



University of
Zurich^{UZH}

Zurich Open Repository and
Archive

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2024

Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU - Überblick und Kommentar 2023/24

Ademi, Fatlum ; Appenzeller, Hansjürg ; Baumgartner, Tobias ; Bruch, David ; Brunner, Alexander ; Elsener, Janick ; Fischer, Jana ; Geiser, Thomas ; Heinrich, Ulrike I ; Isler, Vanessa ; Kratz, Brigitta ; Mamane, David ; Meyer-Burow, Jochen ; Rechsteiner, Peter ; Schreiber, René ; Sulzer, Stefan ; Trüten, Dirk ; Uebe, Wesselina ; Ziegler, Andreas R

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-668>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-259473>

Edited Scientific Work

Published Version



The following work is licensed under a Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0) License.

Originally published at:

Ademi, Fatlum; Appenzeller, Hansjürg; Baumgartner, Tobias; Bruch, David; Brunner, Alexander; Elsener, Janick; Fischer, Jana; Geiser, Thomas; Heinrich, Ulrike I; Isler, Vanessa; Kratz, Brigitta; Mamane, David; Meyer-Burow, Jochen; Rechsteiner, Peter; Schreiber, René; Sulzer, Stefan; Trüten, Dirk; Uebe, Wesselina; Ziegler, Andreas R Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU - Überblick und Kommentar 2023/24. Edited by: Kellerhals, Andreas; Baumgartner, Tobias (2024). Zürich: EIZ Publishing.

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-668>

Herausgeber:
Andreas Kellerhals
Tobias Baumgartner

JAHRBUCH WIRTSCHAFTS- RECHT SCHWEIZ – EU

ÜBERBLICK UND
KOMMENTAR
2023/24

Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU



Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU Copyright © by Andreas Kellerhals und Tobias Baumgartner is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2024 – 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:

978-3-03805-668-3 (Print – Softcover)

978-3-03805-669-0 (PDF)

978-3-03805-670-6 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-668>

Version: 1.01 – 20240320

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-2024/>.

Zitiervorschlag:

Nachname Vorname, Teilgebiet, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2023/24, Zürich, Seitenzahl

Vorwort

Der vorliegende 19. 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 2023. 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 2024

Andreas Kellerhals
Tobias Baumgartner

Inhaltsübersicht

Banken- und Kapitalmarktrecht

Rechtsentwicklung EU: STEFAN SULZER	3
Rechtsentwicklung Schweiz: STEFAN SULZER	18

Versicherungsrecht

Rechtsentwicklung EU: HANSJÜRG APPENZELLER/VANESSA ISLER	40
Rechtsentwicklung Schweiz: HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER	48

Kommunikation und Medien

Rechtsentwicklung EU: TOBIAS BAUMGARTNER	55
Rechtsentwicklung Schweiz: ULRIKE I. HEINRICH	66

Wettbewerbsrecht

Rechtsentwicklung EU: DAVID BRUCH	80
Rechtsentwicklung Schweiz: DAVID MAMANE	104

Arbeitsrecht

Rechtsentwicklung EU: WESSELINA UEBE	111
Rechtsentwicklung Schweiz: THOMAS GEISER	127

Öffentliches Auftragswesen

Rechtsentwicklung EU: PETER RECHSTEINER	142
Bedeutung für die Schweiz: PETER RECHSTEINER	155

Energie

Rechtsentwicklung EU: FATLUM ADEMI	158
Rechtsentwicklung Schweiz: BRIGITTA KRATZ	170

Steuerrecht

Rechtsentwicklung EU: RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ JOCHEN MEYER-BUROW	185
Rechtsentwicklung Schweiz: RENÉ SCHREIBER	206

Immaterialgüterrecht

Rechtsentwicklung EU: ULRIKE I. HEINRICH	216
Rechtsentwicklung Schweiz: ULRIKE I. HEINRICH	221

Verbraucherrecht

Rechtsentwicklung EU: ALEXANDER BRUNNER	228
Rechtsentwicklung Schweiz: ALEXANDER BRUNNER	235

Internationales Privatrecht

Rechtsentwicklung EU: DIRK TRÜTEN	244
Rechtsentwicklung Schweiz: DIRK TRÜTEN	252

Aussenwirtschaftsrecht

Rechtsentwicklung EU: JANICK ELSENER	258
Rechtsentwicklung Schweiz: ANDREAS R. ZIEGLER	267

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, BLaw, 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

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

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

„Die Europäische Union wird ihre strategische Souveränität stärken und ihre wirtschaftliche, industrielle und technologische Basis für den grünen und den digitalen Wandel rüsten“

Schlussfolgerung des Europäischen Rates, 9. Februar 2023

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (STEFAN SULZER)	3
1.	Bankenunion	3
a)	Bankenpaket	3
b)	Bericht über den einheitlichen Aufsichtsmechanismus	3
c)	Krisenmanagement im Bankensektor	4
d)	Eigenkapital	6
2.	Nachhaltiges Finanzwesen	6
a)	Plattform für nachhaltiges Finanzwesen	7
b)	Nachhaltigkeitsberichterstattung	7
c)	EU-Taxonomie und ESG-Rating	8
3.	Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II und MiFIR)	9
4.	Digitales Finanzwesen	10
a)	Modernisierung der Zahlungsdienstleistungen	10
b)	Zugang zu Finanzdaten	11
c)	Digitaler Euro	11
d)	Kryptoanlagen	12
e)	Digitale Betriebsstabilität	13
5.	Langfristige Investmentfonds	14
6.	Zentralverwahrer	15
7.	Benchmarks	16
8.	Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	17
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (STEFAN SULZER)	18
1.	Bund	18
a)	Finanzmarktinfrastruktur	18
b)	Anerkennung von Handelsplätzen	18
c)	Banken	19
aa)	Eigenmittel	19
bb)	Insolvenz und Einlagensicherung	20
cc)	Liquidität – Staatliche Liquiditätssicherung	20

d)	Nachhaltiges Finanzwesen	21
aa)	Prävention von Greenwashing	21
bb)	Klimaberichterstattung	22
cc)	Swiss Climate Score	23
e)	Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung	24
2.	Finanzmarktaufsicht (FINMA)	25
a)	Risikomonitor	25
b)	Nachhaltiges Finanzwesen	26
aa)	Management von klimabezogenen Finanzrisiken	26
bb)	Network for Greening the Financial System	27
c)	Finanzmarktinfrastruktur	28
d)	Banken	29
aa)	Eigenmittel	29
bb)	Recovery- und Resolution Pläne systemrelevanter Institute	29
cc)	Operationelle Risiken bei Banken	30
dd)	Wertberichtigungen für Ausfallrisiken	30
e)	Kryptobasierte Vermögenswerte – Staking-Dienstleistungen	31
f)	Derivatgeschäfte	32
g)	Datenschutz	32
h)	Geldwäscherei	33
aa)	Geldwäschereiverordnung-FINMA	33
bb)	Geldwäschereirisikoanalyse	33
3.	SIX Swiss Exchange	34
a)	Aktienrechtsrevision	34
b)	Corporate Governance	34
c)	Neukotierungen von ETF und ETP	35
d)	Management-Transaktionen	35
e)	Pro Forma-Finanzinformationen für die Handelszulassung	36
f)	Ad hoc-Publizität	37

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023

i. Bankenunion

a) *Bankenpaket*

Die EU hat den weitaus grössten Teil der Basel-III Standards von 2017 umgesetzt. Dies hat die Widerstandsfähigkeit des Bankensektors der EU gestärkt, die Finanzstabilität erhöht und die Grundlage für eine stabile Finanzierung der Wirtschaft geschaffen. Entsprechend hat das Bankensystem der EU die COVID-19-Krise und die Zeit nach der russischen Invasion in die Ukraine auf einer wesentlich widerstandsfähigeren Basis begegnen können, so dass Banken den wirtschaftlichen Schock eher mildern als verstärken konnten. Für die Umsetzung von Basel III in der EU blieben einige abschliessende Elemente bestehen, die von der Europäischen Kommission im Oktober 2021 vorgeschlagen wurden (sog. Bankenpaket).¹

Im Dezember 2023 haben die Vorbereitungsgremien des Europäischen Parlaments und des Rates das Bankenpaket gebilligt. Die beiden gesetzgebenden Organe haben hierbei bestätigt, dass die neuen Eigenkapitalverordnungsvorschriften am 1. Januar 2025 in Kraft treten werden. Die in der Eigenkapitalrichtlinie enthaltenen Bestimmungen müssen von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden, bevor sie mit der Anwendung beginnen.

b) *Bericht über den einheitlichen Aufsichtsmechanismus*

Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (*Single Supervisory Mechanism, SSM*) wurde im November 2014 als wichtiger erster Schritt zur Schaffung der Bankenunion eingerichtet. Ziel war es, höchste Standards bei der Aufsicht über Kreditinstitute in der EU sicherzustellen, die EU-Politik zur Aufsicht über Kreditinstitute auf logische und wirksame Weise umzusetzen und für eine kohärente Anwendung des einheitlichen Regelwerks zu sorgen. Der SSM wurde als integriertes System konzipiert und beruht auf der Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank (EZB) als supranationaler Behörde und den zuständigen nationalen Behörden der Mitgliedstaaten, die Teil des Euro-Währungsgebiets sind, sowie der Mitgliedstaaten, die eine Vereinbarung über eine enge Zusammenarbeit mit der EZB geschlossen haben.

¹ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22, Zürich, 13 f.

Am 18. April 2023 veröffentlichte die Europäische Kommission den Bericht über die zweite Überprüfung des einheitlichen Aufsichtsmechanismus.² Die Überprüfung bestätigt, dass sich der SSM zu einer ausgereiften, gut funktionierenden Organisation entwickelt hat. In den letzten Jahren wurden stärker harmonisierte, transparentere und besser vergleichbare Aufsichtspraktiken entwickelt, bspw. für die Festlegung der für Banken geltenden Anforderungen und Leitlinien der Säule 2 sowie für Beurteilungen der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit.

Die Überprüfung hat auch einige Bereiche aufgezeigt, die verstärkte Aufmerksamkeit erfordern. Erstens bestehen im Rahmen des SSM Herausforderungen dahin gehend, dass es an Fähigkeiten mangelt, die für die Aufsicht in hochspezialisierten Bereichen erforderlich sind. Dadurch ist es nur begrenzt möglich, der Arbeit in Bereichen wie Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT)- und Cyberrisiken und der Bewertung von internen Modellen grössere Priorität einzuräumen. Der Bericht zeigt ausserdem auch Schwierigkeiten auf, mit denen der SSM in Bereichen wie Eignungsbeurteilungen, Sanktionsbefugnisse und Geldwäschebekämpfung, in denen weitgehend nationales Recht gilt, konfrontiert ist. Ein stärker harmonisierter Rechtsrahmen käme der Aufsicht zugute, da dadurch Bedenken hinsichtlich ungleicher Wettbewerbsbedingungen innerhalb des SSM ausgeräumt werden könnten.

c) *Krisenmanagement im Bankensektor*

In ihrer Erklärung vom 16. Juni 2022 stellte die Euro-Gruppe fest,³ dass die Bankenunion nach wie vor nicht vollendet ist, und sprach sich dafür aus, bei den weiteren Arbeiten den unmittelbaren Schwerpunkt zunächst auf die Stärkung des Rahmens für Krisenmanagement und Einlagensicherung zu legen. Der Bankensektor der EU kann sich auf einen starken Rahmen für das Krisenmanagement stützen und ist in den vergangenen Jahren viel widerstandsfähiger geworden. Die Erfahrung hat indes gezeigt, dass mittelgrosse und kleinere Banken bei Ausfall häufig nicht abgewickelt werden, sondern andere Lösungen zur Anwendung kommen, bei denen anstelle der internen Ressourcen, private, branchenfinanzierte Sicherheitsnetze wie Einlagensicherungssysteme und Abwicklungsfonds mitunter Steuergelder herangezogen werden.

² Europäische Kommission, Bericht an das Europäische Parlament und den Rat über den durch die Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 geschaffenen einheitlichen Aufsichtsmechanismus, vom 18. April 2023, COM (2023) 212 final.

³ Erklärung der Euro-Gruppe ist abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/16/eurogroup-statement-on-the-future-of-the-banking-union-of-16-june-2022/>>.

Am 18. April 2023 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag zur Anpassung und Stärkung des bestehenden EU-Rahmens für das Krisenmanagement im Bankensektor und die Einlagensicherung angenommen.⁴

Der Vorschlag sieht die Änderung verschiedener Rechtsetzungserlasse⁵ vor und weist folgende Elemente auf: (i) Wahrung der Finanzstabilität und Schutz von Steuergeldern. Der Vorschlag vereinfacht den Einsatz von Einlagensicherungssystemen in Krisensituationen, um Einleger vor Verlusten zu schützen und eine Ansteckung anderer Banken sowie negative Auswirkungen auf die Gemeinschaft und die Wirtschaft zu vermeiden; (ii) abschirmen der Realwirtschaft vor den Auswirkungen eines Bankenausfalls. Die vorgeschlagenen Vorschriften werden es den Behörden ermöglichen, die zahlreichen Vorteile, die eine Abwicklung als eines der wichtigsten Instrumente des Krisenmanagements bietet, voll auszuschöpfen. Im Gegensatz zur Liquidation kann die Abwicklung für Kunden weniger disruptiv sein; (iii) die in der Richtlinie über Einlagensicherungssysteme festgelegte Deckungssumme von EUR 100,000 pro Einleger und Bank bleibt in der EU für alle Einleger, die unter das System fallen, bestehen. Der neue Rahmen weitet den Einlegerschutz auf öffentliche Einrichtungen wie Krankenhäuser, Schulen oder Gemeinden aus sowie auf Kundengelder, die etwa von Investmentgesellschaften, Zahlungsinstituten oder E-Geld-Instituten in bestimmte Arten von Kundenfonds eingezahlt werden.

⁴ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Überprüfung des Rahmens für das Krisenmanagement im Bankensektor und für die Einlagensicherung als Beitrag zur Vollendung der Bankenunion, vom 18. April 2023, COM (2023) 225 final.

⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU im Hinblick auf Frühinterventionsmassnahmen, Abwicklungsvoraussetzungen und die Finanzierung von Abwicklungsmassnahmen, vom 18. April 2023, COM (2023) 227 final; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 im Hinblick auf Frühinterventionsmassnahmen, Abwicklungsvoraussetzungen und die Finanzierung von Abwicklungsmassnahmen, vom 18. April 2023, COM (2023) 226 final; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/49/EU im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Einlagensicherung, die Verwendung der Mittel aus Einlagensicherungssystemen, die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Transparenz, vom 18. April 2023, COM (2023) 228 final; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU und der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 im Hinblick auf bestimmte Aspekte der Mindestanforderung an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, vom 18. April 2023, COM (2023) 229 final.

d) Eigenkapital

Am 28. April 2020 nahm die Europäische Kommission ein Bankenpaket an, das den Banken in der EU die Kreditvergabe an private Haushalte und Unternehmen erleichtern soll. Dieses Paket umfasst gezielte „Sofort“-Änderungen an den EU-Bankenvorschriften⁶, namentlich der Eigenkapitalverordnung (CRR und CRR II)⁷, um die Fähigkeit der Banken zur Kreditvergabe und zum Ausgleich coronabedingter Verluste zu maximieren. Es handelte sich um aussergewöhnliche temporäre Massnahmen, mit denen die unmittelbaren Folgen der COVID-19-Krise abgemildert werden sollten. 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 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS) beschlossenen neuen Umsetzungszeitplan wurde der Geltungsbeginn um ein Jahr auf den 1. Januar 2023 verschoben.

2. Nachhaltiges Finanzwesen

Der europäische Grüne Deal⁸ und der Übergang zu einer klimaneutralen und nachhaltigen Wirtschaft bis 2050 stellen erhebliche Herausforderungen dar, insb. im derzeitigen geopolitischen und wirtschaftlichen Kontext. Sie bieten jedoch auch Chancen für die EU. Investitionen in den grünen Wandel werden helfen, eine nachhaltige, gerechte und wohlhabende Gesellschaft aufzubauen.

⁶ 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.

⁷ 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; 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.

⁸ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Der europäische Grüne Deal vom 11. Dezember 2019, COM (2019) 640.

Investitionen in saubere und nachhaltige Energiequellen und Energieeffizienz werden die offene strategische Autonomie der EU stärken und die Abhängigkeit von Einfuhren fossiler Brennstoffe von ausserhalb der EU verringern und so dazu beitragen, die Energiepreise künftig zu dämpfen.

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-Verordnung 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 einer Vielzahl von 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 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. Die neue Zusammensetzung der Plattform wurde am 8. Februar 2023 bekannt gegeben.⁹

b) *Nachhaltigkeitsberichterstattung*

Am 21. April 2021 legte die Europäische Kommission ein umfassendes Massnahmenpaket vor, das dazu beitragen soll, in der EU mehr Geld in nachhaltige Tätigkeiten zu lenken und die Anleger in die Lage zu versetzen, ihre Investitionen auf nachhaltigere Technologien und Unternehmen umzustellen und so wesentlich zur Klimaneutralität Europas bis 2050 beitragen.¹⁰

Die geänderte Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung der Unternehmen (*Corporate Sustainability Reporting Directive, CSRD*)¹¹ ist am 6. Januar

⁹ Abrufbar unter: <https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-02/eu-platform-on-sustainable-finance-members_en.pdf>.

¹⁰ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22, Zürich, 8 f.

¹¹ 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.

2023 in Kraft getreten. Art. 4 dieser Richtlinie wird ab dem 1. Januar 2024 auf am oder nach dem 1. Januar 2024 beginnende Geschäftsjahre angewandt.

c) *EU-Taxonomie und ESG-Rating*

Am 13. Juni 2023 hat die Europäische Kommission ein neues Massnahmenpaket vorgelegt, um auf den Grundlagen des EU-Rahmens ein nachhaltiges Finanzwesen aufzubauen und zu stärken.

Das vorgeschlagene Paket sieht insb. folgende Massnahmen vor:

(a) *Delegierte Verordnungen zur EU-Taxonomie.*¹² Die EU-Taxonomie ist ein Eckpfeiler des EU-Rahmens für ein nachhaltiges Finanzwesen und ein wichtiges Instrument für Markttransparenz, das Direktinvestitionen in die Wirtschaftstätigkeiten unterstützt, die für den ökologischen Wandel am dringendsten benötigt werden. Die Europäische Kommission hat im Grundsatz eine Reihe neuer EU-Taxonomiekriterien für Wirtschaftstätigkeiten genehmigt, die einen wesentlichen Beitrag zu einem oder mehreren der nicht klima-bezogenen Umweltziele leisten, wie etwa nachhaltige Nutzung und Schutz von Wasser- und Meeresressourcen, Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft, Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, und Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme. Die Kriterien stützen sich weitgehend auf die im März und November 2022 veröffentlichten Empfehlungen der Plattform für ein nachhaltiges Finanzwesen¹³.

¹² Delegierte Verordnung (EU) 2023/2486 der Europäischen Kommission vom 27. Juni 2023 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung der technischen Bewertungskriterien, anhand deren bestimmt wird, unter welchen Bedingungen davon auszugehen ist, dass eine Wirtschaftstätigkeit einen wesentlichen Beitrag zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz von Wasser- und Meeresressourcen, zum Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft, zur Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung oder zum Schutz und zur Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme leistet, und anhand deren bestimmt wird, ob diese Wirtschaftstätigkeit erhebliche Beeinträchtigungen eines der übrigen Umweltziele vermeidet, und zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2021/2178 der Kommission in Bezug auf besondere Offenlegungspflichten für diese Wirtschaftstätigkeiten, ABl. L 2486 vom 21. November 2023; Delegierte Verordnung (EU) 2023/2485 der Europäischen Kommission vom 27. Juni 2023 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2021/2139 durch Festlegung zusätzlicher technischer Bewertungskriterien, anhand deren bestimmt wird, unter welchen Bedingungen davon auszugehen ist, dass bestimmte Wirtschaftstätigkeiten einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz oder zur Anpassung an den Klimawandel leisten, und anhand deren bestimmt wird, ob diese Tätigkeiten erhebliche Beeinträchtigungen eines der übrigen Umweltziele vermeiden, ABl. L 2485 vom 21. November 2023.

¹³ Vgl. zur Plattform für nachhaltiges Finanzwesen bereits oben [1.2.a](#).

(b) *Verordnung über Anbieter von ESG-Ratings (Umwelt, Soziales und Governance)*.¹⁴ ESG-Ratings spielen auf dem EU-Markt für nachhaltige Finanzierungen eine wichtige Rolle, da sie Anlegern und Finanzinstituten bspw. Aufschluss darüber geben, wie sich Anlagestrategie und Risikomanagement mit Blick auf ESG-Faktoren gestalten. Am ESG-Ratingmarkt mangelt es derzeit an Transparenz. Die Europäische Kommission schlägt daher eine neue Verordnung vor, um die Zuverlässigkeit und Transparenz von ESG-Ratings zu verbessern. Neue organisatorische Grundsätze und klare Regeln zur Vermeidung von Interessenkonflikten werden für mehr Integrität hinsichtlich der Tätigkeiten von ESG-Ratinganbietern sorgen. Die neuen Vorschriften werden Anleger in die Lage versetzen, bei nachhaltigen Investitionen fundiertere Entscheidungen zu treffen. Darüber hinaus ist in dem Vorschlag vorgesehen, dass Anbieter von ESG-Ratings, die Anlegern und Unternehmen in der EU Dienstleistungen anbieten, von der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) zugelassen und beaufsichtigt werden müssen. Dadurch wird auch die Qualität und Verlässlichkeit ihrer Dienstleistungen gewährleistet, so dass die Investoren geschützt sind und die Marktintegrität gewahrt bleibt.

3. Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II und MiFIR)

Seit Januar 2018 gilt die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (*Markets in Financial Instruments Directive*, MiFID)¹⁵ und die dazugehörige Verordnung (*Markets in Financial Instruments Regulation*, MiFIR)¹⁶, deren Ziel es ist, die Finanzmärkte effizienter, widerstandsfähiger und transparenter zu machen, sowie den Anlegerschutz zu stärken. Im November 2021 verabschiedete die Europäische Kommission ein Massnahmenpaket, um die Kapitalbeschaffungsmöglichkeiten von Unternehmen in der gesamten EU zu verbessern und dafür zu sorgen, dass Europäerinnen und Europäer ihre Ersparnisse und Investitionen bestmöglich nutzen können.¹⁷

¹⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Transparenz und Integrität von Rating-Tätigkeiten in den Bereichen Umwelt, Soziales und Governance vom 13. Juni 2023, COM (2023) 314 final.

¹⁵ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung), ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, 349.

¹⁶ Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. 173 vom 12. Juni 2014, 84.

¹⁷ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, *Banken- und Kapitalmarktrecht*, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22*, Zürich, 17 f.

Das Massnahmenpaket enthält u.a. die Einführung eines sog. „konsolidierten europäischen Datentickers“ (*European consolidated tape*).¹⁸ Dieser soll Anlegern Zugang zu fast in Echtzeit bereitgestellten Handelsdaten für Aktien, Anleihen und Derivate an allen Handelsplätzen in der EU verschaffen. Bisher ist dieser Zugang auf eine Handvoll professioneller Anleger beschränkt. Die vorgeschlagenen Überarbeitungen werden ferner die Wettbewerbsbedingungen für Börsen und Investmentbanken weiter angleichen. Darüber hinaus wird die internationale Wettbewerbsfähigkeit von Handelsplätzen in der EU gefördert, indem die Regel des offenen Zugangs abgeschafft wird.

Am 30. Juni 2023 erzielte das Europäische Parlament und der Europäische Rat eine politische Einigung über das vorgeschlagene Massnahmenpaket.

4. Digitales Finanzwesen

a) *Modernisierung der Zahlungsdienstleistungen*

Der Markt für Zahlungsdienstleistungen hat sich in den letzten Jahren erheblich verändert. Elektronische Zahlungen in der EU haben stetig zugenommen. Dieser Trend wurde durch die COVID-19-Pandemie beschleunigt. Neue Anbieter, die sich digitale Technologien zunutze machen, sind in den Markt eingetreten und bieten insb. Dienstleistungen des „offenen Bankwesens“ an, d.h. den sicheren Austausch von Finanzdaten zwischen Banken und Finanztechnologieunternehmen (FinTechs). Es sind auch komplexere Arten von Betrug entstanden, die die Verbraucher gefährden und das Vertrauen beeinträchtigen.

Am 28. Juni 2023 legte die Europäische Kommission Vorschläge vor, um den Zahlungsverkehr und den Finanzsektor im weiteren Sinne in das digitale Zeitalter zu führen. Die neuen Vorschriften werden ausserdem den Verbraucherschutz und den Wettbewerb bei elektronischen Zahlungen weiter verbessern und die Verbraucher in die Lage versetzen, ihre Daten auf sichere Weise weiterzugeben, damit sie ein breiteres Spektrum besserer und billigerer Finanzprodukte und -dienstleistungen erhalten können. Mit dem Vorschlag wird die derzeitige Zahlungsdienstrichtlinie (PSD2) geändert und zur PSD3¹⁹ moder-

¹⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 (MiFIR) vom 25. November 2021, COM (2021) 727 final und Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/65/EU (MiFID) vom 25. November 2021, COM (2021) 726 final.

¹⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste und E-Geld-Dienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 98/26/EG und zur Aufhebung der Richtlinien (EU) 2015/2366 und 2009/110/EG, vom 28. Juni 2023, COM (2023) 366 final.

nisiert sowie eine neue Verordnung über Zahlungsdienstleistungen²⁰ eingeführt. Damit soll (i) Zahlungsbetrug bekämpft und eingedämmt, (ii) Verbraucherrechte verbessert, (iii) Wettbewerbsbedingungen zwischen Banken und Nichtbanken weiter angeglichen, (iv) die Funktionsweise des offenen Bankwesens verbessert, (v) die Verfügbarkeit von Bargeld in Geschäften und an Geldautomaten verbessert, und (vi) die Harmonisierung und Durchsetzung gestärkt werden.

b) *Zugang zu Finanzdaten*

Das von der Europäischen Kommission am 28. Juni 2023 vorgelegte Massnahmenpaket²¹ sieht auch einen Legislativvorschlag über einen Rahmen für den Zugang zu Finanzdaten²² vor, mit dem klare Rechte und Pflichten für den Austausch von Kundendaten im Finanzsektor über Zahlungskonti hinaus festgelegt werden, wie insb. (i) Anrecht, aber keine Verpflichtung für Kunden, ihre Daten an Datennutzer weiterzugeben; (ii) Verpflichtung der Inhaber von Kundendaten, diese Daten den Datennutzern zur Verfügung zu stellen; (iii) vollständige Kontrolle der Kunden darüber, wer und zu welchem Zweck auf ihre Daten zugreifen darf; (iv) Normierung der Kundendaten und der erforderlichen technischen Schnittstellen; (v) klare Haftungsregelungen bei Datenschutzverletzungen und Streitbeilegungsmechanismen; und (vi) zusätzliche Anreize für Dateninhaber zur Einrichtung hochwertiger Schnittstellen für Datennutzer.

c) *Digitaler Euro*

Der Euro steht nach wie vor für die Einheit und die Stärke Europas. Im gesamten Euro-Währungsraum und darüber hinaus nutzen Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen seit über zwei Jahrzehnten Euro-Münzen und -Banknoten als Zahlungsmittel. Immer mehr Menschen und Unternehmen entscheiden sich indes, digital zu bezahlen. Dabei nutzen sie Karten und Anwendungen, die von Banken sowie von anderen Finanzunternehmen und Digitalunternehmen zur Verfügung gestellt werden. Dieser Trend hat sich durch die COVID-19-Pandemie beschleunigt.

²⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, vom 28. Juni 2023, COM (2023) 367 final.

²¹ Siehe oben [I.4.a](#).

²² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Rahmen für den Zugang zu Finanzdaten und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010, (EU) Nr. 1095(2010) und (EU) 2022/2554, vom 28. Juni 2023, COM (2023) 360 final.

Am 28. Juni 2023 hat die Europäische Kommission ein Massnahmenpaket vorgestellt, das dafür sorgen soll, dass die Bürgerinnen und Bürger zwischen einer Barzahlung und einer digitalen Zahlung wählen können, wenn sie mit Zentralbankgeld bezahlen wollen. Das Massnahmenpaket enthält einen Legislativvorschlag über Euro-Bargeld als gesetzliches Zahlungsmittel²³, wodurch die Rolle des Bargelds gewahrt und sichergestellt werden soll, dass es als Zahlungsmittel weithin akzeptiert wird und für Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen im gesamten Euro-Währungsgebiet leicht zugänglich bleibt. Ausserdem ist ein Legislativvorschlag zur Schaffung des Rechtsrahmens für einen möglichen digitalen Euro enthalten.²⁴ Mit diesem Vorschlag soll sichergestellt werden, dass Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen eine zusätzliche Option haben, durch die sie mit einer weithin akzeptierten, kostengünstigen, sicheren und widerstandsfähigen Form öffentlichen Geldes im Euro-Währungsgebiet digital bezahlen können. Mit dem Vorschlag wird zwar der Rechtsrahmen für den digitalen Euro geschaffen, doch liegt die Entscheidung, ob und wann der digitale Euro ausgegeben wird, letztlich bei der Europäischen Zentralbank.

d) Kryptoanlagen

Im September 2020 legte die Europäische Kommission erstmals Rechtsvorschriften²⁵ über Kryptowerte (eine digitale Darstellung von Werten oder Rechten, die elektronisch gespeichert und gehandelt werden können) vor.²⁶ Mit der Verordnung über Märkte für Kryptowerte (*Regulation on Markets in Crypto Assets – MiCA*) werden Innovationen gefördert. Gleichzeitig wird damit bezweckt, die Finanzstabilität zu wahren und Anleger vor Risiken zu schützen. Die neuen Vorschriften ermöglichen es in einem Mitgliedstaat zugelassenen

²³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Euro-Banknoten und -Münzen als gesetzliches Zahlungsmittel, vom 28. Juni 2023, COM (2023) 364 final.

²⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Einführung des digitalen Euro, vom 28. Juni 2023, COM (2023) 369 final; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Erbringung von Diensten im Zusammenhang mit dem digitalen Euro durch Zahlungsdienstleister mit Sitz in Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist, und zur Änderung der Verordnung (EU) 2021/1230 des Europäischen Parlaments und des Rates, vom 28. Juni 2023, COM (2023) 368 final.

²⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, vom 20. September 2020, COM (2020) 593 final; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine Pilotregelung für auf der Distributed-Ledger-Technologie basierende Marktinfrastrukturen, vom 24. September 2020, COM (2020) 594 final.

²⁶ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich, 5.

Betreibern, ihre Dienste in der gesamten EU zu erbringen. Als Sicherheitsvorkehrungen sind Eigenkapitalanforderungen, die Verwahrung von Vermögenswerten, ein den Anlegern zur Verfügung stehendes obligatorisches Beschwerdeverfahren und Rechte des Anlegers gegenüber dem Emittenten vorgesehen. Emittenten bedeutender mit Vermögenswerten hinterlegter Kryptowerte (globale stablecoins) werden strengeren Anforderungen unterliegen (z.B. in Bezug auf Eigenkapital, Anlegerrechte und Aufsicht). Die MiCA²⁷ trat am 29. Juni 2023 in Kraft.

Vom 8. November bis 6. Dezember 2023 führte die Europäische Kommission eine Anhörung zu vier delegierten Verordnungen²⁸ zur Unterstützung der MiCA durch. Damit sollen insb. die Kriterien für die Einstufung eines vermögenswertereferenzierten Token oder E-Geld-Token als signifikant präzisiert, Aufsichtsmaßnahmen in Bezug auf Befugnisse zur Produktintervention eingeführt, Verfahrensvorschriften für die Verhängung von Geldbussen durch die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) festgelegt und Vorschriften über die von der EBA erhobenen Aufsichtsgebühren eingeführt werden.

e) *Digitale Betriebsstabilität*

Technologieunternehmen gewinnen im Finanzbereich – sowohl als IT-Anbieter für Finanzunternehmen als auch als Anbieter von Finanzdienstleistungen selbst – vermehrt an Bedeutung. Im September 2020 legte die Europäische Kommission erstmals Rechtsvorschriften²⁹ zur digitalen Betriebsstabilität (*Digital Operational Resilience Act* – DORA) vor. Damit soll sichergestellt werden, dass alle Teilnehmer am Finanzsystem die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen haben, um Cyberangriffe und andere Risiken abzumildern. Durch diese Rechtsvorschriften werden alle Unternehmen verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass sie jeder Art von Störungen und Bedrohungen stand-

²⁷ Verordnung (EU) 2023/1114 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2023 über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937, ABL. L 150 vom 9. Juni 2023, 40.

²⁸ Entwürfe sind abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13979-Supervision-of-crypto-assets-criteria-procedures-fees_en>.

²⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Betriebsstabilität digitaler Systeme des Finanzsektors und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014 und (EU) Nr. 909/2014, vom 24. September 2020, COM (2020) 595 final.

halten können, die mit Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) zu tun haben. Die neue Verordnung zur digitalen Betriebsstabilität³⁰ trat am 16. Januar 2023 in Kraft.

Vom 16. November bis 14. Dezember 2023 führte die Europäische Kommission eine Anhörung zu zwei delegierten Verordnungen³¹ zur Ergänzung der Verordnung zur digitalen Betriebsstabilität durch, namentlich um bestimmte Kriterien und Gebühren im Zusammenhang mit kritischen IKT-Drittanbietern festzulegen.

5. Langfristige Investmentfonds

Am 25. November 2021 schlug die Europäische Kommission konkrete Massnahmen zur Stärkung der europäischen Kapitalmärkte vor.³² Die Vorschläge umfassen insb. die Überarbeitung der Verordnung über europäische langfristige Investmentfonds (ELTIF)³³, 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.

Der Europäische Rat hat am 7. März 2023 den überarbeiteten Regelungsrahmen für ELTIF angenommen. Die Verordnung trat am 8. April 2023 in Kraft.³⁴ Aufgrund der Übergangsregelung finden die überarbeiteten ELTIF-Vorschriften nach einer neunmonatigen Karenzzeit ab dem 10. April 2024 Anwendung.

³⁰ Verordnung (EU) 2022/2554 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die digitale operationale Resilienz im Finanzsektor und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 648/2012, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 909/2014 und (EU) 2016/1011, ABl. L 333 vom 27. Dezember 2022, 1.

³¹ Entwürfe sind abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13980-Kritische-IKT-Drittanbieter-Kriterien-und-Gebuehren_de>.

³² Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 6.

³³ 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.

³⁴ Verordnung (EU) 2023/606 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2023 zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/60 in Bezug auf die Anforderungen an die Anlagepolitik und an die Bedingungen für die Tätigkeit von europäischen langfristigen Investmentfonds sowie in Bezug auf den Umfang der zulässigen Anlagevermögenswerte, auf die Anforderungen an Portfoliozusammensetzung und Diversifizierung und auf die Barkreditaufnahme und weitere Vertragsbedingungen, ABl. L 80 vom 20. März 2023, 1.

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 Anleihen) 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 eminent wichtig.³⁵ Im Nachgang zur Finanzkrise trat am 17. September 2014 die Zentralverwahrer-Verordnung³⁶ 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 vor³⁷, 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](#)³⁸.

Am 27. November 2023 nahm der Europäische Rat die vorgeschlagene Verordnungsänderung an. Sie findet ab dem 1. Mai 2024 Anwendung.

Die Zentralverwahrer-Verordnung wird in folgenden zentralen Punkten verbessert: (i) das „EU-Pass-Verfahren“ für Zentralverwahrer wird vereinfacht, sodass sie leichter mit nur einer Lizenz in der gesamten EU tätig werden können; (ii) die Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden wird verbes-

³⁵ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, *Banken- und Kapitalmarktrecht*, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2014/15*, Zürich/St. Gallen, 13 f.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

sert, 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, werden angepasst; (iv) die Regeln zur Abwicklungsdisziplin werden in einigen Punkten geändert, um ihre Wirksamkeit und Verhältnismässigkeit zu erhöhen; und (v) die Verordnungsänderung stellt sicher, dass die Aufsichtsbehörden besser über die Tätigkeiten von Drittlands-Zentralverwahrern in der EU informiert sind.

7. Benchmarks

Die EU-Benchmark Verordnung³⁹ wurde eingeführt, um die Robustheit der in der EU bereitgestellten und verwendeten finanziellen Benchmarks zu verbessern. Die Verordnung schränkt die Möglichkeit beaufsichtigter Unternehmen in der EU, Referenzwerte aus Drittstaaten zu verwenden ein. Die Verwendung eines Referenzwertes aus einem Drittstaat durch beaufsichtigte Unternehmen in der EU sind nur im Fall von Finanzinstrumenten, Finanzkontrakten und Messungen der Wertentwicklung von Investmentfonds gestattet, die bereits auf diesen Referenzwert Bezug nehmen oder die vor dem 31. Dezember 2023 den Bezug auf einen solchen Referenzwert einfügen.⁴⁰

Vom 20. Mai bis 12. August 2022 führte Europäische Kommission eine Konsultation⁴¹ 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.

Am 14. Juli 2023 legte die Europäische Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht über den Anwendungsbereich der Benchmark-Verordnung vor, insb. im Hinblick auf die fortgesetzte Nutzung von Referenzwerten aus Drittstaaten durch beaufsichtigte Unternehmen und über potenzielle Mängel des derzeitigen Rahmens. Aufgrund dieses Berichts kommt die Europäische Kommission zum Schluss, dass eine Mehrheit der Referenzwert-Administratoren aus Drittstaaten noch nicht die erforderlichen Schritte unternommen haben, um sich auf die Beendigung des festgelegten Über-

³⁹ 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.

⁴⁰ Art. 51 Abs. 5 der Verordnung (EU) 2016/1011.

⁴¹ Abrufbar unter: <https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-05/2022-benchmarks-third-country-consultation-document_en.pdf>.

gangszeitraums am 31. Dezember 2023 vorzubereiten und sicherzustellen, dass ihre Referenzwerte in der EU auch danach noch verwendet werden dürfen. Aus diesem Grund hat die Europäische Kommission den Übergangszeitraum um zwei Jahre bis zum 31. Dezember 2025 verlängert.⁴²

8. Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Im Juli 2021 legte die Europäische Kommission ein umfassendes Legislativpaket vor, mit dem die Vorschriften der EU zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gestärkt werden sollen.⁴³ Ein zentraler Bestandteil des Legislativpakets ist die Schaffung einer neuen Behörde für die Geldwäschebekämpfung (*Anti-Money Laundering Authority*, AMLA), die die Aufsicht über die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in der EU verändern und die Zusammenarbeit zwischen den zentralen Meldestellen verbessern soll.

Das Europäische Parlament und der Rat haben die Gesetzgebungsverhandlungen über dieses Legislativpaket aufgenommen, einschliesslich des Vorschlags zur Einrichtung einer AMLA. Bei der Wahl des Sitzes der AMLA haben sich die gesetzgebenden Organe auf die Kriterien für die Wahl des Sitzes der AMLA geeinigt. Am 28. September 2023 hat die Europäische Kommission auf Ersuchen der gesetzgebenden Organe eine Aufforderung an die Mitgliedstaaten zur Einreichung von Anträgen betr. den Sitz der AMLA veröffentlicht.

⁴² Delegierte Verordnung (EU) der Europäischen Kommission vom 14. Juli 2023 zur Verlängerung des in Artikel 51 Absatz 5 der Verordnung (EU) 2016/1011 des Europäischen Parlaments und des Rates festgelegten Übergangszeitraums für Referenzwerte aus Drittstaaten, COM (2023) 4849 final.

⁴³ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22, Zürich, 21 ff.

II. Rechtentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

i. Bund

a) Finanzmarktinфраstruktur

Das Finanzmarktinфраstrukturgesetz (FinfraG)⁴⁴ regelt die Bewilligung und die Pflichten von Finanzmarktinфраstrukturen sowie die Verhaltenspflichten der Finanzmarktteilnehmer im Effekten- und Derivatehandel. Es ist seit Januar 2016 in Kraft.

Am 29. November 2023 verabschiedete das Parlament eine Änderung der Strafbestimmungen im FinfraG.⁴⁵ Künftig wird mit Busse bestraft, wer in einem Angebotsprospekt oder in einer Voranmeldung eines öffentlichen Kaufangebots unwahre oder unvollständige Angaben macht. Damit wird eine Strafbarkeitslücke geschlossen. Die neue Strafbestimmung traten am 1. Februar 2024 in Kraft.

b) Anerkennung von Handelsplätzen

Die Europäische Kommission hatte 2019 die Anerkennung der Börsenäquivalenz der Schweiz nicht verlängert. Daraufhin aktivierte die Schweiz die Schutzmassnahme gegenüber der EU. Die Massnahme zielt auf den Schutz und Erhalt einer funktionsfähigen Schweizer Börseninfrastruktur ab. Sie hat die Grundlage geschaffen, damit Wertpapierfirmen aus der EU weiterhin Aktien von Schweizer Gesellschaften an Schweizer Börsen handeln können. Damit konnten negative Auswirkungen auf den Börsen-, Finanz- und Wirtschaftsstandort Schweiz vermieden werden.⁴⁶

Nachdem die EU die Schweizer Börsenregulierung weiterhin nicht als gleichwertig anerkannte, 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 der Bundesrat die Vernehmlassung zur Über-

⁴⁴ Bundesgesetz über die Finanzmarktinфраstrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinфраstrukturgesetz, FinfraG SR 958.1).

⁴⁵ Die Änderung geht auf die parlamentarische Initiative 18.489 „Finanzmarktinфраstrukturgesetz. Bestrafung im Fall von unwahren oder unvollständigen Angaben in öffentlichen Kaufangeboten“ zurück.

⁴⁶ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich, 22.

führung der Schutzmassnahme ins FinfraG durch.⁴⁷ Am 22. Juni 2022 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft⁴⁸ zur Überführung der Massnahme zum Schutz der Schweizer Börseninfrastruktur in das FinfraG. Dieser Schritt war notwendig, weil die Schutzmassnahme ansonsten ausser Kraft getreten wäre.⁴⁹

Die gesetzliche Verankerung der seit 2019 geltenden Börsenschutzmassnahmen trat am 1. Januar 2024 in Kraft. Die Massnahme bleibt auch nach Überführung in das FinfraG ausserordentlich und temporär, und gilt vorerst für eine Dauer von fünf Jahren. Der Bundesrat kann die Massnahme gegenüber der EU vor Ablauf der Frist deaktivieren.

c) *Banken*

aa) *Eigenmittel*

Mit Basel III sollen insb. die Solvenz und Liquidität der Banken gestärkt werden. Das Basel Committee on Banking Supervision hat das finalisierte Rahmenwerk im Dezember 2017 verabschiedet und im Februar 2019 mit einem überarbeiteten Mindeststandard für Marktrisiken vervollständigt. Im Zentrum der nationalen Umsetzung der Basel-III-final-Standards steht, dass risikobehaftete Bereiche im Bankengeschäft mit mehr Eigenmittel bzw. weniger risikoreiche Bereiche mit weniger Eigenmittel unterlegt werden müssen. Die nationale Umsetzung der Basel-III-final-Standards wurde geraume Zeit vor der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS im März 2023 angegangen. Deren Notwendigkeit wurde durch diese Krise zusätzlich unterstrichen. Die Umsetzung wird die Stabilität des Schweizer Finanzplatzes und die Grundlage für internationale Geschäfte der Schweizer Banken weiter stärken. Eine Evaluation zur sog. „too-big-to-fail“-Regulierung für systemrelevante Banken wird zudem im Rahmen des Berichts des Bundesrates gem. Art. 52 BankG erfolgen, der im Frühjahr 2024 vorliegen soll.

Vom 4. Juli bis 25. Oktober 2022 führte das Eidg. Finanzdepartement (EFD) die Vernehmlassung zu einer entsprechenden Änderung der Eigenmittelverord-

⁴⁷ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22, Zürich, 25.

⁴⁸ Botschaft zur Änderung des Finanzmarktinfrastukturgesetzes (Anerkennung ausländischer Handelsplätze für den Handel mit Beteiligungspapieren von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz) vom 22. Juni 2022.

⁴⁹ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 14 f.

nung (ERV)⁵⁰ durch.⁵¹ Die Vorlage berücksichtigt als Vergleich insb. die Umsetzungsentwürfe in Australien, der EU, Hongkong, Kanada, Singapur, Grossbritannien und den USA. Australien, Japan und Kanada haben ihre Regulierung bereits angepasst. In der EU und den USA ist die Umsetzung auf 1. Januar resp. 1. Juli 2025 vorgesehen. Am 29. November 2023 hat der Bundesrat die Änderung der ERV für Banken angenommen. Sie tritt am 1. Januar 2025 in Kraft.

bb) Insolvenz und Einlagensicherung

Am 17. Dezember 2021 hat das Eidg. Parlament die Änderung des Bankengesetzes (BankG)⁵² verabschiedet. Aufgrund der im BankG vorgenommenen Änderungen musste auch die Bankenverordnung (BankV)⁵³ 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. Konkretisiert werden auch die finanziellen und organisatorischen Anforderungen an nicht beaufsichtigte wichtige Unternehmen, die zu einer systemrelevanten Bankengruppe 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 BankV durch. Die Änderung des BankG sowie der BankV traten am 1. Januar 2023 in Kraft.

cc) Liquidität – Staatliche Liquiditätssicherung

Systemrelevante Banken erfüllen Aufgaben, deren Ausfall erhebliche Verwerfungen im Finanzsystem sowie bedeutende volkswirtschaftliche Schäden verursachen kann. Um die Widerstandsfähigkeit systemrelevanter Banken zu stärken, haben Bundesrat und Parlament in den letzten Jahren die Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen erhöht sowie die Abwicklungsfähigkeit dieser Banken verbessert. 2022 beschloss der Bundesrat Eckwerte zur Einführung

⁵⁰ Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser vom 1. Juni 2012 (Eigenmittelverordnung, ERV SR 952.03).

⁵¹ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 17.

⁵² Bankengesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG SR 952.0).

⁵³ Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 (Bankenverordnung, BankV SR 952.02).

einer staatlich abgesicherten Liquiditätshilfe, um das Vertrauen der Marktteilnehmer in die Überlebensfähigkeit einer rekapitalisierten und solventen systemrelevanten Bank zu erhöhen.⁵⁴

Eine staatliche Liquiditätssicherung (*Public Liquidity Backstop*, PLB) gehört international zum Standard-Instrumentarium bei Bankenkrisen. Sie erhöht die Erfolgchancen einer allfälligen Sanierung einer systemrelevanten Bank, trägt damit zur Finanzstabilität bei und würde die systemrelevanten Banken in der Schweiz mit ihren ausländischen Konkurrenten gleichstellen, womit eine Lücke geschlossen wird. U.a. haben Grossbritannien, die USA, die EU, Japan sowie Kanada den PLB oder ein ähnliches Instrument eingeführt.

Im Rahmen der Bewältigung der Vertrauenskrise bei der Credit Suisse hat der Bundesrat am 16. März 2023 die Grundlagen des PLB mittels Notrecht eingeführt. Vom 25. Mai bis 21. Juni 2023 führte der Bundesrat die Vernehmlassung zur Einführung des PLB durch.⁵⁵ Der Bundesrat hat am 6. September 2023 die Botschaft⁵⁶ zur Einführung einer staatlichen Liquiditätssicherung für systemrelevante Banken verabschiedet.⁵⁷ Mit dieser Vorlage soll nun der Auftrag des Bundesrates aus 2022 erfüllt und einzelne im März 2023 mit Notverordnung eingeführte Bestimmungen in ordentliches Recht überführt werden. Obsolet geworden sind jedoch u.a. die Bestimmungen zur Verlustgarantie des Bundes gegenüber der UBS für gewisse Aktiva, die diese von der Credit Suisse übernommen hat.⁵⁸

d) Nachhaltiges Finanzwesen

aa) Prävention von Greenwashing

Der Bundesrat hat im Dezember 2022 seinen Standpunkt bezüglich Greenwashing-Prävention im Finanzsektor veröffentlicht.⁵⁹ Gleichzeitig hat er das EFD

⁵⁴ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 18 f.

⁵⁵ Die Vernehmlassungsvorlage ist abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/78887.pdf>>.

⁵⁶ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bankengesetzes.

⁵⁷ Parallel zur Vorlage zur Einführung einer staatlichen Liquiditätssicherung laufen die Arbeiten an der Gesamtevaluation des „too-big-to-fail“-Regelwerks weiter. Der Bundesrat wird dazu im Frühjahr 2024 einen Bericht publizieren. Siehe hierzu bereits oben [II.1.c\)aa\)](#).

⁵⁸ Im August 2023 hat die UBS den Vertrag über die Verlustübernahmegarantie des Bundes über 9 Mia. Franken sowie den Vertrag mit der SNB über die staatlich garantierten Liquiditätshilfe-Darlehen von maximal 100 Mia. Franken definitiv beendet.

⁵⁹ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 20 f.

beauftragt, zusammen mit Vertreterinnen und Vertretern des Eidg. Departments für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), der FINMA, der Branche und Nichtregierungsorganisationen zu prüfen, wie diese Vorgaben effizient umgesetzt werden können. 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 werden, 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.

Am 25. Oktober 2023 informierte das EFD den Bundesrat, für die Umsetzung des Standpunktes des Bundesrates eine Vorlage für eine prinzipienbasierte staatliche Regulierung auf Verordnungsstufe zu erarbeiten. Eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage soll bis spätestens Ende August 2024 vorliegen.

bb) 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.⁶⁰ 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.⁶¹ Sie trat 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, Ban-

⁶⁰ Vgl. zu Klimaberichterstattung bereits Sulzer Stefan, *Banken- und Kapitalmarktrecht*, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22*, Zürich, 31 f.

⁶¹ Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange vom 23. November 2022 (SR 221.434).

ken und Versicherungen, die mind. 500 Mitarbeitende beschäftigen und eine Bilanzsumme von mind. 20 Mio. 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.

cc) *Swiss Climate Score*

Der Schweizer Finanzplatz soll mit glaubwürdiger Klimatransparenz einen internationalen Spitzenplatz einnehmen. Im Juni 2022 hat der Bundesrat zu diesem Zweck die „Swiss Climate Scores“ lanciert.⁶²

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.

Am 8. Dezember 2023 hat der Bundesrat die Weiterentwicklung der „Swiss Climate Scores“ beschlossen.⁶³ An den ab 1. Januar 2025 gültigen „Swiss Climate Scores“ wurden einige Klärungen vorgenommen, um deren Umsetzung für die Branche zu erleichtern und die Verständlichkeit für Anlegerinnen und Anleger zu erhöhen. Neu werden optionale Fragen zum Anlageziel in Bezug auf das Klima gestellt, bei denen Finanzinstitute angeben und begründen können, ob ein Finanzprodukt klimaverträglich ist oder einen Beitrag zur Eindämmung des Klimawandels leistet. Zudem soll neu nicht nur die Exposition gegenüber

⁶² Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 22.

⁶³ Das Swiss Climate Scores Update, Best Practice Transparenz zur Klimaverträglichkeit von Investitionen vom 8. Dezember 2023 ist abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/85222.pdf>>.

fossilen Brennstoffen ausgewiesen werden, sondern auch gegenüber erneuerbaren Energien. Es sollte bei sämtlichen Finanzanlagen und Kundenportfolien vergleichbare und aussagekräftige Transparenz bezüglich Klimaverträglichkeit geschaffen werden, und, wo sinnvoll, das Set an Indikatoren der „Swiss Climate Scores“ angewendet werden.

e) *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)*.

Am 19. März 2021 hat das Eidg. Parlament die Revision des Geldwäschereigesetzes (GwG)⁶⁴ 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 Geldwäscherei, 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)⁶⁵ sowie weiterer Verordnungen, wie der Verordnung über die Meldestelle für Geldwäscherei, der Handelsregisterverordnung, der Edelmetallkontrollverordnung und der Verordnung über die Gebühren der Edelmetallkontrolle, durch.⁶⁶

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.

⁶⁴ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0).

⁶⁵ Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 11. November 2015 (Geldwäschereiverordnung, GwV, SR 955.01).

⁶⁶ Änderung der Geldwäschereiverordnung, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/68403.pdf>>.

Am 19. Oktober 2023 veröffentlichte die FATF den vierten Folgebericht der Schweiz zur letzten Länderprüfung vom Jahr 2016.⁶⁷ Die FATF anerkennt dabei die Fortschritte, welche die Schweiz insb. durch die nun am 1. Januar 2023 in Kraft getretene Revision des GwG gemacht hat.

Zur Sicherung eines integren Finanzplatzes sind aus Sicht des Bundesrates dennoch weitere Massnahmen notwendig, insb. im Bereich der Transparenz juristischer Personen und im Bereich der Beratertätigkeiten (vor allem der Rechtsberatung) im Zusammenhang mit der Strukturierung von Gesellschaften und Trusts. Auch auf internationaler Ebene entwickeln sich die Standards laufend weiter. So hat die FATF unter anderem ihren Standard bezüglich der Transparenz von juristischen Personen weitgehend überarbeitet.

