl Hofstetter, Alexander Vogel, 2022 – CHF 39.90.
- Band 220 **Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis**
23. Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2020
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Nicolas Birkäuser, Brice Bolinger, Hans-Jakob Diem, Dieter Gericke, Thomas Karg, Marcel Meinhardt, Frank Röhling, Franziska Stadtherr-Glättli, Marco Superina, Philippe A. Weber, 2022 – CHF 39.90.
- Band 221 **Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht**
12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2021
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Garland, Lukas Glanzmann, Daniel Holenstein, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Christian Krämer, Stefan Maeder, Nora Markwalder, David Zollinger, 2022 – CHF 39.90.
- Band 222 **Mergers & Acquisitions – Aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis**
24. Züricher Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2021
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Aegerter, Hans-Jakob Diem, Frank Gerhard, Lorenz Lehmann, Alex Nikitine, Patrick Schmidt, 2022 – CHF 39.90.
- Band 223 **A wonderful world: Neue Möglichkeiten, neues Recht, neue Herausforderungen**
8. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2022
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Valeria Ceccarelli, Dieter Gericke, Nathan Kaiser, Margrit Marti, Frédéric Rochat, Matthias Staehelin, Kevin Vangehr, Christian Wenger, 2022 – CHF 44.90.
- Band 224 **VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?**
HANSJÜRG APPENZELLER, MONICA MÄCHLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Daniel Bell, Petra Ginter, Olivier Hirsbrunner, Peter Ch. Hsu, Michel Kähr, Irene Klauer, Monica Mächler, Birgit Rutishauser Hernandez Ortega, Katja Roth Pellanda, Rolf H. Weber, 2023 – CHF 39.90.
- Band 225 **Aktuelle Fragen zum schweizerischen und internationalen Kapitalmarktrecht**
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Olivier Buff, Matthias Courvoisier, Sandro Fehlmann, Daniel Häusermann, Patrick Hünerwadel, Urs Kägi, Camilla Kehler-Weiss, Dominique Müller, Oliver Seiler, Philip Spoerlé, Matthias Tanner, Simon Vorburger, 2023 – CHF 44.90.
- Band 226 **European Integration Perspectives in Times of Global Crises**
13th Network Europe Conference, Athens, 19 – 22 June 2022
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER, CORINNE REBER (Hrsg.), mit Beiträgen von Michael Ambühl, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Christelle Genoud, Christos V. Gortsos, Iris Goldner Lang, Nora Meier, Peter Christian Müller-Graff, Eva Pils, Clara Portela, Peter R. Rodrigues, 2023 – CHF 39.90.

Weitere Publikationen und Monografien

Ein Plus für die Demokratie

Minimalstandard für die Mitsprache von Parlament und Volk
beim Rahmenabkommen oder bei weiteren Verträgen mit der EU
THOMAS PFISTERER, 2021 – CHF 44.90/34.90.

Internet Governance at the Point of No Return

ROLF H. WEBER, 2021 – CHF 39.00.

Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung

PHILIPP EGLI, MARTINA FILIPPO, THOMAS GÄCHTER, MICHAEL E. MEIER, 2021 – CHF 54.90/44.90.

Begegnungen

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter
KERSTIN NOELLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradolfer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tremp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

«Vielfalt in der Einheit» am Ende?

JÜRG MARCEL TIEFENTHAL, 2021 – CHF 54.90.

Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege

Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) – Justizgesetz (JG)

KILIAN MEYER, OLIVER HERRMANN, STEFAN BILGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Andreas Baeckert, Cristina Baumgartner-Spahn, Stefan Bilger, Susanne Bollinger, Nina Dajcar, Alfons Fratschöl, Natalie Greh, Nicole Heingärtner, Oliver Herrmann, Natascha Honegger, Basil Hotz, Beat Keller, Arnold Marti, Kilian Meyer, Beatrice Moll, Alexander Rihs, Christian Ritzmann, Patrick Spahn, Beat Sulzberger, Daniel Sutter, Nihat Tektas, Konrad Waldvogel, Dina Weil, 2021 – CHF 79.00/99.00.

Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringenhen, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Empfang der Sakramente der Busse, der Eucharistie oder der Krankensalbung durch katholische Gläubige in einer nichtkatholischen Kirche oder kirchlichen Gemeinschaft

Rechtsgeschichtliche Entwicklung der kanonischen Normen
ANDREA G. RÖLLIN, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Recht und Evidenz in der Pandemie

Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19-Bekämpfung
KASPAR GERBER, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union

Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte
MATTHIAS OESCH, DAVID CAMPI, 2022 – CHF 49.90/69.90.

Banken- und Kapitalmarktrecht

Stefan Sulzer

Versicherungsrecht

Hansjürg Appenzeller, Vanessa Isler

Kommunikation und Medien

Tobias Baumgartner, Ulrike I. Heinrich

Wettbewerbsrecht

David Bruch, David Mamane

Arbeitsrecht

Wesselina Uebe, Thomas Geiser

Öffentliches Auftragswesen

Peter Rechsteiner

Energie

Fatlum Ademi, Brigitta Kratz

Steuerrecht

**René Schreiber, Jana Fischer,
Jochen Meyer-Burow, Eva Jürgens**

Immaterialgüterrecht

Selim Tisli, Ulrike I. Heinrich

Verbraucherrecht

Alexander Brunner

Internationales Privatrecht

Dirk Trüten

Aussenwirtschaftsrecht

Janick Elsener, Andreas R. Ziegler