Vom 30. August bis 29. November 2023 führte der Bundesrat eine Vernehmlassung für eine Vorlage zur Stärkung der Geldwäscherei-Bekämpfung durch.⁶⁸ Mit einem eidg. Register der wirtschaftlich berechtigten Personen, Sorgfaltpflichten für besonders risikobehaftete Tätigkeiten in Rechtsberufen sowie weiteren Bestimmungen sollen die Integrität und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanz- und Wirtschaftsstandortes Schweiz weiter gestärkt werden.

Die nächste Länderprüfung der Schweiz durch die FATF steht voraussichtlich 2027/2028 an. Dabei wird das Dispositiv der Schweiz wieder neu und umfassend beurteilt.

2. Finanzmarktaufsicht (FINMA)

a) Risikomonitor

Am 9. November 2023 veröffentlichte die FINMA ihren Risikomonitor 2023.⁶⁹ Sie gibt damit einen Überblick über die aus ihrer Sicht aktuell bedeutendsten Risiken für die Beaufsichtigten und beschreibt den daraus abgeleiteten Fokus der Aufsichtstätigkeit.

⁶⁷ Der vierte FATF-Folgebericht der Schweiz ist abrufbar unter: <<https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/Mutualevaluations/switzerland-fur-2023.html>>.

⁶⁸ Die Vernehmlassungsvorlage ist abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/82295.pdf>>.

⁶⁹ FINMA-Risikomonitor 2023, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/-/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/risikomonitor/20231109-finma-risikomonitor-2023.pdf?sc_lang=de&hash=A29D1E23FCDE55427CCF603F298167C4>.

Grundlage vieler der erkannten Hauptrisiken sind eine Reihe von makroökonomischen Unsicherheiten. Die Ursachen dafür liegen bei den anhaltenden geopolitischen Spannungen und regionalen Konflikten, aber auch bei einem aufgrund hoher Inflation sowie steigender Zinsen und Energiekosten verlangsamten Wirtschaftswachstum. Ausserdem führten Mitte 2023 der Zusammenbruch verschiedener amerikanischer Regionalbanken sowie die Unsicherheit im Zusammenhang mit der Credit Suisse weltweit zu Stress im Bankensektor.

Vor diesem Hintergrund identifizierte die FINMA neun Hauptrisiken für die gesamte Finanzbranche. Sieben Risiken bestanden bereits im Vorjahr: Zinsrisiken, Kreditrisiken bei Hypotheken, Kreditrisiken bei übrigen Krediten, Credit-Spread-Risiken, Risiken vor Cyber-Angriffen, Risiken im Bereich der Geldwäschereibekämpfung sowie Risiken wegen eines erschwerten grenzüberschreitenden Marktzugangs. Im Vergleich zum Vorjahr werden den Risiken im Zusammenhang mit der Liquidität und Refinanzierung sowie mit Auslagerungen von Geschäftsaktivitäten eine höhere Bedeutung beigemessen, so dass diese neu Eingang in den Risikomonitor fanden.

Der Risikomonitor behandelt jeweils auch einen ausgewählten Trend, der den Schweizer Finanzmarkt nach Ansicht der FINMA längerfristig und nachhaltig beeinflussen kann. Aufgrund der steigenden Bedeutung in vielen Lebensbereichen sieht die FINMA den Einsatz künstlicher Intelligenz (KI) als solchen Trend. Besondere Herausforderungen ergeben sich namentlich im Zusammenhang mit der Verantwortung für KI-Entscheidungen, der Zuverlässigkeit von KI-Anwendungen, der Transparenz und Erklärbarkeit von KI-Entscheidungen sowie der Gleichbehandlung von Finanzmarktkundinnen und -kunden.

b) *Nachhaltiges Finanzwesen*

aa) *Management von klimabezogenen Finanzrisiken*

Die grössten Banken und Versicherungsunternehmen müssen gem. den FINMA-Rundschreiben Offenlegung – Banken⁷⁰ und Offenlegung – Versicherer (Public Disclosure)⁷¹ 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 Risikoma-

⁷⁰ FINMA-Rundschreiben 2016/1 Offenlegung – Banken, Aufsichtsrechtliche Offenlegungspflichten, vom 28. Oktober 2015.

⁷¹ FINMA-Rundschreiben 2016/2 Offenlegung – Versicherer (Public Disclosure), Grundlagen zum Bericht über die Finanzlage, vom 3. Dezember 2015.

nagementstrukturen und -prozesse offenlegen, mit welchen sie die Risiken identifizieren, bewerten und behandeln. 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 24. Januar 2023 veröffentlichte die FINMA eine Aufsichtsmitteilung⁷² betreffend Entwicklungen im Bereich des Managements von Klimarisiken. Darin bekräftigt die FINMA ihre Erwartung, dass beaufsichtigte Institute ein adäquates und ihrem Risikoprofil entsprechendes Klimarisikomanagement etablieren. Dabei erwartet die FINMA, dass die beaufsichtigten Finanzinstitute 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.

bb) Network for Greening the Financial System

Am 4. Dezember 2023 hat das *Network for Greening the Financial System* (NGFS) eine Erklärung⁷³ über seinen Beitrag zu den Zielen der UN-Klimakonferenz 2023 (COP28) veröffentlicht. Die FINMA ist seit 2019 Mitglied dieses Netzwerks. Seither integriert die FINMA klimabezogene Finanzrisiken stufenweise in ihre Aufsichtstätigkeit.

Die FINMA treibt verschiedene Massnahmen voran, die sich an den unverbindlichen NGFS-Empfehlungen, sowie den Vorgaben und Leitlinien von internationalen Standardsetzungsgremien wie der BCBS orientieren. Zusammen mit ihrer Greenwashing-Bekämpfung trägt die FINMA so zu einem nachhaltigen Finanzplatz bei. Die FINMA verfolgt insb. Massnahmen in den folgenden Bereichen: (i) Klima- und weitere Naturrisiken: Die FINMA erarbeitet ein neues FINMA-Rundschreiben „Naturbezogene Finanzrisiken“, das für Banken und Versicherungen gelten soll. Damit will die FINMA die Anforderungen an das Risikomanagement der Institute in Bezug auf klima- und weiteren naturbezogene Finanzrisiken konkretisieren. Eine öffentliche Anhörung zum neuen FINMA-Rundschreiben ist für das erste Quartal 2024 geplant. (ii) Transparenz zu Klimarisiken: Die FINMA wird 2024 prüfen, ob aufgrund der vielseitigen Entwicklungen im Bereich der Klima- und Nachhaltigkeitsberichterstattung eine Revision der geltenden FINMA-Offenlegungsanforderungen angezeigt ist.

⁷² FINMA-Aufsichtsmitteilung 01/2023, „Entwicklungen im Bereich des Managements von Klimarisiken, vom 24. Januar 2023.

⁷³ Abrufbar unter: <<https://www.ngfs.net/sites/default/files/medias/documents/ngfs-dubai-stocktake.pdf>>.

Ab 2024 werden in der Schweiz zahlreiche Banken und Versicherungen zudem die neue Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange⁷⁴ umsetzen. Die neuen Verordnungsanforderungen stützen sich auf das Obligationenrecht und sind teilweise umfassender als die bestehenden FINMA-Anforderungen.

c) *Finanzmarktinfrastuktur*

Mit Inkrafttreten des Finanzmarktinfrastukturgesetzes (FinfraG)⁷⁵ und den ausführenden Verordnungen wurden die Bestimmungen zur Meldepflicht zwecks Förderung der Transparenz des Effektenhandels und zur Verbesserung der Handelsüberwachung revidiert.⁷⁶ 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 gem. Art. 5 Abs. 4 Finanzmarktinfrastukturverordnung-FINMA (FinfraV-FINMA)⁷⁷. Die von den Meldepflichtigen übermittelten Transaktionsmeldungen weisen bei Derivaten bis heute nicht die Qualität auf, die für eine effektive Handelsüberwachung und die Marktaufsicht 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 präziserte darin 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

⁷⁴ Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange vom 23. November 2022 (SR 221.434).

⁷⁵ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG SR 958.1).

⁷⁶ Vgl. hierzu bereits oben [II.1.a](#).

⁷⁷ Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 3. Dezember 2015 (Finanzmarktinfrastukturverordnung-FINMA, FinfraV-FINMA SR 958.111).

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.

d) *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.⁷⁸

Zur Einführung der finalen Basel-III-Standards passen der Bundesrat die Eigenmittelverordnung und die FINMA ihre zugehörigen Ausführungsbestimmungen in Form von fünf neuen FINMA-Verordnungen an.⁷⁹ Gleichzeitig hebt die FINMA fünf von sechs relevanten FINMA-Rundschreiben auf.⁸⁰ Vom 4. Juli bis 25. Oktober 2022 führte die FINMA die Anhörung zu ihren Verordnungen durch. Die Eigenmittelverordnung des Bundesrats und die zugehörigen FINMA-Verordnungen sollen am 1. Juli 2024 in Kraft treten.

bb) *Recovery- und Resolution Pläne systemrelevanter Institute*

Die FINMA beurteilt jährlich die Fortschritte der Recovery- und Resolution-Planung (Stabilisierungs-, Notfall- und Abwicklungsplanung) der systemrelevanten Finanzinstitute. In der Recovery-Planung zeigen die systemrelevanten

⁷⁸ Vgl. hierzu bereits oben [II.1.c\)aa](#)).

⁷⁹ 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 Markttrisiken; Entwurf FINMA-Verordnung über die Offenlegung von Risiken und Eigenmitteln und der Grundsätze der Corporate Governance.

⁸⁰ FINMA-Rundschreiben 2013/1 „Anrechenbare Eigenmittel – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2015/3 „Leverage Ratio – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2017/7 „Kreditrisiken – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2008/20 „Markttrisiken – 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.d\)bb](#)).

Finanzinstitute auf, wie sie sich im Krisenfall stabilisieren können. Die Resolution-Planung soll auf Basis der bestehenden gesetzlichen „too-big-to-fail“-Vorgaben zeigen, wie systemrelevante Institute saniert oder liquidiert werden können. Am 26. April 2023 veröffentlichte die FINMA ihre jährliche Beurteilung für das Berichtsjahr 2022.⁸¹ Die Schweizer Grossbanken konnten im Jahr 2022 mit weiteren operationellen Fortschritten ihre globale Resolvability (Abwickelbarkeit) verbessern. Der Notfallplan von Raiffeisen entspricht erstmals den Anforderungen an die unterbruchsfreie Weiterführung der systemrelevanten Funktion bei drohender Insolvenz. Der Notfallplan der Zürcher Kantonalbank (ZKB) ist weiterhin nicht umsetzbar, da die ZKB für die Rekapitalisierung im Notfall nicht genügend Kapital reserviert hat. Die PostFinance muss nach dem Scheitern der Revisionsvorlage zum Postorganisationsgesetz ihre Strategie zur Rekapitalisierung im Notfall neu ausrichten.

cc) 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.⁸² 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 trat am 1. Januar 2024 in Kraft.⁸³ Für die Sicherstellung der operationellen Resilienz gelten zusätzlich schrittweise Übergangsbestimmungen über zwei Jahre.

dd) Wertberichtigungen für Ausfallrisiken

Seit 1. Januar 2020 gelten neue Bestimmungen zur Bildung von Wertberichtigungen für Ausfallrisiken auf nicht gefährdete Forderungen. Die FINMA hat 2020 eine Ex-post-Evaluation zu diesen Bestimmungen vorgenommen, die

⁸¹ Der FINMA-Bericht für das Berichtsjahr 2022 ist abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/durchsetzung/resolution/resolution-berichterstattung/>>.

⁸² FINMA-Rundschreiben 2023/1 „Operationelle Risiken und Resilienz – Banken“, vom 7. Dezember 2022.

⁸³ Ab Inkrafttreten wird das Rundschreiben auch die als Mindeststandard anerkannten „Empfehlungen für das Business Continuity Management (BCM)“ der Schweizerischen Bankiervereinigung ersetzen.

in der Rechnungslegungsverordnung-FINMA (ReIV-FINMA)⁸⁴ und im FINMA-Rundschreiben Rechnungslegung – Banken⁸⁵ verankert sind. Am 1. März 2023 veröffentlichte die FINMA ihren Ex-post-Evaluationsbericht.⁸⁶ Die FINMA ortet insgesamt keinen Anpassungsbedarf an den Bestimmungen. Diese erscheinen wirksam und haben seit ihrer Einführung zu einer Erhöhung der entsprechenden Wertberichtigungen auf nicht gefährdete Forderungen von 1,9 Mia. Schweizer Franken geführt.

e) *Kryptobasierte Vermögenswerte – Staking-Dienstleistungen*

Im Zusammenhang mit Staking-Dienstleistungen stellen sich bei der Verwahrung von kryptobasierten Vermögenswerten diverse rechtliche Auslegungsfragen. Es besteht namentlich eine Rechtsunsicherheit darüber, ob gestakte kryptobasierte Vermögenswerte im Konkursfall des Staking-Dienstleisters geschützt sind. Ein Schutz setzt voraus, dass die kryptobasierten Vermögenswerte jederzeit für die Kundinnen und Kunden bereitgehalten werden. Es besteht kein einheitliches Verständnis über den Begriff „Staking“. Die FINMA versteht unter Staking den Vorgang der Sperrung nativer kryptobasierter Vermögenswerte auf der Staking-Adresse eines Validator Nodes zur Teilnahme am Validierungsprozess einer Blockchain, die auf einem Proof-of-Stake-Konsensmechanismus basiert.

Am 20. Dezember 2023 veröffentlichte die FINMA eine Aufsichtsmitteilung zu Staking-Dienstleistungen.⁸⁷ Mit der Mitteilung schafft die FINMA Transparenz über den finanzmarktrechtlichen Umgang mit Staking-Dienstleistungen. Solange das übergeordnete Recht oder die Rechtsprechung den Punkt der Aussonderbarkeit nicht näher präzisiert, sind im Konkurs eines FINMA-Beaufsichtigten die gestakten kryptobasierten Vermögenswerte gem. aktueller Einschätzung der FINMA zugunsten der Depotkunden aus der Konkursmasse abzusondern und es wird insofern keine Eigenmittelunterlegung durch das beaufsichtigte Institut verlangt, falls dieses risikomindernde Massnahmen umgesetzt und die Kundin oder den Kunden über die Risiken angemessen aufgeklärt hat. Weiter gibt die FINMA in der Mitteilung einen Überblick über die

⁸⁴ Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht über die Rechnungslegung vom 31. Oktober 2019 (Rechnungslegungsverordnung-FINMA, ReIV-FINM (SR 952.024.1).

⁸⁵ FINMA-Rundschreiben 2020/1 „Rechnungslegung – Banken“, Rechnungslegungsvorschriften für Banken, Wertpapierhäuser, Finanzgruppen und -konglomerate, vom 31. Oktober 2019.

⁸⁶ Abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/-/media/finma/dokumente/dokumenten-center/myfinma/ex-post-evaluation/20230103-rechnungslegung/20230301_expostevaluationsbericht_rechnungslegung.pdf?sc_lang=de&hash=3B5E4DC5DE742B0B3FE721EEA11AD3D6>.

⁸⁷ FINMA-Aufsichtsmitteilung 08/2023, Staking, vom 20. Dezember 2023.

verschiedenen Varianten des Staking kryptobasierter Vermögenswerte (z.B., custodial staking, direct staking, staking-Kette, non-custodial staking), benennt die Risiken (z.B., technisches Risiko, Gegenparteiisiko, Marktrisiko) und legt die risikomindernden Massnahmen dar, die vom beaufsichtigten Institut umzusetzen sind.

f) *Derivatgeschäfte*

Aufgrund von Rechtsentwicklungen an wichtigen Finanzplätzen, namentlich der EU und in Grossbritannien, werden die Übergangsfristen für den Sicherheitsaustausch bei Aktienoptionen um mind. zwei Jahre verlängert. Vor diesem Hintergrund gewährt auch die FINMA eine entsprechende Firsterstreckung bis zum 1. Januar 2026, um Nachteile für Schweizer Derivatehändler zu verhindern.⁸⁸

Die FINMA hatte die Übergangsfrist für die Pflicht zum Austausch von Sicherheiten für nicht zentral abgerechnete OTC-Derivatgeschäfte, bei denen es sich um Optionen auf einzelne Aktien oder Indexoptionen handelt, bereits zweimal verlängert.⁸⁹ Der Bundesrat verlängerte die Frist in der entsprechenden Verordnung auf den 1. Januar 2024.⁹⁰

g) *Datenschutz*

Am 25. September 2020 wurde die Totalrevision des Datenschutzgesetzes⁹¹ vom Parlament verabschiedet.

Vom 9. März bis 10. Mai 2022 führte die FINMA eine Anhörung⁹² zur Totalrevision der Datenverordnung-FINMA durch. Diese⁹³ trat zeitgleich mit dem totalrevidierten Datenschutzrecht des Bundes am 1. September 2023 in Kraft.

⁸⁸ FINMA-Aufsichtsmitteilung 09/2023, Finanzmarktinfrastrukturverordnung: Austausch von Sicherheiten / Weitere Erstreckung der Übergangsfrist für Aktienoptionen, vom 20. Dezember 2023.

⁸⁹ Siehe FINMA-Aufsichtsmitteilungen 04/2016 vom 13. Dezember 2019 und 09/2020 vom 19. November 2020.

⁹⁰ Verordnung vom 18. Juni 2021 zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (AS 2021 400).

⁹¹ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1).

⁹² Die Anhörungsunterlagen sind abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2022/03/20220324-mm-resolution-bericht/>>.

⁹³ Verordnung der FINMA über die Bearbeitung von Personendaten im Rahmen der Aufsicht vom 4. Mai 2023 (Datenverordnung FINMA SR 956.124).

Mit der Totalrevision der Datenverordnung-FINMA sind die bestehenden Ausführungsvorschriften der FINMA im Lichte der neuen Bundesregelungen ergänzt und präzisiert worden. Gleichzeitig wurde das revidierte Datenschutzrecht umgesetzt. Mit der neuen Datenverordnung-FINMA sieht die FINMA materiell keine Anpassung ihrer bestehenden Praxis der Datenbearbeitung vor.

h) Geldwäscherei

aa) Geldwäschereiverordnung-FINMA

Am 2. November 2022 passte die FINMA die Geldwäschereiverordnung-FINMA⁹⁴ 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 Verordnungsstufe nicht konkretisiert werden müssen. Hingegen bleibt die Bestimmung bestehen, dass Finanzintermediäre die Modalitäten der Aktualisierung und Überprüfung der Kundenbelege in einer internen Weisung regeln müssen. Zudem wird die Geldwäschereiverordnung-FINMA auch auf Distributed-Ledger-Handelssysteme angewendet.

bb) Geldwäschereirisikoanalyse

Die FINMA hat im Rahmen von Vor-Ort-Kontrollen wiederholt Mängel im Bereich der Geldwäschereirisikoanalyse festgestellt. Dies veranlasste sie, im Frühjahr 2023 die Geldwäschereirisikoanalysen von über dreissig Banken vertieft zu prüfen. Dabei zeigte sich, dass zahlreiche der geprüften Risikoanalysen den Anforderungen nicht entsprechen. So fehlte teilweise eine angemessene Definition der Geldwäschereirisikotoleranz, also selbst festgelegte Limiten zur Begrenzung der Risiken. Weiter mangelte es an verschiedenen strukturellen Elementen für eine wirksame und robuste Risikoanalyse.

Die Geldwäschereirisikoanalyse ist ein zentrales Instrument der strategischen Leitung von Banken und anderen Finanzintermediären. Gem. Art. 25 Abs. 2 GwV-FINMA sind die Banken verpflichtet, unter Berücksichtigung des Tätig-

⁹⁴ Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor, vom 3. Juni 2015 (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA SR 955.033.0).

keitsgebiets und der Art der geführten Geschäftsbeziehungen eine Geldwäschereirisikoanalyse zu erstellen. Mit ihr erfassen und begrenzen sie die Risiken im Bereich der Geldwäscherei und bestimmen die für die Tätigkeit des Finanzinstituts relevanten Risikokriterien.

Am 24. August 2023 veröffentlichte die FINMA eine Aufsichtsmitteilung zur Geldwäschereirisikoanalyse.⁹⁵ Damit schafft sie Transparenz zu ihren in der Aufsichtspraxis gemachten Beobachtungen und Erfahrungen in diesem Bereich.

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 den 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 traten am 1. Januar 2023 in Kraft. 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 Geschlechterraichtwerten, 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 Governance⁹⁶, der sich auf die Richtlinie betreffend Informationen zur

⁹⁵ FINMA-Aufsichtsmitteilung 05/2023, Geldwäschereirisikoanalyse nach Art. 25 Abs. 2 GwV-FINMA, vom 24. August 2023.

⁹⁶ Abrufbar unter: <https://www.ser-ag.com/dam/downloads/publication/obligations/guidelines/guideline-dcg-de.pdf>.

Corporate Governance⁹⁷ (RLCG) bezieht, in Kraft getreten.⁹⁸ 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 RLCG ein weiteres Mal angepasst. Zuletzt wurde infolge der umfassenden Aktienrechtsrevision⁹⁹ 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) *Neukotierungen von ETF und ETP*

Auf den 1. April 2023 sind revidierte Bestimmungen zur Vereinfachung des Kotierungsprozesses von Exchange Traded Funds (ETF) und Exchange Traded Products (ETP) in Kraft getreten.¹⁰⁰ Der manuelle Prozess der Aufdatierung und Unterzeichnung des Market Making Appendix wurde durch eine Neuregistrierung des Market Makers, sowie durch ein Bestätigungsmail, welches nach Prüfung und Genehmigung durch SIX Produktmanagement automatisch generiert und zugestellt wird, ergänzt. Mit diesen Anpassungen wurden die Richtlinie Verfahren Beteiligungsrechte (RLVB)¹⁰¹ sowie die Richtlinie Verfahren Exchange Traded Products (RLVETP)¹⁰² entsprechend geändert.

d) *Management-Transaktionen*

Am 1. Mai 2023 traten bestimmte Änderungen des Kotierungsreglements (KR)¹⁰³ in Bezug auf die Offenlegung von Management-Transaktionen in Kraft.¹⁰⁴ Der revidierte Art. 56 Abs. 4 Ziff. 1 KR sieht vor, dass die Meldung an den Emittenten neben dem Namen der meldepflichtigen Person zusätzlich deren Geburtsdatum zu enthalten hat. Der Emittent muss diese und die weite-

⁹⁷ Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) vom 29. Juni 2022.

⁹⁸ Mitteilung Nr. 1/2023 vom 11. Januar 2023.

⁹⁹ Siehe hierzu oben [II.3.a](#).

¹⁰⁰ Mitteilung des Regulatory Board Nr. 1/2023 vom 1. März 2023.

¹⁰¹ Richtlinie betr. Verfahren für Beteiligungsrechte vom 25. September 2023.

¹⁰² Richtlinie betr. Verfahren für Exchange Traded Products vom 15. September 2022.

¹⁰³ Kotierungsreglement (KR) vom 3. November 2022.

¹⁰⁴ Mitteilung des Regulatory Board Nr. 3/2023 vom 16. März 2023.

ren Angaben gem. Art. 56 Abs. 4 KR an SIX Exchange Regulation AG melden. Der Name wie auch das Geburtsdatum der meldepflichtigen Person wird nicht veröffentlicht.¹⁰⁵

Mit Mitteilung¹⁰⁶ vom 1. November 2023 hat das Regulatory Board weitere Bestimmungen in Bezug auf die Offenlegung von Management-Transaktionen überarbeitet.¹⁰⁷ Danach sind neu Transaktionen zwischen meldepflichtigen Personen (Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) und ihnen nahestehenden natürlichen und juristischen Personen meldepflichtig¹⁰⁸. Die Einführung der neuen Meldepflicht ist auch auf Bestrebungen der FINMA zurückzuführen und orientiert sich an internationalen bzw. europäischen Entwicklungen. Aus Gründen der Transparenz sind solche Transaktionen bei der Offenlegung zu umschreiben.¹⁰⁹ Transaktionen zwischen einer meldepflichtigen Person mit einer nahestehenden Person, die bis anhin nicht meldepflichtig waren, bleiben auch weiter von der Meldepflicht ausgenommen (z.B. Schenkung, Zuweisungen an Stiftungen, Verpfändungen, ehegüterrechtliche Auseinandersetzungen, Erbschaft). Folgetransaktionen der nahestehenden Person mit einem Dritten sind indes neu meldepflichtig – unabhängig davon, ob das Vermögen der meldepflichtigen Person betroffen ist und ob die Transaktion mit oder ohne massgeblichen Einfluss der meldepflichtigen Person getätigt wird. Damit wird wohl ein eher reichlich theoretisches Umgehungsrisiko adressiert. Meldepflichtig sind und bleiben die meldepflichtigen Personen gem. Art. 56 Abs. 2 KR. Neu sind Transaktionen sowohl in kotierten als auch nicht kotierten Effekten des Emittenten meldepflichtig, sofern mind. eine Kategorie von Beteiligungspapieren kotiert ist.¹¹⁰ Diese Änderungen in der Offenlegung von Management-Transaktionen traten am 1. Februar 2024 in Kraft.

e) *Pro Forma-Finanzinformationen für die Handelszulassung*

Das Prospektrecht wurde per 1. Januar 2020 einheitlich im FIDLEG¹¹¹ und dessen Ausführungsverordnungen geregelt. Im Zuge dessen hob das Regulatory Board am 20. Juni 2019 die Richtlinie komplexe finanzielle Verhältnisse (RLKV) auf. Pro Forma-Finanzinformationen wurden seither in der Richtlinie Pro

¹⁰⁵ Art. 56 Abs. 5 KR.

¹⁰⁶ Mitteilungen des Regulatory Board Nr. 8/2023 vom 1. November 2023 und Nr. 1/2024 vom 16. Januar 2024.

¹⁰⁷ Die Revision hat Auswirkungen auf das Kotierungsreglement (KR) sowie auf die Richtlinie betr. Offenlegung von Management-Transaktionen (RLMT) vom 28. Juni 2023.

¹⁰⁸ Art. 56 Abs. 3 KR.

¹⁰⁹ Art. 5 Abs. 1^{bis} RLMT.

¹¹⁰ Neuer Abs. 2 in Art. 1 RLMT.

¹¹¹ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG SR 950.1).

Forma-Finanzinformationen (RLFI) geregelt. Diese wurde gestützt auf Anhang 1 FIDLEV erlassen. Nach heutiger Praxis werden Fragen der Anwendung bzw. Auslegung der RLFI aber nach wie vor vom Regulatory Board beurteilt, damit eine Zulassung an einem Handelsplatz von SIX Group AG möglich ist.

Am 15. August 2023 trat die neue Richtlinie Pro Forma-Finanzinformationen Handelszulassung (RLFH)¹¹² in Kraft.¹¹³ Mit ihr wurde die regulatorische Grundlage geschaffen, die es dem Regulatory Board ermöglicht, bei einer Zulassung zu einem Handelsplatz der SIX Group AG die offenzulegenden Finanzinformationen zu beurteilen. Die RLFH entspricht inhaltlich vollumfänglich der bestehenden RLFI.

f) Ad hoc-Publizität

Am 28. Juni 2023 hat das Issuers Committee sein Rundschreiben Nr. 1¹¹⁴ aktualisiert, welches sich auf die per 1. Juli 2021 revidierten Bestimmungen des Kotierungsreglements (KR), sowie der Richtlinie zur Ad hoc-Publizität (RLAHP) und Corporate Governance (RLCG) bezieht.¹¹⁵

Die Aktualisierungen betreffen hauptsächlich die Kennzeichnungspflicht von Ad hoc-Mitteilungen. Es wird verdeutlicht, dass nur Informationen über kursrelevante Tatsachen gem. den Bestimmungen der Ad hoc-Publizität zu verbreiten und entsprechend zu kennzeichnen sind. In diesem Zusammenhang wird präzisiert, dass insb. solche Mitteilungen nicht als Ad hoc-Mitteilung gem. Art. 53 KR gekennzeichnet werden dürfen, (i) deren Inhalt darauf abzielt, eine Dienstleistung, ein Produkt oder das Unternehmen selbst (Image) zu bewerben und/oder zu vermarkten (reine Marketingmeldung), oder (ii) welche keine neuen kursrelevanten Tatsachen enthalten, sondern lediglich Tatsachen wiedergeben, welche bereits zuvor im Rahmen einer Ad hoc-Mitteilung verbreitet wurden (Publikation bereits bekannter, ehemals kursrelevanter Tatsachen).

Die Kennzeichnung von Mitteilung als Ad hoc-Mitteilung gem. Art. 53 KR, die keine kursrelevanten Tatsachen beinhalten, ist unzulässig und kann sanktioniert werden. Ebenfalls ist die Vermischung von kursrelevanten Tatsachen mit reinen Marketingmeldungen in einer Ad hoc-Mitteilung unzulässig und kann sanktioniert werden.

¹¹² Richtlinie Pro Forma-Finanzinformationen für die Handelszulassung vom 28. Juni 2023.

¹¹³ Mitteilung des Regulatory Board Nr. 5/2023 vom 11. Juli 2023.

¹¹⁴ Das Rundschreiben Nr. 1 (IC-RS1) ist abrufbar unter <<https://www.ser-ag.com/dam/downloads/regulation/listing/circulars/ic-cir1-de.pdf>>.

¹¹⁵ Mitteilung des Regulatory Board Nr. 6/2023 vom 27. Juli 2023.

Am 1. November 2023 hat das Regulatory Board weitere Bestimmungen in Bezug auf die Ad hoc-Publizität revidiert.¹¹⁶ Die Bestimmung, wonach es abgesehen von Geschäfts- und Zwischenberichten gem. Art. 49 und 50 KR, die stets mit einer Ad hoc-Mitteilung gem. Art. 53 KR zu veröffentlichen sind, keine Tatsachen gibt, deren Bekanntwerden als stets kursrelevant einzustufen ist, wird neu in Art. 53 Abs. 1^{ter} KR geregelt.¹¹⁷ Dabei wurde der Geltungsbereich dieser Bestimmung neu auf Emittenten mit primärkotierten Beteiligungsrechten beschränkt. Emittenten von Anleihen bzw. Forderungsinstrumenten werden künftig von dieser (per se)-Pflicht befreit. Diese Revision trat am 1. Februar 2024 in Kraft.

¹¹⁶ Mitteilungen des Regulatory Board Nr. 8/2023 vom 1. November 2023 und Nr. 1/2024 vom 16. Januar 2024.

¹¹⁷ Per se-Bekanntgabepflicht; bisher Art. 4 Abs. 2 RLAP.

Versicherungsrecht

Hansjürg Appenzeller/Vanessa Isler

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER)	40
1.	Umgang mit differenzierter Preisgestaltung	40
2.	Umgang mit Niederlassungen in Drittländern	40
3.	ESG: Nachhaltiges Finanzwesen (Sustainable Finance)	41
a)	Massnahmepaket Sustainable Finance	41
b)	Naturbezogene Risiken	42
4.	Wichtige EuGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht	42
a)	EuGH vom 2. Februar 2023 Rs C-208/21 (Unlautere Geschäftspraxis)	42
b)	EuGH vom 30. März 2023 Rs C-618/21 (Entschädigungszahlung bei Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung)	44
c)	EuGH vom 20. April 2023 Rs C-263/22 (Missbräuchliche Klauseln)	45
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER)	48
1.	Revision VAG	48
2.	Revision AVO	48
3.	Revision AVO-FINMA	49
4.	Weitere aufsichtsrechtliche Aspekte	51
5.	Wichtige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Versicherungsrecht	52
a)	BGer 4A 22/2022 (Rechtsschutzversicherung; Verjährung des Anspruchs des Versicherten aus Sorgfaltpflichtverletzung gegen den Versicherer)	52

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023

1. Umgang mit differenzierter Preisgestaltung

Am 22. Februar 2023 hat die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) ein *Supervisory Statement* zur differenzierten Preisgestaltung im Nicht-Leben Bereich veröffentlicht.¹ „Differenzierte Preisgestaltung“ (sog. „*differential pricing*“) bedeutet, dass Kunden mit vergleichbarem Versicherungsrisiko und Kostenprofil unterschiedliche Prämien für dasselbe Versicherungsprodukt berechnet werden. Hintergrund war insbesondere die Praxis, neuen Versicherungskunden signifikant bessere Konditionen anzubieten als bestehenden Kunden (sog. „*price walking*“). Aktuariell begründbare Unterschiede bei der Prämienfestsetzung sollen weiterhin zulässig sein. Als problematisch nimmt die EIOPA allerdings den Einbezug von persönlichen Charakteristiken wahr, namentlich Preiselastizität, die Wahrscheinlichkeit, dass der Kunde Prämien vergleicht oder die Versicherung wechseln würde oder die Bereitschaft weitere oder andere Versicherungsprodukte des Anbieters zu kaufen. Versicherer können weiterhin Rabatte anbieten, sollen aber angemessene Governance- und Überwachungsmechanismen implementieren, um sicherzustellen, dass Kunden nicht ungerechnet behandelt werden. Weiter identifiziert das *Supervisory Statement* gewisse Praktiken, die unter der Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD)² nicht zulässig sind, insbesondere die regelmässige Prämienerrhöhung bei der Verlängerung der Versicherung, ohne dass dies durch das Versicherungsrisiko oder Kostenprofil gerechtfertigt ist.

2. Umgang mit Niederlassungen in Drittländern

In einem *Supervisory Statement* vom 3. Februar 2023 hat die EIOPA die Erwartungen an die Governance-Struktur von Niederlassungen europäischer Versicherer und Versicherungsvermittler festgelegt.³ Dabei geht es in erster Linie darum sicherzustellen, dass Versicherer und Vermittler, welche Niederlassungen in Drittländern unterhalten, trotzdem genügend Substanz innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) haben. Weiter erwartet die EIOPA, dass

¹ EIOPA, *Supervisory Statement on differential pricing practices in non-life insurance lines of business*, EIOPA-BoS-23/076 vom 22. Februar 2023.

² 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.

³ EIOPA, *Supervisory Statement on the use of governance arrangements in third countries to perform functions or activities*, EIOPA-22/362 vom 3. Februar 2023.

der Versicherer bzw. Vermittler für Aktivitäten innerhalb des EWR nicht übermässig abhängig wird von Niederlassungen in Drittländern und dass die Funktionsfähigkeit der Aufsicht innerhalb der EU gewährleistet bleibt.

3. ESG: Nachhaltiges Finanzwesen (*Sustainable Finance*)

a) *Massnahmepaket Sustainable Finance*

Am 13. Juni 2023 hat die EU-Kommission ein neues Massnahmepaket zum nachhaltigen Finanzwesen („*Sustainable Finance*“) vorgelegt. Dies umfasst einerseits Anpassungen und Erweiterungen an der EU Taxonomie im Bereich Klima und Umwelt und andererseits einen Vorschlag für eine Verordnung über Anbieter von ESG-Ratings.⁴

Die Delegierte Verordnung zu Klima⁵ ergänzt und korrigiert bestehende Bewertungskriterien für Wirtschaftstätigkeiten, welche unter der EU Taxonomie als ökologisch nachhaltig gelten. Die Delegierte Verordnung zu Umwelt⁶ erweitert die EU Taxonomie durch Einführung von Bewertungskriterien, welche einen wesentlichen Beitrag zu nicht klimabezogenen Umweltzielen leisten, nämlich die nachhaltige Nutzung und der Schutz von Wasser- und Meeresressourcen, der Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft, die Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung und der Schutz und die Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme. Zudem erweitert die Delegierte

⁴ Siehe dazu, Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 13. Juni 2023, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_3192>.

⁵ Delegierte Verordnung (EU) 2023/2048 der Kommission vom 27. Juni 2023 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung der technischen Bewertungskriterien, anhand deren bestimmt wird, unter welchen Bedingungen davon auszugehen ist, dass eine Wirtschaftstätigkeit einen wesentlichen Beitrag zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz von Wasser- und Meeresressourcen, zum Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft, zur Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung oder zum Schutz und zur Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme leistet, und anhand deren bestimmt wird, ob diese Wirtschaftstätigkeit erhebliche Beeinträchtigungen eines der übrigen Umweltziele vermeidet, und zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2021/2178 der Kommission in Bezug auf besondere Offenlegungspflichten für diese Wirtschaftstätigkeiten, ABl. L 2023/2486 vom 21. November 2023 1 ff.

⁶ Delegierte Verordnung (EU) 2023/2485 der Kommission vom 27. Juni 2023 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2021/2139 durch Festlegung zusätzlicher technischer Bewertungskriterien, anhand deren bestimmt wird, unter welchen Bedingungen davon auszugehen ist, dass bestimmte Wirtschaftstätigkeiten einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz oder zur Anpassung an den Klimawandel leisten, und anhand deren bestimmt wird, ob diese Tätigkeiten erhebliche Beeinträchtigungen eines der übrigen Umweltziele vermeiden, ABl. L 2023/2486 vom 21. November 2023 1 ff.

Verordnung zu Umwelt das Spektrum der Wirtschaftstätigkeiten, welche unter die EU-Taxonomie fallen. Die beiden delegierten Verordnungen treten am 1. Januar 2024 in Kraft.

Zur Harmonisierung und Verbesserung der Transparenz bei ESG-Ratings schlägt die EU Kommission eine Verordnung über die Transparenz und Integrität von Rating-Tätigkeiten im ESG Bereich vor.⁷ Organisatorische Anforderungen und Regeln zur Vermeidung von Interessenkonflikten sollen die Zuverlässigkeit und Transparenz der Ratings erhöhen. Zudem sollen Anbieter von ESG-Ratings, die Anlegern und Unternehmen in der EU Dienstleistungen anbieten, von der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) zugelassen und beaufsichtigt werden müssen.

b) *Naturbezogene Risiken*

Als Teil ihrer Sustainable Finance Strategie hat die EIOPA am 29. März 2023 ein *Staff Paper* zu naturbezogenen Risiken und deren Auswirkungen auf die Versicherungsindustrie veröffentlicht.⁸ Darin untersucht die EIOPA, wie sich naturbezogene Risiken auf Versicherungsunternehmen auswirken können und wie die Versicherungsindustrie einen bedeutenden Beitrag zum Schutz und der Wiederherstellung der Natur leisten kann. Dies ist der erste Schritt zur Festlegung der aufsichtsrechtlichen Erwartungen in diesem Bereich.

4. Wichtige EuGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht

a) *EuGH vom 2. Februar 2023 Rs C-208/21 (Unlautere Geschäftspraxis)*

Im vorliegenden Fall⁹ trat K. D. am 10. Januar 2012 für einen Zeitraum von 15 Jahren einem Unit-linked-Gruppenvertrag bei, der zwischen dem Versicherungsunternehmen Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S.A. (TUŻ) und der Bank Y als Versicherungsnehmerin abgeschlossen wurde. Der Vertrag sah vor, dass die monatlichen Versicherungsprämien der Versicherten gesammelt und über einen Investmentfonds angelegt wurden. Im Gegenzug verpflichtete sich TUŻ, Leistungen im Todesfall oder bei Ablauf des Versicherungszeitraums zu erbringen. Bei einer vorzeitigen Vertragskündigung würde TUŻ den Wert der

⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Transparenz und Integrität von Rating-Tätigkeiten in den Bereichen Umwelt, Soziales und Governance (ESG), COM (2023) 314, abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52023PC0314>>.

⁸ EIOPA, Staff paper on nature-related risks and impacts for insurance, EIOPA-23/47 vom 29. März 2023.

⁹ EuGH, Urteil vom 2. Februar 2023, C-208/21, ECLI:EU:C:2023:64.

Fondsanteile abzüglich einer Auflösungsgebühr erstatten. Der Vertrieb und die Verwaltung des Vertrags erfolgten durch die Bank Y, die dafür Provisionen von TUŽ erhielt. Nachdem K. D. erkannte, dass der Wert ihrer Fondsanteile niedriger war als die gezahlten Prämien, kündigte sie den Vertrag und forderte die Rückzahlung aller Prämien von TUŽ. TUŽ lehnte die Forderung ab. K. D. erhob daraufhin Klage und machte verschiedene Klagegründe geltend, unter anderem die Unwirksamkeit ihrer Beitrittserklärung und unlautere Geschäftspraktiken seitens TUŽ. Das vorlegende Gericht hat den Europäischen Gerichtshof um Auslegung einiger Bestimmungen der Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr¹⁰ und der Richtlinie 1993/13 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹¹ gebeten. Es möchte unter anderem wissen, ob das Verfassen irreführender allgemeiner Geschäftsbedingungen durch das Versicherungsunternehmen als unlautere Geschäftspraxis anzusehen ist und wer für solche Praktiken haftet. Das Gericht möchte auch klären, ob eine nationale Rechtsvorschrift zur Ungültigerklärung eines Vertrags aufgrund einer unlauteren Geschäftspraxis mit der Richtlinie 2005/29 vereinbar ist und ob die Richtlinie 1993/13 als Rechtsgrundlage zur Ungültigerklärung eines Vertrags dienen kann.

Das Gericht stellt fest, dass eine Geschäftspraxis als unlauter gilt, wenn wesentliche Informationen, die für den Verbraucher notwendig sind, um eine informierte Entscheidung zu treffen, vorenthalten werden. Dies umfasst Situationen, in denen wesentliche Informationen zurückgehalten werden, was den durchschnittlichen Verbraucher dazu veranlassen kann, eine Entscheidung zu treffen, die er sonst nicht getroffen hätte. Weiter betont das Gericht die Bedeutung der Bereitstellung relevanter vertraglicher Informationen, insbesondere im Zusammenhang mit unit-linked Versicherungsverträgen. Es wird darauf hingewiesen, dass das Versäumnis, solche Informationen bereitzustellen, sei es durch Unterlassung, Verschleierung oder unklare Kommunikation, sich erheblich auf die Fähigkeit eines Verbrauchers auswirken kann, eine informierte Entscheidung zu treffen. Daraus folgt, dass die Erstellung eines solchen Vertrags, der es dem Verbraucher nicht ermöglicht, die relevanten Informationen zu verstehen, als unlautere Geschäftspraxis betrachtet werden kann. Das Versicherungsunternehmen kann für diese Praxis haftbar gemacht werden.

¹⁰ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 149/22 vom 11. Juni 2005, 22 ff.

¹¹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 095 vom 21. April 1993, 29 ff.

Das Urteil stellt ausserdem fest, dass die Richtlinie 1993/13 den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum bei der Festlegung von Sanktionen für unlautere Geschäftspraktiken lässt, solange diese Sanktionen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sind. Die Entscheidung des Gerichts berücksichtigt den Kontext der Richtlinie sowie deren Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Das Urteil kommt zum Schluss, dass das Recht des Verbrauchers, die Ungültigerklärung eines Vertrags zu fordern, der aufgrund einer unlauteren Geschäftspraxis geschlossen wurde, eine angemessene und wirksame Sanktion im Sinne der Richtlinie 2005/29 darstellt. Die genaue Anwendung dieser Sanktion muss jedoch von den nationalen Gerichten unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des konkreten Falls überprüft werden.

b) *EuGH vom 30. März 2023 Rs C-618/21 (Entschädigungszahlung bei Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung)*

In diesem Fall¹² hatte das vorliegende Gericht in Warschau sechs Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, in denen die Kläger Schadensersatz für Schäden an ihren Fahrzeugen infolge eines Verkehrsunfalls oder eines herunterfallenden Garagentors forderten. Die Kläger bezifferten den Schaden anhand der Reparaturkosten, auch wenn die Reparaturen noch nicht durchgeführt wurden. Die beklagten Versicherungsunternehmen argumentierten, dass die Entschädigung den tatsächlich erlittenen Schaden nicht übersteigen sollte, der nach einer anderen Methode berechnet wird. Nach polnischem Recht basiert die Entschädigung auf hypothetischen Reparaturkosten, unabhängig davon, ob das Fahrzeug tatsächlich repariert wird oder nicht. Das vorliegende Gericht ersuchte den EuGH in der Folge um Klärung der Rechte des Geschädigten gemäss der Richtlinie 2009/103 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht¹³, insbesondere ob das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Geschädigten daran hindert, Schadensersatz in Form von Reparaturkosten direkt von der Versicherung zu verlangen und ob der Geschädigte das Recht hat, vom Versicherer die Reparaturkosten zu erhalten oder ob es dem Versicherer erlaubt ist, Bedingungen für die Auszahlung dieser Mittel festzulegen, um eine un gerechtfertigte Bereicherung zu verhindern, sowie ob ein Geschädigter Reparaturkosten auch dann erhalten soll, wenn der Geschädigte das Fahrzeug verkauft hat.

¹² EuGH, Urteil vom 30. März 2023, C-618/21, ECLI:EU:C:2023:278.

¹³ Richtlinie 2009/103/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, Abl. L 263 vom 7. Oktober 2009, 11 ff.

Das Gericht hält fest, dass die Mitgliedsstaaten grundsätzlich frei sind, die Haftpflichtvorschriften zu regeln, solange sie die Rechte der Geschädigten gemäss der Richtlinie 2009/103 nicht einschränken. Die nationalen Gerichte müssen sicherstellen, dass die Unionsregelung nicht durch nationale Regelungen ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt wird und dass der Schutz der Geschädigten gewährleistet ist. Insgesamt darf die nationale Regelung nicht dazu führen, dass die Verpflichtung des Versicherers, den gesamten Schadensersatz zu leisten, beeinträchtigt wird. Wenn die nationale Regelung die Wirksamkeit des Direktanspruchs beeinträchtigt, ist sie mit der Richtlinie nicht vereinbar. Eine nationale Regelung, die im Fall eines Direktanspruchs der Person, deren Fahrzeug infolge eines Verkehrsunfalls beschädigt wurde, gegenüber dem Versicherer der für den Schaden verantwortlichen Person als einzige Möglichkeit, um von diesem Versicherer Schadensersatz zu erhalten, die Zahlung einer finanziellen Entschädigung vorsieht, ist zulässig. Nicht vereinbar mit der Richtlinie 2009/103 sind hingegen Modalitäten zur Berechnung dieser Entschädigung sowie Voraussetzungen für ihre Zahlung, soweit sie im Rahmen eines Direktanspruchs zur Folge hätten, dass die Verpflichtung des Versicherers, den gesamten Schadensersatz zu decken, den die für den Schaden verantwortliche Person dem Geschädigten für den ihm zugefügten Schaden zu leisten hat, ausgeschlossen oder begrenzt wird.

c) *EuGH vom 20. April 2023 Rs C-263/22 (Missbräuchliche Klauseln)*

LP und ihr Ehemann schlossen einen Darlehensvertrag mit der Banco de Investimento Imobiliário SA und traten einem Gruppenversicherungsvertrag mit der Ocidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA (Ocidental) bei¹⁴. Der Versicherungsvertrag sah vor, dass Ocidental im Falle der dauernden Erwerbsunfähigkeit von LP die fälligen Darlehensraten zahlen würde. Als LP dauerhaft erwerbsunfähig wurde, weigerte sich Ocidental jedoch, gemäss dem Vertrag zu zahlen, da sie angab, dass unrichtige Angaben über LPs Gesundheitszustand gemacht worden seien und der Vertrag keine Deckung für bestehende Krankheiten vorsehe. LP klagte daraufhin und forderte Ocidental auf, den ausstehenden Darlehensbetrag zu zahlen und die bereits gezahlten Raten zu erstatten. Sie argumentierte, dass sie nicht über den Ausschluss des Versicherungsschutzes informiert worden sei und die entsprechenden Klauseln daher rechtlich unwirksam seien. Das erstinstanzliche Gericht erklärte den Versicherungsvertrag für nichtig und wies LPs Klage ab. Das Berufungsgericht gab der Berufung teilweise statt, indem es den Versicherungsvertrag für gültig erklärte, aber die Ausschlussklauseln als inexistent anzusehen seien,

¹⁴ EuGH, Urteil vom 20. April 2023, C-263/22, ECLI:EU:C:2023:311.

da sie LP nicht mitgeteilt wurden. Ocidental legte gegen diese Entscheidung Revision beim Obersten Gerichtshof ein, der den EuGH um Klärung folgender Fragen bat: (1) ist Richtlinie 1993/13 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹⁵ dahingehend auszulegen, dass Verbraucher stets die Möglichkeit haben müssen, von allen Klauseln eines Vertrags Kenntnis zu nehmen, (2) ist Richtlinie 1993/13, welche als Voraussetzung für den Ausschluss der Kontrolle von Klauseln, die sich auf den Hauptgegenstand des Vertrags beziehen, vorsieht, dass „diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind“, dahin auszulegen, dass der Verbraucher stets die Möglichkeit haben muss, von diesen Klauseln Kenntnis zu nehmen, und (3) steht eine nationale Regelung, welche die gerichtliche Kontrolle von Klauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrags definieren, zulässt, im Widerspruch zur Richtlinie 1993/13, wenn die Versicherungsgesellschaft dem Versicherten eine Klausel über den Ausschluss oder die Beschränkung des versicherten Risikos nicht mitteilt und ob diese Regelung dem Versicherungsnehmer die Haftung für den entstandenen Schaden auferlegt, obwohl die versicherte Person keine Möglichkeit hatte, von den Klauseln Kenntnis zu nehmen.

Betreffend die ersten beiden Fragen kommt das Gericht zum klaren Schluss, dass ein Verbraucher immer die Möglichkeit haben muss, vor Abschluss eines Vertrags von allen darin enthaltenen Klauseln Kenntnis zu nehmen. Das Transparenzfordernis bedeutet, dass dem Verbraucher vor Vertragsschluss alle Informationen über die Klauseln des Vertrags zur Verfügung gestellt werden müssen, damit er die wirtschaftlichen Folgen dieser Klauseln verstehen und eine fundierte Entscheidung treffen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob die Klauseln den Hauptgegenstand des Vertrags betreffen oder nicht. Die nationalen Gerichte sind dabei verpflichtet, die volle Wirksamkeit der Richtlinie 1993/13 zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem Ziel der Richtlinie im Einklang steht.

Zur dritten Frage stellt das Gericht fest, dass die Transparenz einer Vertragsklausel einen der Gesichtspunkte darstellt, die bei der vom nationalen Gericht anhand der unter Richtlinie 1993/13 vorzunehmenden Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klausel zu berücksichtigen sind. Wenn aber bereits die Intransparenz einer Vertragsklausel, die auf mangelnde Klarheit oder Verständlichkeit dieser Klausel zurückzuführen ist, einen Gesichtspunkt darstellen kann, der bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Klausel zu berücksichtigen ist, so gelte dies erst recht für einen Mangel an Transparenz, der damit zusammenhängt, dass es dem Verbraucher überhaupt nicht möglich

¹⁵ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 095 vom 21. April 1993, 29 ff.

war, von dieser Klausel vor Abschluss des betreffenden Vertrags Kenntnis zu nehmen. Der Umstand, dass eine solche als missbräuchlich eingestufte Vertragsklausel dem Verbraucher nicht entgegengehalten werden kann, lässt jedoch die Folgen unberührt, die sich in Bezug auf die zivilrechtliche Haftung möglicherweise daraus ergeben.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

1. Revision VAG¹⁶

Am 2. Juni 2023 hat der Bundesrat die Teilrevision des VAG, die das Parlament am 18. März 2022 verabschiedet hat, auf den 1. Januar 2024 in Kraft gesetzt. Für die Änderungen im Einzelnen wird auf die vorletztjährige Ausgabe verwiesen.¹⁷

Ziel dieser Teilrevision ist, den Versicherungerschutz und die Wettbewerbsfähigkeit sowie die Innovationsfähigkeit des Versicherungsstandortes Schweiz zu stärken. Zudem adressiert die Teilrevision den Entscheid des Parlamentes im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)¹⁸, wonach die Verhaltenspflichten des FIDLEG auf die Erbringung von Versicherungsdienstleistungen keine Anwendung finden, sondern ins VAG aufgenommen werden sollen.

2. Revision AVO¹⁹

Der Bundesrat hat am 2. Juni 2023 die Änderung der AVO verabschiedet, nachdem das Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf der geänderten AVO im September 2022 endete.²⁰ Per 1. Januar 2024 ist die revidierte AVO in Kraft getreten.

Die revidierte AVO setzt die Anliegen der Teilrevision des VAG um. Weitere Anpassungen ergeben sich aus der Übernahme von FINMA-Regulierungen im Versicherungsbereich, die nach Prüfung ihrer Stufengerechtigkeit entsprechend den Vorgaben der Verordnung vom 13. Dezember 2019 zum Finanzmarktaufsichtsgesetz auf Verordnungsebene überführt wurden.

Fokus der revidierten AVO sind folgende Themenbereiche²¹:

¹⁶ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01).

¹⁷ Appenzeller Hansjürg/Isler Vanessa, Versicherungsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/21, Zürich, 67 f.

¹⁸ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, SR 950.1).

¹⁹ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO, SR 961.011).

²⁰ Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Bericht zur Änderung der Aufsichtsverordnung (Aufsicht, Solvenz, gebundenes Vermögen, Verhaltensregeln und Versicherungsvermittlung) vom 17. Mai 2022.

²¹ Siehe dazu auch Appenzeller Hansjürg/Isler Vanessa, Versicherungsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 56.

- Einführung eines Kleinversicherungsregimes mit Aufsichtserleichterungen oder -befreiungen für kleine Versicherungsunternehmen (Art. 1b-1g AVO),²²
- Festlegung von Kriterien für (bewilligungspflichtige) Geschäfte mit und (bewilligungsfreie) Geschäfte ohne Zusammenhang mit dem Versicherungsgeschäft (Art. 5b und 5c AVO),²³
- Überführung der Bestimmungen zu den Solvenzanforderungen vom FINMA-Rundschreiben 2017/3 „SST“ in die AVO (Art. 21 ff. und Art. 51 ff. AVO);
- Einführung eines *Tiering*-Systems bei risikoabsorbierenden Kapitalinstrumenten (Art. 32, 34, 37 und 38 AVO), insbesondere eines „qualitativ hochstehenden“ regulatorischen Eigenkapitals (sog. Tier 1);²⁴
- Konkretisierung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Versicherungszweckgesellschaften (Art. 111d – 111u AVO);²⁵
- Einführung von produktspezifischen Informationspflichten und Verhaltensregeln im Zusammenhang mit qualifizierten und nicht-qualifizierten Lebensversicherungsprodukten (Art. 129a ff. AVO); und
- Modernisierung des Vermittlerrechts (Art. 182 ff. AVO).

3. Revision AVO-FINMA²⁶

Am 22. August 2023 hat die FINMA den Entwurf zur Änderung der AVO-FINMA veröffentlicht und die diesbezügliche öffentliche Anhörung eröffnet.²⁷ Das Anhörungsverfahren endete am 22. November 2023. Im Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrags wurde der finale Text der AVO-FINMA noch nicht publiziert.

²² Vgl. Homburger-Bulletin vom 7. Juni 2023, Ziff. II, abrufbar unter <<https://www.homburger.ch/en/insights/bundesrat-verabschiedet-anderung-der-aufsichtsverordnung>>.

²³ Vgl. Homburger-Bulletin vom 7. Juni 2023, Ziff. III, abrufbar unter <<https://www.homburger.ch/en/insights/bundesrat-verabschiedet-anderung-der-aufsichtsverordnung>>.

²⁴ Zu den risikoabsorbierenden Kapitalinstrumenten, vgl. Appenzeller Hansjürg/Isler Vanessa, Update on Risk-Absorbing Capital Instruments under the Revised Insurance Regulations, CapLaw 2023/57; Homburger-Bulletin vom 7. Juni 2023, Ziff. IV, abrufbar unter <<https://www.homburger.ch/en/insights/bundesrat-verabschiedet-anderung-der-aufsichtsverordnung>>.

²⁵ Appenzeller Hansjürg, Versicherungszweckgesellschaften, in: Appenzeller Hansjürg/Mächler Monica (Hrsg.), VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?, Zürich 2023, 103 ff.

²⁶ Verordnung der FINMA über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Versicherungsaufsichtsverordnung FINMA, AVO-FINMA, SR 961.011.1).

²⁷ FINMA, Erläuterungsbericht vom 22. August 2023, Anhörung zu den Ausführungsbestimmungen der FINMA zum VAG und zur AVO: Totalrevision der Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA und Revision von FINMA-Rundschreiben.

Die Teilrevision des VAG und der AVO machen eine Überarbeitung der Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA, die totalrevidiert werden soll, sowie verschiedener FINMA-Rundschreiben im Versicherungsbereich nötig. Ziel der Revision ist es, auf Stufe FINMA die Vorgaben aus dem teilrevidierten VAG und der teilrevidierten AVO prinzipienbasiert und proportional umzusetzen.

Die bisher in FINMA-Rundschreiben enthaltenen Praxisanforderungen an den Schweizer Solvenztest (SST), das gebundene Vermögen und die versicherungstechnischen Rückstellungen werden in die AVO-FINMA überführt. Mit der Regelung dieser Themen in der AVO-FINMA können insgesamt fünf FINMA-Rundschreiben abgeschafft und andere FINMA-Rundschreiben stark gekürzt werden. Weitere Anpassungen betreffen die Umsetzung der Transparenzvorschriften für Lebensversicherungen, technische Aspekte zur Aufsicht über die Versicherungsvermittler und die Aufgaben des verantwortlichen Aktuars und der Gruppenaktuarsfunktion.

Folgende Anpassungen der AVO-FINMA sind besonders erwähnenswert:

- Solvvenz: Ausführungen zu technischen Einzelheiten des SST (ohne wesentliche inhaltliche Änderungen) auf Basis der bestehenden Praxis als Konsequenz der Verankerung des SST im VAG und in der AVO sowie Begrenzung des FINMA-Rundschreibens zum SST auf wenige Themen;
- Gebundenes Vermögen: Übernahme weniger Ausführungsbestimmungen zum gebundenen Vermögen in die AVO-FINMA als Konsequenz des neu in VAG und AVO verankerten *Prudent Person Principle* sowie Aufhebung des FINMA-Rundschreibens 2016/5 „Anlagerichtlinien – Versicherer“;
- Versicherungstechnische Rückstellungen: Überführung der bisher bestehenden Praxisanforderungen zu den versicherungstechnischen Rückstellungen in die AVO-FINMA und Aufhebung der FINMA-Rundschreiben zu den versicherungstechnischen Rückstellungen;
- Verhaltensregeln in der Lebensversicherung: Ausführung der Delegationskompetenzen der AVO an die FINMA im Bereich der Beispielrechnungen für die Lebensversicherung und Überarbeitung des FINMA-Rundschreibens 2016/6 „Lebensversicherung“;
- Vermittleraufsicht: Technische Details zur Aufsicht über die Versicherungsvermittler (Meldepflichten bei Änderung von Tatsachen und bei Nichteinhaltung der Mindeststandards für die Weiterbildung sowie Berichterstattung an die FINMA);
- Gruppenaufsicht: Überführung der Meldepflichten im Zusammenhang mit der Änderung der Beteiligungsverhältnisse und mit gruppeninternen Vorgängen aus dem FINMA-Rundschreiben 2016/4 „Versicherungsgruppen“

und -konglomerate“ sowie der Genehmigungspflicht für Personen der Konzernobergesellschaft aus dem FINMA-Rundschreiben 2017/5 „Geschäftspläne – Versicherer“ in die AVO-FINMA.

4. Weitere aufsichtsrechtliche Aspekte

Am 24. Januar 2023 hat die FINMA die Aufsichtsmittelung 01/2023 „Entwicklungen im Bereich des Managements von Klimarisiken“ veröffentlicht. Darin weist die FINMA auf relevante Entwicklungen im Bereich des Managements klimabezogener Finanzrisiken hin. Die FINMA erwartet, dass beaufsichtigte Institute wie Versicherungsunternehmen sich proaktiv mit den aktuellen Auslegungshilfen und Empfehlungen internationaler Standardsetzungsgremien auseinandersetzen und ein angemessenes Management von Klimarisiken etablieren. Beaufsichtigte sind sodann aufgefordert, ihre Instrumente und Prozesse bezüglich Klimarisiken kritisch zu hinterfragen, an ihr Risikoprofil anzupassen und gegebenenfalls vorausschauend weiterzuentwickeln.

Die FINMA hat im Rahmen eines Enforcementverfahrens am 29. September 2023 festgestellt, dass Comparis als ungebundene Versicherungsvermittlerin tätig ist. Comparis betreibt ein Online-Portal, auf dem Nutzende verschiedene Versicherungstypen von verschiedenen Anbietern vergleichen und anhand der auf einem individuellen Suchprofil beruhenden Rangliste eine Versicherungs-offerte einholen können. FINMA verpflichtet Comparis, sich umgehend in das Register einzutragen und den vorgeschriebenen Informationspflichten gegenüber den Konsumentinnen und Konsumenten nachzukommen.

Mit einem Entscheid im 2023 stellt die FINMA fest, dass ein Unternehmen eine Versicherungstätigkeit ohne Bewilligung ausübte.²⁸ Die bewilligungspflichtige Tätigkeit bestand darin, dass das Unternehmen Rechtsabonnements für Unternehmen und Privatpersonen angeboten hat, die gegen Zahlung eines Jahresbeitrags unbegrenzten Zugang zu verschiedenen Rechtsdienstleistungen ermöglicht haben. Darüber hinaus wurden in bestimmten Situationen auch Kostenvorschüsse zur Bezahlung von Anwaltshonoraren und Gerichten in Form eines Darlehens mit einem Zinssatz von 0% gewährt. Gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen liess sich dann das Unternehmen dieses Darlehen im Falle eines Obsiegens von den Gerichtskosten zurückzahlen. Im Falle des Unterliegens stellte der Restbetrag ein nicht rückzahlbares Darlehen dar. Die FINMA ernannte einen Liquidator und ordnete die sofortige Liquidation

²⁸ FINMA-Entscheid abrufbar unter <https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/verfuegungsmeldungen/20230919-verfuegungsmeldung-decision-ptp.pdf?sc_lang=fr&hash=9492C964CAF35C6CE4C6B520D314BAAC>.

der involvierten Unternehmen und die Einziehung der Liquidationserlöse an. Zudem wies die FINMA die Involvierten an, sich ohne die erforderliche Bewilligung jeder nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungspflichtigen Tätigkeit zu enthalten.

5. Wichtige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Versicherungsrecht

- a) *BGer 4A_22/2022 (Rechtsschutzversicherung; Verjährung des Anspruchs des Versicherten aus Sorgfaltspflichtverletzung gegen den Versicherer)*

In einem Entscheid vom 21. Februar 2023 hat das Bundesgericht die Frage behandelt, ob der Anspruch des Versicherten aus Vertragsverletzung (Sorgfaltspflichtverletzung) gegen den Rechtsschutzversicherer gestützt auf Art. 46 Abs. 1 VVG (5 Jahre) oder Art. 127 OR (10 Jahre) verjährt.²⁹ Hintergrund war eine Rechtsberatung des Rechtsschutzversicherers, der dabei seine Sorgfaltspflicht verletzt und dem Versicherten einen Schaden zugefügt hat.

Das Bundesgericht hat entschieden, dass in einem solchen Fall Art. 127 OR anwendbar ist, da es sich bei diesem Anspruch nicht um eine Forderung aus dem Versicherungsvertrag, sondern um einen vertraglichen Schadenersatzanspruch handelte. Eine Schadenersatzforderung, die auf vertraglicher Haftung beruht, entsteht erst nach der Versicherungsleistung (Rechtsberatung) und fällt deshalb nicht unter [Art. 46 Abs. 1 VVG](#). Die Leistungspflicht gemäss [Art. 46 Abs. 1 VVG](#) entspricht der Pflicht des Versicherers, die im Versicherungsvertrag vorgesehenen Leistungen zu erbringen. Bei der Rechtsschutzversicherung leistet der Versicherer Rechtsbeistand und eine Geldleistung sowie ab Beginn des Rechtsstreits eine Garantie (bzw. Zahlung) der im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit entstandenen Kosten. Die „Tatsache“, die in [Art. 46 Abs. 1 VVG](#) erwähnt ist, ist die Verwirklichung des Risikos, das die Leistungspflicht des Versicherers begründet. Bei der Rechtsschutzversicherung ist diese „Tatsache“ das Aufkommen des Bedarfs nach Rechtsschutz. Die Verjährungsfrist nach [Art. 46 Abs. 1 VVG](#) beginnt ab diesem Zeitpunkt und nicht erst mit dem Beginn des Rechtsstreits oder mit Beendigung des Verfahrens durch ein endgültiges Urteil oder einen Vergleich.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2022 vom 21. Februar 2023.

Kommunikation und Medien

Tobias Baumgartner/Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (TOBIAS BAUMGARTNER)	55
1.	Allgemeine Entwicklungen	55
a)	Politikprogramm für die digitale Dekade 2030	55
b)	Bericht zu Perspektiven in der europäischen Medienbranche	55
c)	Förderung digitaler Kompetenzen	56
2.	Infrastruktur und Technik	56
a)	Strategie für das Web 4.0	56
b)	Gigabit-Konnektivität bis 2030	57
c)	Europäische Chip-Verordnung	57
d)	Überwachung der Halbleiter-Lieferkette	58
e)	Regulierung Künstlicher Intelligenz	58
3.	Digitale Verwaltung	59
a)	Europäische digitale Identität	59
b)	Bericht zur digitalen öffentlichen Verwaltung	59
4.	Digitale Wirtschaft	60
a)	Transparenzzentrum zu Online-Desinformation	60
b)	Leitlinien für Meldepflichten von Internetplattformen	60
c)	Aufsichtsgebühren für Internetplattformen	61
d)	Verordnung über digitale Märkte in Kraft	61
5.	Datenschutz	62
a)	Neuer Angemessenheitsbeschluss zum transatlantischen Datenschutz	62
b)	EuGH: Telefonüberwachung auch ohne individualisierte Begründung	63
c)	EuGH: Auskunftsrecht über Abfrage personenbezogener Daten	63
6.	Cybersicherheit	64
a)	Sicherheit von 5G-Netzen	64
b)	Stärkung der Cybersicherheit und der Resilienz kritischer Infrastrukturen	64
c)	Verordnungsvorschlag über Cybersolidarität	65
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (ULRIKE I. HEINRICH)	66
1.	Allgemeine Entwicklungen	66
a)	Digitalisierung in der Schweiz	66
b)	Mediennutzung in der Schweiz	66
c)	Folgen der Änderung des Filmgesetzes	67
d)	Künstliche Intelligenz	68
e)	Medienförderung	68

	f) Swiss Internet Governance Forum	69
	g) Verstärkung der internationalen Kommunikation	69
2.	Infrastruktur und Technik	70
	a) Grundversorgung für Telefon und Internet	70
	b) Konzession SRG	70
	c) SRG-Initiative	71
	d) Einheitlicher Ladestandard für Mobiltelefone und Tablets	71
	e) Gigabitstrategie	72
3.	Digitale Verwaltung	73
	a) Elektronische Identität (E-ID-Gesetz)	73
	b) Elektronische Stimmabgabe	73
	c) Plattform für elektronischen Rechtsverkehr (Projekt Justitia 4.0)	74
4.	Digitale Wirtschaft	74
	a) Strategie Digitale Schweiz	74
	b) Regulierung von Internetplattformen	75
5.	Datenschutz	76
	a) Datenschutzgesetz Schweiz	76
6.	Cybersicherheit	77
	a) Informationssicherheitsgesetz in Kraft gesetzt	77
	b) Meldepflicht für Cyberangriffe bei sensiblen Infrastrukturen	77

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023

Im Berichterstattungszeitraum befasste sich die Europäische Kommission erneut mit dem Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen in der EU sowie mit Fragen der Cybersicherheit und schliesslich mit der Digitalisierung im öffentlichen Sektor.

i. Allgemeine Entwicklungen

a) *Politikprogramm für die digitale Dekade 2030*

Am 19. Dezember 2022 verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat ihr [Politikprogramm](#) für die digitale Dekade 2030.¹ In dem Programm werden Vorgaben und Ziele für den digitalen Wandel formuliert. Im Fokus stehen vier Kernbereiche, nämlich (1) digitale Kompetenzen, (2) Infrastrukturen einschliesslich Konnektivität, (3) Digitalisierung von Unternehmen und (4) Bereitstellung öffentlicher Online-Dienste. Die Ziele und Vorgaben werden von einem zyklischen Kooperationsprozess begleitet, in dessen Rahmen eine Bilanz der Fortschritte gezogen und Etappenziele festgelegt werden, damit sie bis 2030 erreicht werden können. Mit dem Programm wird auch ein neuer Rahmen für Mehrländerprojekte geschaffen, der es den Mitgliedstaaten ermöglicht, ihre Kräfte bei digitalen Initiativen zu bündeln.

b) *Bericht zu Perspektiven in der europäischen Medienbranche*

Die Europäische Kommission veröffentlichte am 18. Mai 2023 ihren ersten Bericht über Perspektiven in der europäischen Medienbranche.² Der Bericht dokumentiert und analysiert Trends in den Bereichen audiovisuelle Medien, Videospiele und Nachrichtenmedien. Hierbei werden insbesondere die strukturellen Auswirkungen der laufenden Verlagerung des Medienkonsums auf digitale Medien aufgezeigt. Der Bericht betont die Bedeutung strategischer Vermögenswerte wie Rechte des geistigen Eigentums für Medienunternehmen und wie der Erhalt, der Erwerb und die Nutzung dieser Rechte dazu beitragen können, mehr Einnahmen zu erzielen, zu investieren oder unabhängig zu bleiben. Ferner wird betont, dass eine frühzeitige Einführung innovativer Tech-

¹ Beschluss (EU) 2022/2481 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die Aufstellung des Politikprogramms 2030 für die digitale Dekade, ABl. L 323 vom 19. Dezember 2022, 4. Zum Politikprogramm für die digitale Dekade siehe auch: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_de.

² Der Bericht ist verfügbar unter: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-media-industry-outlook>.

nologien und Techniken (insb. KI) von grundlegender Bedeutung sei, um sich anzupassen, neue Märkte zu erschliessen und wettbewerbsfähiger zu werden. Auch sollte nach Einschätzung der Kommission die Entwicklung erfolgreicher Geschäftsmodelle auf zielgruppenorientierte Strategien stützen.

c) *Förderung digitaler Kompetenzen*

Im Zusammenhang mit dem Europäischen Jahr der Kompetenzen setzte die Europäische Kommission Impulse für die Förderung digitaler Kompetenzen der Bürgerinnen und Bürger. Ein Vorschlag betreffend Schlüsselfaktoren für eine erfolgreiche digitale Aus- und Weiterbildung³ hält die Mitgliedstaaten an, für einen universellen Zugang zu inklusiver und hochwertiger digitaler Aus- und Weiterbildung zu sorgen – damit die digitale Kluft überwunden werden kann, die durch Corona noch vertieft wurde. Der zweite Punkt betrifft die in den verschiedenen Bevölkerungsgruppen unterschiedlich ausgeprägten digitalen Kompetenzen sowie das Vermögen der nationalen Bildungssysteme, diese Unterschiede anzugehen. Der Vorschlag betreffende Vorschlag zur Verbesserung der Vermittlung digitaler Kompetenzen in der allgemeinen und beruflichen Bildung befasst sich daher mit den einzelnen Bildungsebenen.⁴

2. **Infrastruktur und Technik**

a) *Strategie für das Web 4.0*

Die Europäische Kommission legte am 11. Juli 2023 eine [Strategie](#) für das Web 4.0 und virtuelle Welten vor.⁵ Die Strategie adressiert drei Bereiche, nämlich digitalen Kompetenzen, Unternehmen und öffentliche Dienste. Im Hinblick auf digitale Kompetenzen der Bürgerinnen und Bürger kündigt die Kommission für das erste Quartal 2024 entsprechende Leitlinien. Zur Förderung der digitalen Transformation der Wirtschaft plant die Kommission, die Entwicklung eines industriellen Ökosystems für das Web 4.0 zu unterstützen. Derzeit gebe es kein EU-Ökosystem, das die verschiedenen Akteure der Wert-

³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zu den Schlüsselfaktoren für eine erfolgreiche allgemeine und berufliche digitale Bildung vom 18. April 2023, COM(2023) 205 final.

⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Empfehlung des Rates für eine bessere Vermittlung digitaler Kompetenzen in der allgemeinen und beruflichen Bildung vom 18. April 2023, COM(2023) 206 final.

⁵ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Initiative für das Web 4.0 und virtuelle Welten: mit Vorsprung in den nächsten technologischen Wandel vom 11. Juli 2023, COM(2023) 442 final.

schöpfungskette virtueller Welten und des Web 4.0 zusammenbringe. Auch erwägt die Kommission eine mögliche Partnerschaft für virtuelle Welten im Rahmen von Horizont Europa, die ab 2025 die Arbeit aufnehmen könnte, um Spitzenleistungen in der Forschung zu fördern und einen industriellen und technologischen Fahrplan für virtuelle Welten zu entwickeln. Im Bereich der Behördendienste kündigt die Kommission Investitionen in Projekte an, die mittels virtueller Nachbildungen, etwa von Städten oder Meeren, neuartige Planung und Forschung erleichtern soll.

b) *Gigabit-Konnektivität bis 2030*

Am 23. Februar 2023 stellte die Europäische Kommission ein Initiativpaket zur Förderung des Aufbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen bis 2030 vor.⁶ Das Paket umfasst einen Verordnungsvorschlag betreffend den Ausbau von Gigabit-Infrastrukturen. Mit dieser Verordnung sollen die Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Aufbau der zugrundeliegenden physischen Infrastrukturen für fortgeschrittene Gigabit-Netze bewältigt werden, der langsam und kostspielig ist. Insbesondere sollen der bürokratische Aufwand und die Kosten verringert werden. Hierzu wird vorgeschlagen, die Genehmigungsverfahren zu vereinfachen und zu digitalisieren.

Zudem soll eine ebenfalls vorgeschlagene Gigabit-Empfehlung den nationalen Regulierungsbehörden Leitlinien zu den Bedingungen für den Zugang zu den Telekommunikationsnetzen von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht an die Hand geben. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass alle Betreiber gegebenenfalls Zugang zu einer solchen bestehenden Netzinfrastruktur haben. Auf diese Weise kann für ein angemessenes Regulierungsumfeld gesorgt werden.

c) *Europäische Chip-Verordnung*

Die EU will ihre Abhängigkeit bei der Produktion von Halbleitern verringern und bis 2030 ihren Weltmarktanteil auf 20 Prozent verdoppeln. Um das zu erreichen, verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat am 18. September 2023 die Europäische Chip-Verordnung.⁷ Die erste Säule des Rechts-

⁶ Die Vorschläge sind abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/schnelles-internet-fur-alle-kommission-legt-vorschlaege-fur-gigabit-konnektivitaet-bis-2030-vor-2023-02-23_de>.

⁷ Verordnung (EU) 2023/1781 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September 2023 zur Schaffung eines Rahmens für Massnahmen zur Stärkung des europäischen Halbleiter-Ökosystems und zur Änderung der Verordnung (EU) 2021/694 (Chip-Gesetz) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 229 vom 18. September 2023, 1.

akts – die Initiative „Chips für Europa“ – soll die technologische Führungsrolle Europas stärken, indem sie den Wissenstransfer vom Labor zur Fertigung erleichtert, die Kluft zwischen Forschung und Innovation und industriellen Aktivitäten überbrückt und die Industrialisierung innovativer Technologien durch europäische Unternehmen fördert. Zusätzlich soll die zweite Säule des Rechtsakts Anreize für öffentliche und private Investitionen in Produktionsanlagen für Chiphersteller und ihre Zulieferer schaffen. Im Rahmen der dritten Säule wird die Europäische Chip-Akte auch einen Koordinierungsmechanismus zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission einrichten.

d) *Überwachung der Halbleiter-Lieferkette*

Ergänzend zur Europäischen Chip-Verordnung⁸ lancierte die Europäische Kommission am 10. Mai 2023 ein Pilotprojekt zur Überwachung der Halbleiter-Lieferkette.⁹ Das neue Warnsystem soll auf kritische Störungen aufmerksam machen und Informationen sammeln, die für eine genaue Risikobewertung und eine rasche Reaktion auf mögliche Krisensituationen durch die Europäische Halbleiter-Expertengruppe¹⁰ erforderlich sind. Die Halbleiter-Expertengruppe fungiert als Plattform für die Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten; auch berät und unterstützt sie die Kommission bei der Umsetzung der Chip-Verordnung.

e) *Regulierung Künstlicher Intelligenz*

Das Europäische Parlament und der Rat erzielten am 8. Dezember 2023 eine politische Einigung über eine neue Verordnung zur Regulierung künstlicher Intelligenz¹¹. Die Verordnung folgt einem risikobasierten Ansatz, d.h. sie klassifiziert KI-basierte Systeme entsprechend dem Grad ihrer Risiken insb. für Gesundheit, Sicherheit und Grundrechte. Die Verordnung statuiert vier Risikokategorien, nämlich KI-Systeme mit unzulässigem Risiko, mit hohem Risiko, mit begrenztem Risiko sowie mit minimalem Risiko. Systeme mit unzulässigen Risiken sind nach der Verordnung verboten; hierzu zählen vor allem

⁸ Siehe oben [2.c](#)).

⁹ Der Vorstoss geht zurück auf die Empfehlung (EU) 2022/210 der Kommission 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, C(2022) 782, ABl. L 35 vom 17. Februar 2022, 17.

¹⁰ Zu den Aufgaben, Mitgliedern und Treffen vgl.: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupID=3838>.

¹¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM(2021) 206 final vom 21. April 2024.

Systeme, die menschliches Verhalten manipulieren. An Systeme mit hohen und begrenzten Risiken werden unterschiedliche Compliance- und Informationspflichten gekoppelt. An KI-Systeme mit minimalen Risiken wie etwa KI-gestützte Spam-Filter werden keine weiteren Anforderungen gestellt. Die politische Einigung muss nun noch vom Europäischen Parlament und vom Rat förmlich verabschiedet werden und tritt dann 20 Tage nach der Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft.

3. Digitale Verwaltung

a) Europäische digitale Identität

Das Europäische Parlament und der Rat konnten am 8. November 2023 eine politische Einigung über eine neue Verordnung erzielen, mit der die Einführung einer digitalen Identität in der EU vorangetrieben werden soll.¹² Gegenstand der neuen Verordnung ist eine „digitale Brieftasche (Wallet)“, mit der sich die Bürgerinnen und Bürger bei der Nutzung privatwirtschaftlicher und behördlicher Dienste ausweisen resp. authentifizieren können. Grosse Internetplattformen sollen dazu verpflichtet werden, die standardisierten EU-Brieftaschen bei Transaktionen mit Kunden zu akzeptieren.

Bereits seit 1. April 2023 werden auf Betreiben der Europäischen Kommission grossformatige Pilotprojekte zur Einführung der EU-Brieftasche durchgeführt, und zwar u.a. in den Sektoren Gesundheitswesen, Finanzdienstleistungen, Bildung und Verkehr.¹³ Zu den untersuchten Anwendungsfällen zählen insbesondere: Zugang zu staatlichen Diensten, Eröffnung eines Bankkontos, SIM-Registrierung, Mobile Fahrerlaubnis, Unterzeichnung von Verträgen und Bildungszertifizierungen.

b) Bericht zur digitalen öffentlichen Verwaltung

Am 17. Juli 2023 veröffentlichte die Europäische Kommission ihren zweiten Fortschrittsbericht über die Umsetzung der Berliner Erklärung von 2020.¹⁴ Die Berliner Erklärung stellt eine Verpflichtung für eine digitale Gesellschaft auf der Grundlage von Grundrechten, demokratischen Werten und einer wer-tebasierten digitalen Verwaltung dar und bekräftigt das starke Engagement Europas für den digitalen Wandel und die europäischen Werte. Ihr Schwer-

¹² Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 8. November 2023, IP/23/5651.

¹³ Vgl. dazu im Einzelnen: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/eudi-wallet-implementation>>.

¹⁴ Der Bericht ist abrufbar unter: <https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/news/2023-08/SC26_D02.03_BDM_Report_2022_v4.00_FINAL_0.pdf>.

punkt liegt auf der Gestaltung eines auf den Menschen ausgerichteten digitalen Wandels und auf der Interoperabilität als Schlüsselfaktor für digitale öffentliche Dienste in der EU mit dem Ziel, bis 2030 100 % der wichtigsten öffentlichen Dienste in der Europäischen Union online bereitzustellen.

Wie der Bericht ausführt, müssen die Mitgliedstaaten noch stärker auf soziale Teilhabe und digitale Inklusion sowie auf Vertrauen in digitale Dienste und deren Sicherheit hinarbeiten. Daneben weist der Bericht auf verschiedene Fortschritte hin, etwa Initiativen der Mitgliedstaaten zur Verbesserung digitaler Fähigkeiten der Bürgerinnen und Bürger sowie Projekte zur Förderung der Grundrechte im digitalen Umfeld.

4. Digitale Wirtschaft

a) *Transparenzzentrum zu Online-Desinformation*

Die Unterzeichner des [Verhaltenskodex](#) gegen Desinformation vom 16. Juni 2022,¹⁵ darunter alle grossen Online-Plattformen wie Google, Meta, Microsoft, TikTok und Twitter, haben ein neues Transparenzzentrum zu Online-Desinformation ins Leben gerufen. Es handelt sich um eine Plattform, die über die Umsetzung des Verhaltenskodex von 2022 durch die Internetwirtschaft informiert.¹⁶

Im Januar und im Juli 2023 wurden auf dieser Plattform erstmals Berichte zu den Umsetzungsmassnahmen der involvierten Internetplattformen publiziert.¹⁷ Mit den Berichten geben sie etwa zu folgenden Bereichen Auskünfte: wie viele Werbeeinnahmen, die an Desinformationsakteure fliessen, verhindert werden konnten; Anzahl oder Wert der akzeptierten und gekennzeichneten oder abgelehnten politischen Anzeigen; aufgedeckte Fälle von manipulativem Verhalten (z.B. Erstellung und Nutzung von Fake-Accounts); und Informationen über die Auswirkungen der Faktenüberprüfung.

b) *Leitlinien für Meldepflichten von Internetplattformen*

Die am 19. Oktober 2022 in Kraft getretene Verordnung über digitale Dienste (sog. Digital Services Act)¹⁸ gab Internetplattformen und Online-Suchmaschi-

¹⁵ Abrufbar unter: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>>.

¹⁶ Die Onlinepräsenz ist zu finden unter: <<https://disinfocode.eu/>>.

¹⁷ Die Berichte sind abrufbar unter: <<https://disinfocode.eu/reports-archive/?years=2023>>.

¹⁸ 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/

nen bis zum 17. Februar 2023 Zeit, die Zahl ihrer aktiven Endnutzer zu veröffentlichen. Danach müssen mindestens einmal alle sechs Monate Nutzerzahlen gemeldet werden. Vorgängig hatte die Europäische Kommission am 31. Januar 2023 unverbindliche Leitlinien veröffentlicht, mit welchen sie die betroffenen Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Pflichten zu unterstützen beabsichtigt.¹⁹ Die Leitlinien umfassen insbesondere Begriffserläuterungen zu verschiedenen Bestimmungen der Verordnung, so etwa zum Begriff und Verständnis der „aktiven Nutzer“ einer Internetplattform im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Verordnung.

c) *Aufsichtsgebühren für Internetplattformen*

Die [Verordnung](#) über digitale Dienste vom führte zu neuen Informationspflichten grosser Online-Plattformen sowie zu einer diesbezüglichen extensiven Aufsicht durch die EU-Kommission. Die betreffende Verordnung ermächtigt die EU-Kommission, von Online-Plattformen, die ihrer Aufsicht unterliegen, eine Gebühr zu verlangen. Die Methodik und die Verfahren, wie diese Gebühren berechnet und erhoben werden sollen, legte sie nunmehr in einer delegierten [Verordnung](#) fest.²⁰ Die Gebühr wird voraussichtlich im Herbst 2023 zum ersten Mal erhoben.²¹

d) *Verordnung über digitale Märkte in Kraft*

Die neue Verordnung über digitale Märkte (sog. Digital Markets Act)²² ist seit dem 2. Mai 2023 vollständig anwendbar. Sie zielt darauf ab, wettbewerbsfähige und faire Märkte im digitalen Sektor zu gewährleisten. Die Verordnung definiert digitale Gatekeeper als grosse Online-Plattformen, die eine wichtige

31/EG (Gesetz über digitale Dienste) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 277 vom 27. Oktober 2022, 1.

¹⁹ Die Leitlinien sind abrufbar unter: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/dsa-guidance-requirement-publish-user-numbers>>.

²⁰ Delegierte Verordnung (EU) 2023/1127 der Kommission vom 2. März 2023 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates durch detaillierte Methoden und Verfahren für die durch die Kommission von Anbietern sehr grosser Online-Plattformen und sehr grosser Online-Suchmaschinen zu erhebenden Aufsichtsgebühren (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 149 vom 9. Juni 2023, 16.

²¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/gesetz-uber-digitale-dienste-dsa-eu-kommission-legt-vorschlag-zu-aufsichtsgebuehren-fur-grosse-2023-03-02_de>.

²² 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) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 265 vom 12. Oktober 2022, 1.

Schnittstelle zwischen Unternehmen und Verbrauchern bilden. Aufgrund ihrer Position können sie die Macht haben, als privater Regelsetzer zu agieren und somit einen Engpass in der digitalen Wirtschaft zu schaffen. Um diese Probleme anzugehen, definiert die betreffende Verordnung eine Reihe spezifischer Verpflichtungen, die Gatekeeper einhalten müssen, einschliesslich des Verbots bestimmter Verhaltensweisen in einer Liste von „Do’s and Don’ts“.

5. Datenschutz

a) *Neuer Angemessenheitsbeschluss zum transatlantischen Datenschutz*

Die Europäische Kommission nahm am 10. Juli 2023 einen neuen Angemessenheitsbeschluss für den transatlantischen Datenverkehr zwischen der EU und den USA an.²³

Nach Artikel 45 Absatz 3 der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) kann die Kommission im Wege eines Durchführungsrechtsakts beschliessen, dass ein Drittland ein „angemessenes Schutzniveau“ bietet. Dies bedeutet, dass der Schutz personenbezogener Daten in dem Drittland dem in der EU gebotenen Schutz der Sache nach gleichwertig ist. Angemessenheitsbeschlüsse bewirken, dass personenbezogene Daten aus der EU in ein Drittland übermittelt werden können, ohne dass es weiterer Schutzmassnahmen bedarf.

In dem neuen Angemessenheitsbeschluss wird festgelegt, dass die USA ein angemessenes Schutzniveau – vergleichbar mit dem der Europäischen Union – für personenbezogene Daten gewährleisten, die innerhalb des neuen Rahmens aus der EU an US-Unternehmen übermittelt werden. Auf der Grundlage des neuen Angemessenheitsbeschlusses können personenbezogene Daten sicher aus der EU an US-Unternehmen übermittelt werden, die am Rahmen teilnehmen, ohne dass zusätzliche Datenschutzgarantien eingeführt werden müssen.

Mit dem neuen Angemessenheitsbeschluss werden verbindliche Garantien eingeführt, welche den vom Europäischen Gerichtshof geäusserten Bedenken zum zuvor geltenden „EU-US Privacy Shield“ Rechnung tragen,²⁴ so ist vorgesehen, dass der Zugang von US-Nachrichtendiensten zu EU-Daten auf ein notwendiges und verhältnismässiges Mass beschränkt ist und ein Gericht zur Datenschutzüberprüfung (Data Protection Review Court, DPRC) geschaffen wird, zu dem Bürger in der EU Zugang haben.

²³ Commission Implementing Decision pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate level of protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework vom 10. Juli 2023, C(2023) 4745 final.

²⁴ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559.

b) *EuGH: Telefonüberwachung auch ohne individualisierte Begründung*

Mit Urteil vom 16. Februar 2023 stellte der EuGH fest, dass die Begründungspflicht bei der Genehmigung einer Telefonüberwachung nicht verletzt ist, sofern sich die jeweilige richterliche Entscheidung auf einen eingehend und detailliert formulierten Antrag der zuständigen Strafverfolgungsbehörde stützt und sich die Gründe für die Genehmigung leicht und eindeutig erschliessen, wenn der Antrag und die Genehmigung nebeneinander gelesen werden.²⁵

Beschränkt sich die Genehmigungsentscheidung darauf, die Gültigkeitsdauer der Genehmigung anzugeben und festzuhalten, dass die Rechtsvorschriften eingehalten würden, so ist es laut EuGH von grundlegender Bedeutung, dass sich dem Antrag alle erforderlichen Informationen eindeutig entnehmen lassen, anhand deren die betroffenen Personen erkennen können, dass der Richter, der die Genehmigung erteilt hat, allein auf der Grundlage dieser Informationen zu dem Schluss gelangt ist, dass alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt seien, indem er sich die im Antrag enthaltene Begründung zu eigen gemacht hat.

c) *EuGH: Auskunftsrecht über Abfrage personenbezogener Daten*

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens stellte der EuGH mit Urteil vom 22. Juni 2023 fest, dass die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) dahingehend auszulegen ist, dass jeder ein Recht darauf hat zu erfahren, zu welchem Zeitpunkt und aus welchen Gründen seine personenbezogenen Daten abgefragt wurden.²⁶ Dagegen sehe die DSGVO kein solches Recht in Bezug auf Informationen über Arbeitnehmer vor, die diese Vorgänge im Einklang mit den Weisungen des Verantwortlichen ausgeführt haben. Abweichendes gelte nur, wenn diese Informationen unerlässlich sind, um es der betroffenen Person zu ermöglichen, die ihr durch die DSGVO verliehenen Rechte wirksam wahrzunehmen; allenfalls kollidierende Rechtspositionen seien gegeneinander abzuwägen.

²⁵ EuGH, Urteil vom 16. Februar 2023, C-349/21, ECLI:EU:C:2023:102.

²⁶ EuGH, Urteil vom 22. Juni 2023, C-579/21, ECLI:EU:C:2023:501.

6. Cybersicherheit

a) Sicherheit von 5G-Netzen

Am 15. Juni 2023 legte die Europäische Kommission den zweite Fortschrittsbericht über die Umsetzung des EU-Instrumentariums für die 5G-Cybersicherheit vor.²⁷ Im Hinblick auf strategische Massnahmen und insbesondere die Einführung von Beschränkungen für Hochrisikoanbieter stellte die KOMmission in dem Bericht fest, dass 24 Mitgliedstaaten bereits Rechtsvorschriften erlassen haben oder Legislativmassnahmen vorbereiten, die den nationalen Behörden die Befugnis verleihen, eine Risikobewertung der Anbieter vorzunehmen und Beschränkungen zu verhängen. Ergänzend zum Fortschrittsbericht nahm die Kommission eine [Mitteilung](#) über die Umsetzung des EU-Instrumentariums durch die Mitgliedstaaten und dessen Anwendung auf ihre interne Kommunikation und die Finanzierungstätigkeiten der EU an²⁸. Die Kommission betont in ihrer Mitteilung ihre grosse Besorgnis über die Risiken, die von bestimmten Mobilfunk-Netzausrüstungsanbietern für die Sicherheit der Union ausgehen.

b) Stärkung der Cybersicherheit und der Resilienz kritischer Infrastrukturen

Am 16. Januar 2023 traten zwei neue Richtlinien zu digitalen Infrastrukturen in Kraft, und zwar die Richtlinie über Massnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union (NIS-2-Richtlinie)²⁹ sowie die Richtlinie über die Resilienz kritischer Einrichtungen (CER-Richtlinie).³⁰ Beide Rechtsakte sollen die Widerstandsfähigkeit der EU gegen Online- und Offline-Bedrohungen – von Cyberangriffen bis hin zu Kriminalität, Risiken für die öffentliche Gesundheit oder Naturkatastrophen stärken. Die Mitgliedstaaten haben 21 Monate Zeit, um die beiden Richtlinien in nationales Recht umzusetzen.

²⁷ Der Bericht ist abrufbar unter: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/library/second-report-member-states-progress-implementing-eu-toolbox-5g-cybersecurity>>.

²⁸ Europäische Kommission, Mitteilung zur Umsetzung des EU-Instrumentariums für die 5G-Cybersicherheit vom 15. Juni 2023, C(2023) 4049 final.

²⁹ 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) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 333 vom 27. Dezember 2022, 80.

³⁰ Richtlinie (EU) 2022/2557 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über die Resilienz kritischer Einrichtungen und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/114/EG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 333 vom 27. Dezember 2022, 164.

Die NIS-2-Richtlinie soll mehr Sicherheit in der EU gewährleisten, indem sie die Sektoren und die Art der kritischen Einrichtungen, die in ihren Anwendungsbereich fallen, erweitert. Dazu zählen Anbieter von öffentlichen Kommunikationsdiensten, Rechenzentrumsdienste, Abwasser- und Abfallwirtschaft, die Herstellung kritischer Produkte, Post- und Kurierdienste und Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung sowie der Gesundheitssektor im weiteren Sinne.

Des Weiteren ersetzt die neue CER-Richtlinie die Richtlinie über kritische Infrastrukturen von 2008. Die neue Richtlinie sollen die Widerstandsfähigkeit kritischer Infrastrukturen gegenüber einer Reihe von Bedrohungen wie Naturkatastrophen, Terroranschlägen, Insider-Bedrohungen oder Sabotage stärken. Es werden elf Sektoren abgedeckt: Energie, Verkehr, Banken, Finanzmarktinfrastrukturen, Gesundheit, Trinkwasser, Abwasser, digitale Infrastrukturen, öffentliche Verwaltung, Raumfahrt und Lebensmittel. Die Mitgliedstaaten müssen eine nationale Strategie verabschieden und regelmäßige Risikobewertungen durchführen, um Einrichtungen zu ermitteln, die als kritisch oder lebenswichtig für die Gesellschaft und die Wirtschaft gelten.

c) Verordnungsvorschlag über Cybersolidarität

Als Reaktion auf zunehmende Cyberbedrohungen legte die Europäische Kommission am 18. April 2023 einen [Verordnungsvorschlag](#) über Cybersolidarität vor.³¹ Zentrales Element dieses Vorschlags ist die Errichtung eines Europäischen Cyberschutzschildes, d.h. einer europaweiten Infrastruktur bestehend aus Sicherheitseinsatzzentren in der gesamten EU. Hierbei handelt es sich um Stellen, die sich mit der Erkennung und Abwehr von Cyberbedrohungen befassen. Entsprechende Stellen sollen ab 2024 einsatzbereit sein. Ein weiteres Element des Vorschlags ist die Schaffung eines Cybernotfallmechanismus, um die Abwehrbereitschaft zu steigern und die Reaktionsfähigkeit bei Cybervorfällen in der EU zu verbessern. Dieser Mechanismus umfasst Vorsorgemaßnahmen, den Aufbau einer neuen EU-Cybersicherheitsreserve sowie die finanzielle Förderung der gegenseitigen Amtshilfe.

³¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Massnahmen zur Stärkung der Solidarität und der Kapazitäten in der Union für die Erkennung, Vorsorge und Bewältigung von Cybersicherheitsbedrohungen und -vorfällen, COM/2023/209 final vom 18. April 2023.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

In der Berichtsperiode war das Thema Künstliche Intelligenz weltweit und damit auch in der Schweiz weiterhin allgegenwärtig. Dennoch kann die Schweiz auch im Bereich Kommunikation und Medien auf eine Reihe interessanter Entwicklungen zurückblicken.

I. Allgemeine Entwicklungen

a) Digitalisierung in der Schweiz

Die Schweiz konnte im Berichtsjahr ihren fünften Rang³² im World Digital Competitiveness Ranking verteidigen und bleibt damit in Sachen Digitalisierung international konkurrenzfähig.³³ Das vom Lausanner Institute for Management Development erstellte Ranking hat 64 Volkswirtschaften bezüglich der 3 Hauptfaktoren Wissen, Technologie und Zukunftsfähigkeit untersucht. Beim Kriterium Wissen belegte die Schweiz zum dritten Mal in Folge den ersten Platz.³⁴ Aufholbedarf bleibt noch beim Kriterium Technologie, dort reichte es nur für den zehnten Platz.

b) Mediennutzung in der Schweiz

Die Mediennutzung in der Schweiz befindet sich nach wie vor im Umbruch.³⁵ Während das klassische Fernsehen mit 6.3 Millionen Zuschauern 2023 weiterhin das populärste Massenmedium war,³⁶ haben die grossen Streamingdienste YouTube (4.3 Mio. gelegentliche Zuschauer), Netflix (2.9 Mio.) und Disney (knapp 1 Mio.) im Berichtszeitraum Marktanteile eingebüsst.³⁷ Das Fernsehgerät bleibt mit 6.1 Millionen Nutzern weiterhin das wichtigste elek-

³² Die Ränge eins bis vier belegen die USA, die Niederlande, Singapur und Dänemark.

³³ Vgl. Webseite des IMD, abrufbar unter: <<https://www.imd.org/centers/wcc/world-competitiveness-center/rankings/world-digital-competitiveness-ranking/>>.

³⁴ Vgl. Statistiken des IMD, abrufbar unter: <https://imd.widen.net/view/pdf/9eizlmwgur/CH_digital.pdf>.

³⁵ Interessengemeinschaft elektronische Medien IGEM, IGEM-Digimonitor 2023, Zusammenfassung abrufbar unter: <https://www.igem.ch/download/Zusammenfassung-Studie-IGEM-Digimonitor-2023_Mediennutzung-Schweiz.pdf?d=1706011986527>.

³⁶ Im Vorjahr verzeichnete das Fernsehen noch 5.9 Millionen Zuschauer, vgl. IGEM-Digimonitor 2022, Zusammenfassung abrufbar unter: <<https://www.igem.ch/download/Zusammenfassung-IGEM-Digimonitor-2022.pdf>>.

³⁷ Im Vergleich zum Vorjahr hat YouTube rund 370'000 Zuschauerinnen und Zuschauer verloren, bei Netflix waren es 300'000.

tronische Gerät, allerdings dicht gefolgt vom Smartphone mit 6.0 Millionen Nutzern. Die Schweizer Kinos erlebten im Berichtsjahr ein Revival und erreichten mit 3.2 Millionen Besuchern fast wieder Vor-Corona-Zahlen.³⁸

Social Media ist weiterhin auf dem Vormarsch und wurde 2023 von 4.8 Millionen Personen genutzt (72% der Bevölkerung). Hier ist neu Instagram mit 2.9 Millionen Nutzern knapp beliebter als Facebook mit 2.8 Millionen Nutzern.

c) Folgen der Änderung des Filmgesetzes

Die Revision des Filmgesetzes (FiG)³⁹ hat neben Anpassungen an der bestehenden Filmverordnung (FiV)⁴⁰ auch die Einführung einer neuen Verordnung mit Ausführungsbestimmungen zur Umsetzung der europäischen Quote und der Investitionspflicht in das Schweizer Filmschaffen (FQIV)⁴¹ erforderlich gemacht. Nach Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens (2. November 2022 – 17. Februar 2023) hat der Bundesrat am 6. September 2023 die revidierte FiV und die FQIV verabschiedet.⁴²

Seit dem 1. Januar 2024 müssen in- und ausländische Streamingdienste sowie ausländische Fernsehdienste mit Schweizer Werbefenstern u.a. 4 Prozent ihres jährlich in der Schweiz erzielten Bruttoeinkommens in das Schweizer Filmschaffen oder dessen Vermittlung investieren.⁴³ Damit sollen jährlich rund 18 Millionen Franken in das Schweizer Filmschaffen und den Filmstandort Schweiz fließen. Von der Investitionspflicht erfasste Unternehmen⁴⁴, die dieser Verpflichtung nicht nachkommen, müssen nach einer Periode von 4 Jahren eine Ersatzabgabe leisten (Art. 29 FQIV).

³⁸ Dies entspricht 92 Prozent der Vor-Corona-Besucherzahlen.

³⁹ Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmkultur (Filmgesetz, FiG SR 443.1); das Filmgesetz wurde in der Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 angenommen, vgl. hierzu Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 63.

⁴⁰ Filmverordnung vom 3. Juli 2002, (FiV SR 443.11).

⁴¹ Verordnung über die Quote für europäische Filme und Investitionen in das Schweizer Filmschaffen (FQIV SR 443.14).

⁴² Bundesamt für Kultur (BAK), Quoten- und Investitionspflicht, abrufbar unter: <https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturschaffen/film1/fqiv.html>.

⁴³ Art. 24b FiG.

⁴⁴ Ausnahmen gelten bspw. für kleinere und mittlere Unternehmen sowie für Unternehmen, für die die Erfüllung der Investitionspflicht unverhältnismässig oder unzumutbar ist (Art. 5 FQIV).

d) Künstliche Intelligenz

Befeuert durch Anwendungen wie Chat GPT fanden auch in der Berichtsperiode auf internationaler und nationaler Ebene in unzähligen Foren Diskussionen zu den Entwicklungen, Chancen, Herausforderungen und der Regulierung von Künstlicher Intelligenz (KI) statt.⁴⁵ Eine KI-spezifische Regelung hat bisher noch kein Land eingeführt.⁴⁶

Der Bundesrat plant, 2025 einen konkreten Auftrag für eine Regelungsvorlage KI erteilen zu können. Hierzu hat er an seiner Sitzung vom 22. November 2023 beim Department für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eine Übersicht möglicher Regulierungsansätze für KI in Auftrag gegeben.⁴⁷ Die Analyse soll bis Ende 2024 vorliegen und als Basis für die geplante Regelungsvorlage dienen. Inhaltlich soll die Analyse auf bestehendem Schweizer Recht aufbauen und mögliche Regulierungsansätze für die Schweiz aufzeigen, die mit dem für Anfang 2024 erwarteten KI-Gesetz der EU („AI Act“)⁴⁸ und der KI-Konvention des Europarats⁴⁹ kompatibel sind.⁵⁰

e) Medienförderung

Neben den Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern⁵¹ hat sich einmal mehr auch die Eidgenössische Medienkommission (EMEK) mit der Förderung der publizistischen Medien auseinandergesetzt.⁵² Angesichts der mit der Digitalisierung einhergehenden Veränderungen in der Medienwelt sieht die EMEK

⁴⁵ Siehe oben [I.2.e](#).

⁴⁶ Am 8. Dezember 2023 erzielte das Europäische Parlament mit dem Rat der Europäischen Union eine vorläufige Einigung über das KI-Gesetz. Der vereinbarte Text muss nun sowohl vom Parlament als auch vom Rat formell angenommen werden, um EU-Recht zu werden, vgl. hierzu Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 9. Dezember 2023, Gesetz über künstliche Intelligenz.

⁴⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2023, Bundesrat prüft Regulierungsansätze für Künstliche Intelligenz.

⁴⁸ Entwurfstext abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52021PC0206>.

⁴⁹ An der die Schweiz aktiv mitgearbeitet hat, vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. September 2022, Mitwirkung der Schweiz an den Verhandlungen zu künstlicher Intelligenz.

⁵⁰ Diese beiden für die Schweiz relevanten internationalen Regelwerke werden verbindliche horizontale Regelungen zu KI enthalten.

⁵¹ Am 13. Februar 2022 haben die Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger das zuvor von Bundesrat und Parlament zur Annahme empfohlene Massnahmenpaket zugunsten der Medien abgelehnt, vgl. hierzu Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 68.

⁵² Vgl. Webseite der Eidgenössischen Medienkommission, abrufbar unter: <https://www.emek.admin.ch/de/themen/medienfoerderung/>.

keine Zukunft für eine technologie- und gattungsorientierte Medienförderung. Sie empfiehlt daher einen Systemwechsel.⁵³ In ihrem am 10. Januar 2023 veröffentlichten Positionspapier spricht sich die EMEK u.a. für einen unabhängigen, durch öffentliche Mittel geförderten nationalen Service public aus, der als Gegenleistung für die Finanzierung aus der Medienabgabe einen konvergenten Leistungsauftrag erbringen soll.⁵⁴ Neu sollen alle privaten Medien Fördergelder erhalten können, sofern sich ihre journalistischen Inhalte an eine breite Öffentlichkeit richten und sie sich freiwillig auf die Einhaltung der Branchenselbstregulierung verpflichten. Da ein solcher Systemwechsel nicht von heute auf morgen erfolgen kann und rechtliche Anpassungen notwendig sind, bedarf es Übergangsmassnahmen für die Medien, die bereits von einer Förderung profitieren.

f) *Swiss Internet Governance Forum*

Am 12. Juni 2023 befassen sich die Teilnehmenden des Swiss Internet Governance Forum (Swiss IGF) aus Politik, Verwaltung, Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft u.a. mit dem Einsatz und der Regulierung von KI, dem Schutz der Grundrechte im digitalen Zeitalter, der vertrauenswürdigen Bewirtschaftung von Daten, dem Nutzen und der Macht von Plattformen, dem verantwortlichen Einsatz von neuen Technologien und dem Einfluss der Digitalisierung auf die Geopolitik.⁵⁵ Die Diskussionsrunden fanden wie bereits im Vorjahr hybrid statt. Das nächste Swiss IGF ist für den 5. Juni 2024 geplant.

g) *Verstärkung der internationalen Kommunikation*

Zur Verstärkung ihrer internationalen Kommunikation betreibt die Schweiz seit dem 17. Oktober 2023 mit @SwissGov einen weiteren Account⁵⁶ auf X (vormals Twitter)⁵⁷. Der vorwiegend in englischer Sprache geführte Account richtet sich insbesondere an Medienschaffende im Ausland und an Mitarbeitende von Regierungen sowie internationalen und supranationalen Organisationen.

⁵³ Medienmitteilung der EMEK vom 10. Januar 2023, EMEK empfiehlt Systemwechsel bei der Schweizer Medienförderung, Technologie neutrale Ausrichtung statt Posttaxen-Verbiligung und Abgabensplitting.

⁵⁴ EMEK, Zukunft der Schweizer Medienförderung, Impulse für eine technologie neutrale Unterstützung privater journalistischer Angebote, Positionspapier, 10. Januar 2023.

⁵⁵ Für eine Zusammenfassung der Debatten vgl. Messages from Berne 2023, abrufbar unter: <https://igf.swiss/wp-content/uploads/2023/06/SwissIGF_Messages-from-Berne-2023.pdf>.

⁵⁶ Der seit 2011 in den Landessprachen geführte Account @BR_Sprecher richtet sich vorwiegend an ein inländisches Publikum.

⁵⁷ Der Kurznachrichtendienst Twitter wurde Ende Juni 2023 in „X“ umbenannt.

2. Infrastruktur und Technik

a) Grundversorgung für Telefon und Internet

Die Grundversorgung im Fernmeldebereich erfolgt mangels Interesse geeigneter Anbieterinnen und Anbieter auf dem Schweizer Markt bis 2031 weiterhin durch die Swisscom.⁵⁸ Eine Interessenabklärung bei den acht grössten für die Erbringung der Grundversorgung mit Fernmeldediensten grundsätzlich geeigneten Unternehmen hat ergeben, dass einzig die Swisscom an der Erbringung dieser Dienstleistungen interessiert ist. Wenn absehbar ist, dass eine Ausschreibung der Grundversorgungskonzession nicht unter Wettbewerbsbedingungen erfolgen wird, kann die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) – wie vorliegend geschehen – einen oder mehrere Anbieter bzw. Anbieterinnen zur Grundversorgung heranziehen (Art. 14 Abs. 4 FMG).

Seit dem 1. Januar 2024 kann man grundsätzlich zwischen dem bisherigen Internetzugangsdienst mit einer Download- und Uploadgeschwindigkeit von 10 Mbit beziehungsweise 1 Mbit pro Sekunde (45 Franken) und dem neuen Internetzugang mit 80 respektive 8 Mbit/s zu 60 Franken wählen (Art. 22 FDV⁵⁹). Hierbei gilt gemäss Art. 14b FDV ausdrücklich das Subsidiaritätsprinzip. Soweit der Markt an einem Ort bereits eine gleichwertige Alternative bereitstellt, gilt dort die Grundversorgungspflicht als erfüllt.

b) Konzession SRG

Im Berichtsjahr hat der Bundesrat am 26. April per Grundsatzentscheid beschlossen, die laufenden Arbeiten an der neuen SRG-Konzession vorläufig zu unterbrechen,⁶⁰ um eine Gesamtschau zur künftigen Entwicklung der SRG vornehmen zu können.⁶¹ Diese soll (auch) unter Einbeziehung der Eidgenössischen Volksinitiative „200 Franken sind genug (SRG-Initiative)“⁶² erfolgen.

⁵⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. Mai 2023, Swisscom wird auch künftig die Grundversorgung im Fernmeldebereich sicherstellen.

⁵⁹ Verordnung über Fernmeldedienste (FDV), SR 784.101.1.

⁶⁰ Vgl. hierzu Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 69.

⁶¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 26. April 2023, Bundesrat plant Gesamtschau zur SRG.

⁶² 200 Franken sind genug! (SRG-Initiative), Initiativtext etc. abrufbar unter: <<https://srg-initiative.ch/>>.

In Anerkennung der Bedeutung einer regional verankerten SRG⁶³ hat der Bundesrat die bestehende Konzession der SRG bis 2028 verlängert.⁶⁴ Die ab 2029 geltende neue SRG-Konzession plant der Bundesrat im Anschluss an die voraussichtlich 2026 stattfindende Volksabstimmung zur „SRG-Initiative“ auszuarbeiten. Nach Ansicht des Bundesrates hat die SRG ihren Auftrag verstärkt auf Information, Bildung und Kultur auszurichten. Bei der Unterhaltung und beim Sport soll sie sich auf jene Bereiche fokussieren, die von anderen Anbietern nicht abgedeckt werden. Ihr Online-Angebot soll die SRG stärker auf Audio- und audiovisuelle Inhalte ausrichten.

c) *SRG-Initiative*

Am 8. November 2023 hat der Bundesrat die am 31. August 2023 zustande gekommene SRG-Initiative⁶⁵ abgelehnt.⁶⁶ Zwar teilt der Bundesrat das Anliegen der Initianten, die Haushalte und die Wirtschaft finanziell zu entlasten, befürchtet aber, dass die mit der Volksinitiative geforderte Reduktion des Abgabenanteils der SRG von heute 1.25 Milliarden Franken auf zirka 650 Millionen Franken weitreichende Folgen für das publizistische Angebot und die regionale Verankerung der föderalistisch organisierten SRG hätte.

Der Bundesrat beabsichtigt aber, in seinem Zuständigkeitsbereich einen Gegenvorschlag auf Verordnungsstufe zu unterbreiten. Die in diesem Zusammenhang angedachte Teilrevision der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV)⁶⁷ sieht eine Senkung der Abgabe für Haushalte bis 2029 von heute 335 Franken auf 300 Franken pro Jahr vor. Darüber hinaus will der Bundesrat Unternehmen mit einem mehrwertsteuerpflichtigen Jahresumsatz von bis zu 1.2 Millionen Franken von der Abgabepflicht befreien.⁶⁸ Die entsprechende Vernehmlassung endete am 1. Februar 2024 und wird derzeit ausgewertet.

d) *Einheitlicher Ladestandard für Mobiltelefone und Tablets*

Am 22. November 2023 hat der Bundesrat die Revision der Verordnung über Fernmeldeanlagen (FAV) verabschiedet und damit USB-C auch⁶⁹ in der

⁶³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 26. April 2023 (Fn. 61).

⁶⁴ Die Konzessionsdauer wird der Bundesrat zu einem späteren Zeitpunkt festlegen.

⁶⁵ 200 Franken sind genug! (SRG-Initiative) (Fn. 62).

⁶⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. November 2023, Bundesrat lehnt „SRG-Initiative“ ab, Radio- und Fernsehabgabe soll aber sinken.

⁶⁷ Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007, (RTVV SR 784.401).

⁶⁸ Aktuell liegt die Befreiungsgrenze bei 500'000 Franken, vgl. Art. 34 Abs. 2 RTVV.

⁶⁹ Ab dem 24. Dezember 2024 müssen EU-weit alle neu verkauften Mobiltelefone mit einem einheitlichen USB-C-Ladekabel ausgerüstet sein, vgl. hierzu bereits Heinrich Ulrike I.,

Schweiz zur Standardlade­lö­sung ge­macht.⁷⁰ Mit Wirkung zum 1. Januar 2024 wurden für Mobiltelefone und andere Geräte mit Funkteilen wie Tablets, Digitalkameras, Laptops, Kopfhörer, E-Reader etc. einheitliche Ladeprotokolle und -schnittstellen im weit verbreiteten USB-C-Standard eingeführt.

e) *Gigabitstrategie*

Um sicherzustellen, dass alle Schweizerinnen und Schweizer an der zunehmenden Digitalisierung partizipieren können, braucht es landesweit Zugang zu schnellem Internet. Die hierfür vom Bundesrat lancierte Gigabitstrategie (vormals Hochbreitbandstrategie)⁷¹ zielt auf eine möglichst flächendeckende Versorgung mit mindestens 1 Gigabit pro Sekunde, was mehr als der zwölffachen Internetgeschwindigkeit der heutigen Grundversorgung in der Schweiz entspricht.

Zur Umsetzung der Gigabitstrategie muss die bestehende Netzinfrastruktur schweizweit massiv ausgebaut werden. Die erforderlichen Investitionen trägt heute mehrheitlich der Markt mit privaten Unternehmen. Um diese zu motivieren, auch in Gebiete zu investieren, in denen sich der Ausbau moderner Telekommunikationsnetze zu wenig lohnen würde, will der Bund mit einem Förderprogramm die Lücke zwischen den Ausgaben und den über die Lebensdauer zu erwartenden Einnahmen schliessen. Dabei soll das vorerst auf sieben Jahre befristete Förderprogramm für den Breitbandausbau nur dort zum Tragen kommen, wo eine entsprechende Nachfrage besteht und wo ein Ausbau nicht rentabel ist.⁷² Die hierfür erforderlichen Mittel schätzt der Bundesrat auf rund 750 Millionen Franken.

An seiner Sitzung vom 8. Dezember 2023 hat der Bundesrat das UVEK beauftragt, bis Ende 2024 eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten.⁷³

Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich 2023, 66.

⁷⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2023, Die Schweiz führt USB-C als einheitlichen Ladestandard ein.

⁷¹ Vgl. Bericht Hochbreitbandstrategie des Bundes, 28. Juni 2023, abrufbar unter: <https://www.prioris.com/files/pdf/2023_06_28_bericht_hochbreitbandstrategie_bund.pdf>.

⁷² Um private Investitionen nicht zu hemmen oder gar zu verdrängen.

⁷³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. Dezember 2023, Bundesrat will Zugang zu schnellem Internet für die ganze Schweiz.

3. Digitale Verwaltung

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

An seiner Sitzung vom 22. November 2023 hat der Bundesrat die Botschaft zum neuen Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise verabschiedet.⁷⁴ Geplant ist, die elektronische Identität (E-ID) ab 2026 anzubieten.

Mittels der vom Bund herausgegebenen E-ID⁷⁵ sollen sich Nutzerinnen und Nutzer (Inhaber und Inhaberinnen einer Schweizer Identitätskarte, eines Schweizer Passes oder eines von der Schweiz ausgestellten Ausländerausweises) künftig sicher, schnell und unkompliziert digital ausweisen können. Die Nutzung der E-ID ist kostenlos und freiwillig.

b) *Elektronische Stimmabgabe*

Seit dem 1. Juli 2022⁷⁶ können Kantone dem Bundesrat wieder beantragen, dass sie im Rahmen des Versuchsbetriebs die elektronische Stimmabgabe anbieten. Von dieser Möglichkeit haben bereits mehrere Kantone Gebrauch gemacht.

In der Berichtsperiode hat der Bundesrat zunächst den Kantonen Basel-Stadt, St. Gallen und Thurgau die Grundbewilligungen für die Durchführung von Versuchen mit der elektronischen Stimmabgabe für den Zeitraum 2023-2025⁷⁷ sowie anlässlich der Nationalratswahlen vom 22. Oktober 2023⁷⁸ erteilt. An seiner Sitzung vom 22. November 2023 hat der Bundesrat zudem dem Kanton Graubünden eine Grundbewilligung für Versuche mit der elektronischen Stimmabgabe bei eidgenössischen Abstimmungen erteilt.⁷⁹

⁷⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2023, E-ID: Bundesrat verabschiedet Botschaft.

⁷⁵ Die in der Volksabstimmung vom 7. März 2021 gescheiterte Vorlage zum E-ID-Gesetz sah noch die Herausgabe durch Private vor.

⁷⁶ Seitdem gelten für die erste Etappe der Neuausrichtung des Versuchsbetriebs E-Voting neue Rechtsgrundlagen, hierzu auch Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2022/23, Zürich, 71 f.

⁷⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 3. März 2023, Der Bundesrat bewilligt die Wiederaufnahme von Versuchen mit E-Voting.

⁷⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. August 2023, Der Bundesrat bewilligt den Einsatz von E-Voting an den Nationalratswahlen 2023.

⁷⁹ Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 22. November 2023, Der Bundesrat bewilligt den Einsatz von E-Voting im Kanton Graubünden.

c) *Plattform für elektronischen Rechtsverkehr (Projekt Justitia 4.0)*

Um den digitalen Wandel auch im Rechtsverkehr voranzutreiben, soll dieser künftig über eine digitale, von Bund und Kantonen gemeinsam aufgebaute und finanzierte Kommunikationsplattform erfolgen können.⁸⁰ Hierzu hat der Bundesrat am 15. Februar 2023 eine Botschaft zum neuen Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) verabschiedet.⁸¹

Das BEKJ bezweckt die Gewährleistung einer sicheren und einfachen elektronischen Kommunikation in der Justiz zwischen Privaten und Behörden sowie unter Behörden (Art. 1 Entwurf BEKJ). Für professionelle Anwenderinnen und Anwender (Anwaltschaft, Gerichte, Behörden) soll der elektronische Rechtsverkehr obligatorisch werden (Art. 103c Entwurf BEKJ).⁸² Die Kantone müssen sich allerdings nicht zwingend an der neuen nationalen Kommunikationsplattform beteiligen – sie können auch eigene Plattformen aufbauen und betreiben.⁸³

4. Digitale Wirtschaft

a) *Strategie Digitale Schweiz*

Die für die Bundesverwaltung verbindliche Strategie „Digitale Schweiz“ definiert Leitlinien für das staatliche Handeln in der Digitalisierung.⁸⁴ Für Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft dient sie als Orientierungsrahmen, um den digitalen Wandel bestmöglich zu nutzen. Hierzu sieht die Strategie Digitale Schweiz jährlich wechselnde Fokusthemen vor, mit denen sich Expertinnen und Experten unter Vorsitz einer Bundesrätin oder eines Bundesrats vertiefter auseinandersetzen. Für 2023 waren dies: digitalisierungsfreundliches Recht, Digitalisierung im Gesundheitsbereich und digitale Souveränität.

⁸⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Februar 2023, Kommunikationsplattform für elektronischen Rechtsverkehr: Bundesrat verabschiedet Botschaft.; zum Projekt Justitia 4.0 abrufbar unter: <<https://www.justitia40.ch/de>>.

⁸¹ Entwurf zum Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz abrufbar unter: <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/680/de>>.

⁸² Einzelheiten hierzu werden in den jeweiligen Prozessgesetzen geregelt.

⁸³ Für die Interoperabilität mit diesen Plattformen regelt das BEKJ technische Minimalstandards.

⁸⁴ Die Strategie Digitale Schweiz 2024 ist abrufbar unter: <<https://digital.swiss/de/strategie/strategie.html#aktionsplan>>.

Am 8. Dezember 2023 hat der Bundesrat zwei Strategien genehmigt, die sich mit der digitalen Zukunft der Schweizer Behörden beschäftigen: die Strategie Digitale Verwaltung Schweiz⁸⁵ und die Strategie Digitale Bundesverwaltung.⁸⁶ Darüber hinaus hat er die aktualisierte Strategie Digitale Schweiz für das Jahr 2024 verabschiedet und die neuen Fokusthemen festgelegt: Cybersicherheit, Schweizerischer Ansatz zur Regulierung von KI-Ansätzen und Elektronische Schnittstellen.

b) Regulierung von Internetplattformen

Kommunikationsplattformen beeinflussen vermehrt die Meinungsbildung der Bevölkerung, sind in ihrer Tätigkeit jedoch kaum reguliert. Um die Rechte der Schweizer Bevölkerung gegenüber den grossen Kommunikationsplattformen wie Google, Facebook, YouTube und X zu stärken, so bspw. im Zusammenhang mit Kontosperrungen, hat der Bundesrat das UVEK beauftragt, bis Ende März 2024 eine Vernehmlassungsvorlage zur Regulierung der Kommunikationsplattformen auszuarbeiten.⁸⁷

Die Vorlage soll die Verpflichtung der Plattformen enthalten, eine Kontaktstelle und einen Rechtsvertreter in der Schweiz benennen; Nutzende, die von einer Sperrung betroffen sind, sollen bei der jeweiligen Plattform eine Überprüfung der getroffenen Massnahmen verlangen können und eine unabhängige, von den Plattformen finanzierte Schlichtungsstelle soll geschaffen werden. Um mehr Transparenz zu schaffen, sollen Plattformen Werbung als solche kennzeichnen und eine Meldestelle für Hassaufrufe etc. einrichten müssen.

⁸⁵ Vgl. Strategiebericht, abrufbar unter: <https://www.digitale-verwaltung-schweiz.ch/application/files/4416/8604/7404/Entwurf_Strategie_Digitale_Verwaltung_Schweiz_2024-2027.pdf>.

⁸⁶ Vgl. Webseite der Bundeskanzlei, abrufbar unter: <<https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/digitale-transformation-ikt-lenkung/digitale-bundesverwaltung.html>>.

⁸⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 5. April 2023, Grosse Kommunikationsplattformen: Bundesrat strebt Regulierung an.

5. Datenschutz

a) *Datenschutzgesetz Schweiz*

Am 1. September 2023 sind nach längerer Umsetzungsfrist⁸⁸ das revidierte Datenschutzgesetz⁸⁹ sowie die neue Datenschutzverordnung⁹⁰ und die neue Verordnung über Datenschutzzertifizierungen⁹¹ in Kraft getreten.⁹²

Mit dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen wird insbesondere der Schutz der Privatsphäre gestärkt und die Selbstbestimmung von Personen über ihre eigenen Daten verbessert. Aufgrund der zunehmenden Digitalisierung nimmt die Bedeutung grenzüberschreitender Datenflüsse zu. Künftig entscheidet der Bundesrat, welche Staaten ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten.⁹³

Die Einhaltung der Datenschutzvorschriften muss bereits bei der Planung einer künftigen Datenbearbeitung berücksichtigt werden. Insbesondere muss die Bearbeitung der Personendaten auf das Mindestmass beschränkt bleiben. In den Fällen, in denen eine geplante Datenbearbeitung ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, muss der Verantwortliche vorgängig eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchführen.⁹⁴

⁸⁸ Vgl. hierzu bereits Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 64.

⁸⁹ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020, (Datenschutzgesetz, DSG SR 235.1).

⁹⁰ Verordnung über den Datenschutz vom 31. August 2022, (Datenschutzverordnung, DSV SR 235.11).

⁹¹ Verordnung über Datenschutzzertifizierungen vom 31. August 2022, (VDSZ SR 235.13).

⁹² Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. September 2023, Neues Datenschutzrecht tritt heute in Kraft.

⁹³ Die für Datenverantwortliche rechtsverbindliche Länderliste ist als Anhang zur Datenschutzverordnung öffentlich zugänglich, vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. September 2023 (Fn. 92).

⁹⁴ Vgl. hierzu Webseite des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, abrufbar unter: <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/dsfa.html>>.

6. Cybersicherheit

a) Informationssicherheitsgesetz in Kraft gesetzt

Per 1. Januar 2024 sind das Informationssicherheitsgesetz (ISG)⁹⁵ und seine vier Ausführungsverordnungen in Kraft getreten,⁹⁶ namentlich die Informationssicherheitsverordnung (ISV)⁹⁷, die Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen (VPSP)⁹⁸, die Verordnung über das Betriebssicherheitsverfahren (VBSV)⁹⁹ und die Verordnung über Identitätsverwaltungs-Systeme und Verzeichnisdienste des Bundes (IAMV)¹⁰⁰. Diese Bestimmungen legen für alle Behörden und Organisationen des Bundes einheitliche Mindestanforderungen an die Informationssicherheit fest und verstärken damit den Schutz von Informationen und die Cybersicherheit des Bundes.

b) Meldepflicht für Cyberangriffe bei sensiblen Infrastrukturen

Am 29. September 2023 hat das Schweizer Parlament eine Änderung des ISG verabschiedet, mit welcher eine Meldepflicht für Cyberangriffe bei kritischen Infrastrukturen eingeführt wird.¹⁰¹ Diese Änderung bedingt eine vollständige Überarbeitung des 5. Kapitels des ISG, weshalb der Erlass der Ausführungsbestimmungen erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt.

⁹⁵ Bundesgesetz über die Informationssicherheit beim Bund vom 18. Dezember 2020 (Informationssicherheitsgesetz, ISG SR 128).

⁹⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. November 2023, Bundesrat setzt das Informationssicherheitsgesetz in Kraft.

⁹⁷ Verordnung über die Informationssicherheit in der Bundesverwaltung und der Armee vom 8. November 2023, (Informationssicherheitsverordnung, ISVSR 128.1).

⁹⁸ Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen vom 8. November 2023, (VPSP SR 128.31).

⁹⁹ Verordnung über das Betriebssicherheitsverfahren vom 8. November 2023, (VBSV SR 128.41).

¹⁰⁰ Verordnung über Identitätsverwaltungs-Systeme und Verzeichnisdienste des Bundes vom 19. Oktober 2016 (IAMV SR 172.010.59).

¹⁰¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. November 2023 (Fn. 96); vgl. zur Vorgeschichte Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 74.

Wettbewerbsrecht

David Bruch/David Mamane*

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (DAVID BRUCH)	80
1.	Wettbewerbsabreden	80
a)	Praxis der Europäischen Kommission	80
b)	Praxis der Europäischen Gerichte	82
2.	Missbrauchskontrolle	87
a)	Praxis der Europäischen Kommission	87
b)	Praxis der Europäischen Gerichte	90
3.	Zusammenschlusskontrolle	94
a)	Praxis der Europäischen Kommission	94
b)	Praxis der Europäischen Gerichte	97
4.	Rechtsetzung und Rechtsetzungsprojekte	99
a)	Anpassung von Horizontal-GVOs und -Leitlinien	99
b)	Verlängerung der Kfz-GVO und Aktualisierung der Kfz-Leitlinien	101
c)	Vereinfachung der Meldung von Zusammenschlüssen	101
d)	Leitlinien für Nachhaltigkeitsvereinbarungen in der Landwirtschaft	102
e)	Konsultationen und Evaluationen	103
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (DAVID MAMANE)	104
1.	Wettbewerbsabreden	104
2.	Missbrauchskontrolle	106
3.	Zusammenschlusskontrolle	107

* 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 2023

Der vorliegende Beitrag widmet sich ausgewählten Entwicklungen des europäischen Wettbewerbsrechts seit Januar 2023 bis Ende Dezember 2023. Es besteht kein Anspruch auf Vollständigkeit. Wie in den Vorjahren¹ konzentrieren sich die Ausführungen auf die Praxis in den Bereichen Wettbewerbsabreden (s.u. [I.1.](#)), Missbrauchskontrolle (s.u. [I.2.](#)) und Unternehmenszusammenschlüsse (s.u. [I.3.](#)). Anschliessend wird auf die Rechtsetzung und ausgewählte Rechtsetzungsprojekte im Bereich des europäischen Wettbewerbsrecht eingegangen (s.u. [I.4.](#)). Der vierte Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts – das Beihilfenrecht² – wird mangels Entsprechung im Schweizer Recht nicht behandelt.

I. Wettbewerbsabreden

a) Praxis der Europäischen Kommission

Im Bereich Wettbewerbsabreden traf die Europäische Kommission im Jahr 2023 betreffend vier Verfahren Entscheidungen, wobei sie in allen Fällen Sanktionen auferlegte (Summe aller Sanktionen: rund 88,9 Mio. Euro; s. dazu sogleich). Auch führte sie mehrmals Hausdurchsuchungen durch, namentlich betreffend den Bereich Duftstoffe und Duftinhalstoffe,³ in dem auch die Schweizer Wettbewerbsbehörde eine Untersuchung eröffnete (s.u. [II.1.](#)).⁴ Folgendes ist zur Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission betreffend den Bereich Wettbewerbsabreden hervorzuheben.

Erstmals ging die Europäische Kommission gegen ein Kartell von Rüstungsindustrieunternehmen vor.⁵ Sie demonstrierte damit ihre Bereitschaft, auch Unternehmen ins Visier zu nehmen, welche für die Sicherheitsinteressierten von Staaten von grosser Bedeutung sein können. Konkret betraf der Sanktionsentscheid ein Kartell, welches aus dem Schweizer Unternehmen RUAG sowie dem deutschen Unternehmen *Diehl* bestand.⁶ Nach Auffassung der Europäischen

¹ Vgl. etwa Bruch David/Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 76 ff.

² Die Europäische Kommission fällte 2023 mehr als 400 Entscheide im Bereich des Beihilfenrechts; vgl. <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-12/2023_at_a_glance_1.pdf>.

³ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 7. März 2023, IP/23/1532.

⁴ Im Übrigen betrafen die Hausdurchsuchungen Unternehmen aus folgenden Branchen: Herstellung von Energy Drinks, Modebranche, Herstellung von Kunstrasen, Herstellung von Medizinprodukten für Herz-Kreislauf-Anwendungen, Herstellung von chemischen Baustoffen sowie Online-Lieferdienste.

⁵ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 21. September 2023, IP/23/4531.

⁶ Case AT.40760.

Kommission hatten die beiden Unternehmen mitgliedstaatliche Märkte für militärische Handgranaten über einen Zeitraum von rund 14 Jahren untereinander aufgeteilt. Entsprechend dieser Aufteilung durfte dasjenige Unternehmen, dem ein bestimmtes Gebiet zugewiesen war, dort exklusiv militärische Handgranaten verkaufen, es sei denn, es erlaubte dem jeweils anderen Kartellmitglied den Verkauf von militärischen Handgranaten in „seinem“ Gebiet. Der RUAG, welche die Europäische Kommission von sich aus über das Kartell in Kenntnis gesetzt hatte, erliess die Europäische Kommission die Sanktion in Höhe von rund 2,5 Mio. Euro vollständig. Diehl, welche ebenfalls im Rahmen des Kronzeugenprogramms mit der Europäischen Kommission zusammengearbeitet hatte, wurde zur Zahlung einer um 50% reduzierten Sanktion in Höhe von noch ca. 1,2 Mio. Euro verpflichtet.

Des Weiteren verhängte die Europäische Kommission gegen sechs Pharmaunternehmen (*Alkaloids of Australia*, *Alkaloids Corporation*, *Boehringer*, *Linnea*, *Transo-Pharm* und *C2 Pharma*) Sanktionen von insgesamt rund 13,4 Mio. Euro.⁷ Nach Überzeugung der Europäischen Kommission hatten die sechs Unternehmen Mindestpreise für den Verkauf von Butylscopolamin festgelegt, sich gegenseitig Marktquoten im Bereich des Verkaufs von Butylscopolamin zugewiesen und zudem sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht. Drei der sechs Unternehmen hatten eine Selbstanzeige eingereicht und alle sechs Unternehmen räumten ihre Kartellbeteiligung ein und stimmten einem Vergleich zu. Ein weiteres Unternehmen, welches ebenfalls verdächtigt wird, an dem Butylscopolamin-Kartell beteiligt gewesen zu sein, entschied sich gegen die einvernehmliche Verfahrensbeendigung. Gegen dieses Unternehmen wird das Verfahren fortgesetzt.

Die Europäische Kommission ging darüber hinaus gegen ein Kartell aus zwei Banken vor (*Deutsche Bank* und *Rabobank*).⁸ Gemäss der Europäischen Kommission hatten die beiden Banken im Zeitraum von 2006 bis 2016 den Handel mit bestimmten Euro-Anleihen dadurch manipuliert, dass sie sensible Informationen austauschten (insbesondere Informationen über Preise, Handelsvolumina sowie Kundinnen und Kunden) und untereinander ihre Preis- und Handelsstrategien koordinierten.⁹ Der *Deutschen Bank*, welche die Europäische Kommission von sich aus über das Kartell in Kenntnis gesetzt hatte, erliess die Behörde die Sanktion in Höhe von fast 156 Mio. Euro vollständig. Die *Rabobank* verpflichtete die Europäischen Kommission zur Zahlung einer Sanktion in Höhe von 26,6 Mio. Euro.

⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 19. Oktober 2023, IP/23/5104; Case AT.40636.

⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 22. November 2023, IP/23/5960.

⁹ Case AT.40512.

Die Europäische Kommission verhängte ausserdem eine Geldbusse gegen die Ethanolherstellerin *Lantmännen ek för* in Höhe von rund 47,7 Mio. Euro.¹⁰ Nach Überzeugung der Behörde hatte das Unternehmen mit anderen Unternehmen zusammengewirkt, um einen im Markt als Referenzpreis verwendeten Ethanol-Benchmark, welchen das Unternehmen *S&P Global Platts* ermittelte und bekanntgab, zu Gunsten der Kartellmitglieder zu beeinflussen.¹¹ Dies namentlich dadurch, dass sich die beteiligten Unternehmen betreffend diejenigen Handelsgeschäfte abstimmten, welche Grundlage für die Bildung des Ethanol-Benchmarks waren. Insbesondere hätten die Kartellmitglieder das Handelsvolumen im täglichen Referenzzeitraum (16:00–16:30 Uhr Londoner Zeit) künstlich beschränkt. Ein anderes am Kartell beteiligtes Unternehmen hatte bereits im Jahr 2021 einem Vergleich zugestimmt und war daraufhin zur Zahlung einer herabgesetzten Geldbusse in Höhe von 20 Mio. Euro verpflichtet worden.¹² Gegen ein drittes Unternehmen stellte die Europäische Kommission die Untersuchung mangels hinreichender Gründe für die Fortsetzung des Verfahrens ein.

b) *Praxis der Europäischen Gerichte*

Im Jahr 2023 ergingen betreffend Entscheidungen der Europäischen Kommission im Bereich Wettbewerbsabreden weitgehend bestätigende Urteile der Europäischen Gerichte.¹³

So bestätigte der Europäische Gerichtshof im Euro-Zinsderivate-Fall erneut die Zulässigkeit einer sequenziell-hybriden Verfahrensführung sowie in materieller Hinsicht, dass die Bank HSBC wegen ihrer Beteiligung am Euro-Zinsderivate-Kartell einen Wettbewerbsrechtsverstoss begangen hat.¹⁴ Ferner wies der Europäische Gerichtshof Rechtsmittel von Unternehmen gegen Urteile des Gerichts betreffend das im Jahr 2018 von der Europäischen Kommission

¹⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 7. Dezember 2023, IP/23/6372.

¹¹ Vgl. auch Case AT.40054.

¹² Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 10. Dezember 2021, IP/21/6769.

¹³ Siehe sogleich.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, *HSBC Holdings u.a. / Kommission*, Rs. C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11. Die Höhe der Geldbusse für HSBC muss von der Europäischen Kommission erneut festgelegt werden, nachdem das Europäische Gericht die ursprüngliche Sanktion wegen unzureichender Begründung für nichtig erklärt hatte. Vgl. auch EuGH, Pressemitteilung vom 12. Januar 2023, Nr. 8/23.

sanktionierte Kartell aus Herstellerinnen von Kondensatoren¹⁵ ab und bestätigte damit die damals auferlegten Geldbussen.¹⁶

Das Europäische Gericht bestätigte Sanktionsentscheidungen der Europäischen Kommission namentlich in Urteilen betreffend eine „Pay-for-delay-Abrede“ zwischen *Teva* und *Cephalon*,¹⁷ das Ethylen-Einkaufskartell zwischen *Westlake*, *Orbia*, *Clariant* und *Celanese*¹⁸ sowie Geoblocking-Abreden zwischen Videospieleanbieterinnen und der Betreiberin der Online-Videospielplattform *Steam*.¹⁹ Auch die Nichtigkeitsklage von *JPMorgan Chase* gegen den Sanktionsentscheid der Europäischen Kommission wegen Beteiligung am Euro-Zinsderivate-Kartell wies das Gericht ab.²⁰ Teilweise Erfolg hatte hingegen die Bank *Crédit agricole*.²¹ Sie erreichte, dass das Europäische Gericht die Geldbusse wegen der Beteiligung der Bank am Euro-Zinsderivate-Kartell leicht reduzierte, weil das Gericht zur Überzeugung gelangt war, die *Crédit agricole* habe im Kartell eine weniger bedeutsamere Rolle gespielt als die übrigen Kartellmitglieder.

Mit seinem Urteil in der Sache *International Skating Union / Kommission* bestätigte der Europäische Gerichtshof eine Entscheidung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2017.²² In dieser Entscheidung hatte die Kommission die damaligen Verbandsregeln der *International Skating Union* (nachfolgend: ISU) als Verstoss gegen Art. 101 AEUV qualifiziert, da die Verbandsregelungen die Freiheit von Eisschnellläuferinnen und -Läufern über Gebühr einschränkten, an Eisschnelllaufveranstaltungen anderer Veranstalter als der ISU teilzunehmen.²³ Mit seinem Urteil stützte der Gerichtshof die Sichtweise der Kom-

¹⁵ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 21. März 2018, IP/18/2281.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 13. Juli 2023, *Nichicon Corporation / Kommission*, Rs. C-757/21 P, ECLI:EU:C:2023:575; EuGH, Urteil vom 13. Juli 2023, *Nippon Chemi-Con / Kommission*, Rs. C-759/21 P, ECLI:EU:C:2023:577.

¹⁷ EuG, Urteil vom 18. Oktober 2023, *Teva Pharmaceutical and Cephalon / Kommission*, Rs. T-74/21, ECLI:EU:T:2023:651.

¹⁸ EuG, Urteil vom 18. Oktober 2023, *Clariant and Clariant International / Kommission*, Rs. T-590/20, ECLI:EU:T:2023:650.

¹⁹ EuG, Urteil vom 27. September 2023, *Valve / Kommission*, Rs. T-172/21, ECLI:EU:T:2023:587; s.a. EuG, Pressemitteilung vom 27. September 2023, Nr. 147/23.

²⁰ EuG, Urteil vom 20. Dezember 2023, *JP Morgan Chase u.a. / Kommission*, Rs. T-106/17, ECLI:EU:T:2023:832. Siehe dazu und zum Folgenden auch: EuG, Pressemitteilung vom 20. Dezember 2023, Nr. 200/23.

²¹ EuG, Urteil vom 20. Dezember 2023, *Crédit agricole und Crédit agricole Corporate and Investment Bank / Kommission*, Rs. T-113/17, ECLI:EU:T:2023:847.

²² Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023, *International Skating Union / Kommission*, Rs. C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012; EuGH, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2023, Nr. 202/23.

²³ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 8. Dezember 2017, IP/17/5184.

mission. Denn die Verbandsregelungen seien in der konkreten Ausgestaltung nicht hinreichend transparent, objektiv, nichtdiskriminierend und verhältnismässig gewesen. Darauf gestützte Ausschlussentscheide oder Sanktionen von Eisschnellläuferinnen und -Läufern, welche an Eisschnelllaufveranstaltungen anderer Veranstalter als der ISU teilnahmen oder teilnehmen wollten, seien damit nicht gerechtfertigt und deshalb unzulässig. Das Urteil liegt auf einer Linie namentlich mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs i.S. *European Superleague Company*²⁴ (siehe dazu unten) sowie demjenigen i.S. *Royal Antwerp Football Club*.²⁵

Eine Niederlage erlitt die Europäische Kommission hingegen durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs i.S. Hausdurchsuchungen im Lebensmittelsektor.²⁶ Mit diesen Urteilen erklärte der Gerichtshof die Entscheidung der Europäischen Kommission, Hausdurchsuchungen bei Unternehmen durchzuführen, welche im Bereich des Vertriebs von Lebensmitteln tätig waren, für nichtig.²⁷ Er begründete dies damit, dass der Verdacht auf einen Wettbewerbsrechtsverstoss nicht hinreichend durch Beweismittel dokumentiert gewesen sei. Dies deshalb, weil es die Europäische Kommission unterlassen habe, wichtige verdachtsbegründende Informationen, welche ihr vor der Anordnung der Hausdurchsuchungen übermittelt worden waren, aufzuzeichnen.

Neben den vorgenannten Urteilen, welche direkt Entscheidungen der Europäischen Kommission betrafen, ergingen in Vorabentscheidungsverfahren die folgenden bedeutsamen Urteile.²⁸

Zu nennen ist insbesondere das Urteil des Europäischen Gerichtshofs i.S. *Super Bock Bebidas*.²⁹ In diesem Urteil macht der Gerichtshof grundlegende Aussagen zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von vertikalen Preisabreden („Preisbindung zweiter Hand“) und zum Verhältnis von Kernbeschränkungen

²⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023, *European Superleague Company*, Rs. C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011; EuGH, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2023, Nr. 203/23.

²⁵ EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023, *Royal Antwerp Football Club*, Rs. C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010.

²⁶ Vgl. insbesondere EuGH, Urteil vom 9. März 2023, *Les Mousquetaires und ITM Entreprises / Kommission*, Rs. C-682/20 P, ECLI:EU:C:2023:170.

²⁷ S.a. EuGH, Pressemitteilung vom 9. März 2023, Nr. 44/23.

²⁸ Zusätzlich zu den nachfolgend aufgeführten Urteilen können insbesondere noch die folgenden Entscheidungen genannt werden: EuGH, Urteil vom 16. Februar 2023, *Tráficos Manuel Ferrer*, Rs. C-312/21, ECLI:EU:C:2023:99; EuGH, Urteil vom 20. April 2023, *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos*, Rs. C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298; EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023, *Royal Antwerp Football Club*, Rs. C-680/21, ECLI:EU:C:2023:1010.

²⁹ EuGH, Urteil vom 29. Juni 2023, *Super Bock Bebidas*, Rs. C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529.

nach der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (Vertikal-GVO)³⁰ zur „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 AEUV. In dem vom Berufungsgericht Lissabon angestregten Vorabentscheidungsverfahren ging es im Kern um die Frage, ob eine nachgewiesene vertikale Vereinbarung zur Festsetzung von Mindestpreisen per se eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 AEUV „bezweckt“, weil – was unstrittig war – diese Vereinbarung als nicht freigestellte Kernbeschränkung nach der Vertikal-GVO qualifiziert werden kann, oder ob trotz des möglichen Vorliegens einer Kernbeschränkung eine Einzelfallprüfung durchzuführen ist. Der Gerichtshof stellte klar, dass der Begriff der „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung losgelöst vom Begriff der Kernbeschränkung nach der Vertikal-GVO zu betrachten ist. Gleichzeitig hielt er fest, dass vertikale Mindestpreisabreden „bezweckte“ Wettbewerbsbeeinträchtigungen darstellen könnten, da sie ein besonders grosses wettbewerbsbeschränkendes Potential haben können. Ob dieses Potential im Einzelfall vorliege, müsse von Fall zu Fall entschieden werden und könne nicht aus dem blossen Umstand gefolgert werden, dass die Mindestpreisvereinbarung als Kernbeschränkung im Sinne der Vertikal-GVO gelten könne. Massgebend für die wettbewerbsrechtliche Einordnung als „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung ist damit – nicht mehr und nicht weniger – die allgemeine Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Begriff der „bezweckten“ Wettbewerbsbeschränkung. Eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung ist nach dieser Rechtsprechung gegeben, wenn die Vereinbarung „in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt“. Bei der Prüfung, ob diese Anforderung erfüllt ist, ist abzustellen auf den Inhalt der Vereinbarung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht. Zu berücksichtigen sind auch die Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte.

Im Vorabentscheidungsurteil betreffend *Energias de Portugal* machte der Europäische Gerichtshof grundlegende Aussagen zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Vereinbarungen über Konkurrenzverbote zwischen potentiellen Wettbewerberinnen („non-compete-Klauseln“).³¹ Aus dem Urteil folgt, dass solche Konkurrenzverbote in der Regel als „bezweckte“ Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV qualifiziert werden können,

³⁰ 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.

³¹ Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2023, *Energias de Portugal* an Others, Rs. C-331/21, ECLI:EU:C:2023:812.

sofern festgestellt ist, dass die Abredeteilnehmerinnen im Zeitpunkt der Vereinbarung des Konkurrenzverbots tatsächlich potentielle Wettbewerberinnen waren. Ein solches Konkurrenzverhältnis ist nach dem Urteil gegeben, wenn es für die Unternehmen „reale und konkrete Möglichkeiten“ gibt, in den Markt des anderen Unternehmens einzutreten und mit ihm in Konkurrenz zu treten. Eine „rein hypothetische“ Möglichkeit oder der „blosse Wunsch“ eines Markteintritts reiche hingegen nicht aus. Der Umstand, dass Unternehmen im Rahmen der Zusammenarbeit den Wunsch äussern, ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren, sei ein Indiz für eine reale und konkrete Markteintrittsmöglichkeit. Hinsichtlich der Frage, inwiefern ein Konkurrenzverbot zwischen potentiellen Wettbewerberinnen eine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“, hielt der Gerichtshof fest, dass Marktaufteilungs- und Marktausschlussvereinbarungen besonders schwere Wettbewerbsverstöße darstellen, sofern sie nicht als Nebenabrede für die Durchführung einer Handelspartnerschaftsvereinbarung objektiv erforderlich seien und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen dieser Vereinbarung stehen würden. Sofern keine Nebenabrede in diesem Sinne vorliege, könne bei Marktaufteilungs- und Marktausschlussvereinbarungen die Analyse des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexts, in dem eine solche Vereinbarung steht, auf das unbedingt notwendige Mass beschränkt werden. Der wettbewerbswidrige Zweck könne dann z.B. schon allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass die Vereinbarung des Konkurrenzverbots zeitnah zu einer Marktliberalisierung erfolge. Das blosse Vorliegen wettbewerbsfördernder Wirkungen bzw. von Vorteilen für Verbraucherinnen und Verbrauchern könne bei einem Konkurrenzverbot eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung nicht per se ausschliessen. Dies sei nur möglich, wenn diese Wirkungen erwiesen, relevant, allein auf die betreffende Vereinbarung zurückzuführen und hinreichend erheblich seien sowie begründete Zweifel daran aufkommen lassen könnten, dass die Vereinbarung den Wettbewerb hinreichend beeinträchtige.

Im vom Madrider Handelsgericht angestregten Vorabentscheidungsverfahren i.S. *European Superleague Company* hatte der Europäische Gerichtshof zu klären, ob die Verbände FIFA und UEFA bzw. ihre Mitglieder Fussballvereine oder -Spielerinnen und -Spieler aus FIFA- oder UEFA-Fussballwettbewerben ausschliessen dürfen, sofern diese Vereine oder Spielerinnen oder Spieler an alternativen Fussballwettbewerben wie der *European Super League* teilnehmen (wollen).³² Der Generalanwalt hatte solche Ausschlüsse – genauso wie andere Restriktionen zu Lasten von an alternativen Fussballwettbewerben teil-

³² Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023, *European Superleague Company*, Rs. C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011; EuGH, Pressemitteilung vom 21. Dezember 2023, Nr. 203/23.

nehmenden Vereinen oder Spielerinnen oder Spielern – für unproblematisch gehalten.³³ Er rechtfertigte dies damit, dass solche Restriktionen notwendig mit den legitimen Zielen, die von der FIFA und der UEFA verfolgt würden und mit den Besonderheiten des Sports verbunden seien, zusammenhängen würden und im Hinblick darauf verhältnismässig seien. Der Europäische Gerichtshof folgte dem in seinem Urteil teilweise. Wie auch der Generalanwalt hielt er fest, dass die Verbände FIFA und die UEFA als Veranstalter von Fussballwettbewerben an Art. 101 und 102 AEUV gebunden seien. Die beiden Verbände müssten daher sicherstellen, dass ihre Verbandsregeln, namentlich sofern diese die Grundlage für die genannten Restriktionen (z.B. Ausschluss) gegenüber „abtrünnigen“ Vereinen oder Spielerinnen oder Spielern sein sollen, transparent, objektiv, nichtdiskriminierend und verhältnismässig seien. Die im konkreten Vorabentscheidungsverfahren vorgelegten Verbandsregeln würden diese Voraussetzungen indes nicht erfüllen, weshalb z.B. darauf gestützte Ausschlussentscheidungen willkürlich wären. Gleichzeitig folgt aus dem Urteil, dass Restriktionen von Seiten der FIFA und UEFA zu Lasten von „abtrünnigen“ Vereinen oder Spielerinnen oder Spielern gerechtfertigt und damit zulässig sein können, wenn die FIFA und die UEFA ihre Verbandsregelungen entsprechend den Erwägungen des Urteils zur Rechtfertigung von allfälligen Restriktionen ausgestalten und die Verbände bzw. ihre Mitglieder diese Regeln sachgerecht anwenden.³⁴

2. Missbrauchskontrolle

a) *Praxis der Europäischen Kommission*

Im Berichtszeitraum fällte die Europäische Kommission im Bereich der klassischen Missbrauchskontrolle einzig einen Sanktionsentscheid. Dieser betraf das Unternehmen *Intel*, das die Europäische Kommission wegen Verhaltensweisen sanktionierte, welche bereits Gegenstand eines Sanktionsentscheids aus dem Jahr 2009 gewesen waren.³⁵ Diesen hatte das Europäische Gericht im Jahr 2022 betreffend die Sanktion in Höhe von rund 1,06 Mrd. Euro in Gänze aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Europäische Kommis-

³³ Generalanwalt, Schlussanträge vom 15. Dezember 2022, *European Superleague Company*, Rs. C-333/21, ECLI:EU:C:2022:993; vgl. auch *Bruch David/Mamane David*, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23*, Zürich, 81.

³⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 21.12. 2023, *European Superleague Company*, Rs. C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 182 ff., 231 ff.

³⁵ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 22. September 2023, IP/23/4570; Case AT.37990.

sion zurückverwiesen.³⁶ Das Gericht begründete dies damit, dass ein Wettbewerbsrechtsverstoss nur teilweise nachgewiesen sei und zwar in Bezug auf Zahlungen von *Intel* an Computerherstellerinnen, damit diese die Markteinführung von Computern, welche Chips von Konkurrentinnen von *Intel* enthielten, unterliessen oder verzögerten. Da sich das Gericht ausser Stande sah, die Sanktion betreffend diese wettbewerbswidrigen Zahlungen selbst festzulegen, verwies es die Sache an die Europäische Kommission zurück. Die Europäische Kommission sanktionierte *Intel* daraufhin mit einem Betrag von 376,36 Mio. Euro. In Bezug auf die Verhaltensweisen, welche vom Europäischen Gericht nicht als Verstoss gewertet wurden, d.h. betreffend die Gewährung von Treuerabatten durch *Intel*,³⁷ zog die Europäische Kommission die Sache an den Europäischen Gerichtshof weiter, wo das Verfahren noch hängig ist.³⁸

Mitte 2023 übermittelte die Europäische Kommission *Google* ihre Beschwerdepunkte in Sachen Online-Werbung (Adtech).³⁹ Danach bestehe der Verdacht, dass *Google* auf gewissen Märkten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Online-Werbung marktbeherrschend sei. Es sei zu befürchten, dass *Google* diese marktbeherrschende Stellung dadurch in wettbewerbsrechtswidriger Weise missbrauche, dass es seine eigene Werbebörse AdX, bei welcher Verlage und Werbetreibende in Echtzeit – in der Regel über Auktionen – den Verkauf bzw. Kauf von Display-Werbung aushandeln, bevorzuge.

Darüber hinaus leitete die Europäische Kommission Untersuchungen ein gegen *Microsoft* wegen allfälliger wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in Bezug auf *Teams*⁴⁰ sowie gegen das spanische Eisenbahnunternehmen *Renfe* wegen allfälliger wettbewerbswidriger Praktiken beim Online-Fahrscheinverkauf in Spanien.⁴¹ Nach der Untersuchungseröffnung gegen *Renfe* bot das Unternehmen bestimmte Verpflichtungszusagen an,⁴² zu welchen die Europäische Kommission im Ende Juni 2023 allfällige Stellungnahmen einforderte.⁴³

³⁶ EuG, Urteil vom 26. Januar 2022, *Intel Corporation / Kommission*, Rs. T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19; vgl. dazu auch Bruch David/Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23*, Zürich, 85 f.

³⁷ Vgl. Bruch David/Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23*, Zürich, 85 f.

³⁸ Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH in der Rechtssache C-240/22 P.

³⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14. Juni 2023, IP/23/3207; Case AT.40670.

⁴⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 27. Juli 2023, IP/23/3991; Case AT.40721.

⁴¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 28. April 2023, IP/23/2448; Case AT.40735.

⁴² Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 26. Juni 2023, IP/23/3445.

⁴³ Vgl. Mitteilung der Kommission nach Artikel 27 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in der Sache AT.40735 – Online-Verkauf von Zugfahrkarten in Spanien (2023/C 224/01), ABl. C 224 vom 27. Juni 2023, 1 ff.

Erwähnenswert sind zudem die Entscheidungen der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit dem Vollzug des Gesetzes über digitale Märkte (Digital Markets Act; DMA).⁴⁴ Der DMA war am 1. November 2022 in Kraft getreten und ist seit dem 2. Mai 2023 vollständig anwendbar.⁴⁵ Nach dem DMA mussten potenzielle „digitale Torwächter“ (Gatekeeper), welche die quantitativen Schwellenwerte des DMA erreichten, bis zum 3. Juli 2023 ihre wichtigsten Plattformdienste melden. Sieben Unternehmen reichten eine entsprechende Meldung ein (*Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft* und *Samsung*).⁴⁶ Die Kommission hatte sodann innerhalb von 45 Arbeitstagen, d.h. bis zum 6. September 2023 darüber zu entscheiden, welche dieser Unternehmen mit welchen zentralen Plattformdiensten als Gatekeeper benannt werden. Innerhalb dieser Frist entschied die Europäische Kommission mit, dass sechs Unternehmen, nämlich *Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta* und *Microsoft* mit zusammen 22 zentralen Plattformdiensten (darunter z.B. Dienste bzw. Apps wie Google maps, Google play, Google shopping, TikTok, Instagram, Facebook, LinkedIn, Whatsapp, Amazon Marketplace, Meta Marketplace, Youtube, App Store, Safari) als Gatekeeper im Sinne des DMA gelten.⁴⁷ In Bezug auf *Samsung* bzw. seinen Internetbrowser kam die Europäische Kommission zum Ergebnis, dass zwar die quantitativen Schwellenwerte des DMA überschritten seien, jedoch Umstände vorlägen, welche gegen eine Einstufung als Gatekeeper sprechen würden. Die Benennung als Gatekeeper hat zur Folge, dass die betroffenen Unternehmen ab sofort die Europäische Kommission über jeden geplanten Zusammenschluss informieren müssen. Zudem müssen die Gatekeeper sicherstellen, dass sie bis spätestens 6. März 2024 die Verhaltens- und Unterlassungspflichten des DMA erfüllen⁴⁸ und der Europäischen Kommission einen entsprechenden Compliance-Bericht zukommen lassen. Missachtet ein Gatekeeper die Pflichten gemäss DMA, kann das Unternehmen mit einem Betrag von bis zu 10% seines weltweiten Jahresumsatzes sanktioniert werden.

⁴⁴ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitere 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.

⁴⁵ Siehe dazu auch Bruch David/Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 93 ff.

⁴⁶ Vgl. <https://digital-markets-act.ec.europa.eu/potential-gatekeepers-notified-commission-and-provided-relevant-information-2023-07-04_en>.

⁴⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 6. September 2023, IP/23/4328.

⁴⁸ Siehe zu den Anforderungen etwa Bruch David/Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 94.

b) Praxis der Europäischen Gerichte

Im Jahr 2022 ergingen betreffend Entscheidungen der Europäischen Kommission im Bereich Missbrauchskontrolle die folgenden Urteile der Europäischen Gerichte (Auswahl).⁴⁹

Mit seinem Urteil i.S. *Lietuvos geležinkeliai / Kommission* bestätigte der Europäische Gerichtshof, dass insbesondere auch selbstschädigendes Verhalten eines Unternehmens mit marktbeherrschender Stellung einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung darstellen kann.⁵⁰ In dem Verfahren hatte der Gerichtshof zu beurteilen, ob der Abbau von bedeutsamer Eisenbahninfrastruktur (Gleise, Oberleitungen) durch das diese Infrastruktur betreibende staatliche litauische Eisenbahnunternehmen *Lietuvos geležinkeliai* AB (nachfolgend: LG) einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt und deshalb zu sanktionieren ist. Dies bejahte der Gerichtshof und bestätigte damit die Sichtweisen der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichts. Wie diese ging der Gerichtshof davon aus, dass das staatliche litauische Eisenbahnunternehmen auf dem litauischen Schienengüterverkehrsmarkt marktbeherrschend sei. Diese habe LG dadurch missbraucht, dass es ein kurzes Gleisstück, welches das litauische Schienennetz mit dem lettischen Schienennetz verband, vollständig abbaute, um zu erschweren, dass eine ihrer Kundinnen auch die Leistungen des lettischen Eisenbahnunternehmens in Anspruch nehmen bzw. seine Waren auch über einen Hafen in Lettland verschiffen kann. Dieses Verhalten stelle zwar keine klassische missbräuchliche Verweigerung des Zugangs zur Infrastruktur eines marktbeherrschenden Unternehmens dar, weil LG damit die Infrastruktur auch für sich selbst unbrauchbar gemacht habe. Der selbstschädigende Abbau stelle jedoch eine eigenständige Form des Missbrauchs dar, weil er die betroffene Kundin in ihren

⁴⁹ Zusätzlich zu den nachfolgend aufgeführten Urteilen können insbesondere noch die folgenden Entscheidungen genannt werden: In der Entscheidung i.S. *Amazon / Kommission* bestätigte der Europäische Gerichtshof, dass es im konkreten Fall zulässig sei, betreffend dieselben Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens parallele Verfahren in der EU sowie in den Mitgliedstaaten zu führen; vgl. EuGH, Urteil vom 20. April 2023, *Amazon / Kommission*, Rs. C-815/21 P, ECLI:EU:C:2023:308. Im Urteil i.S. *Meta Platforms Ireland / Kommission* erklärte das Europäische Gericht ein Auskunftsbegehren der Europäischen Kommission gegenüber *Meta* für zulässig, mit dem die Kommission Informationen einforderte, welche anhand von vorgegebenen Suchbegriffen durch *Meta* zu identifizieren sind; vgl. EuG, Urteil vom 24. Mai 2023, *Meta Platforms Ireland / Kommission*, Rs. T-451/20, ECLI:EU:T:2023:276; die Sache ist nun als Rechtssache C-497/23 P vor dem Europäischen Gerichtshof hängig.

⁵⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, *Lietuvos geležinkeliai / Kommission*, Rs. C-42/21 P, ECLI:EU:C:2023:12; EuGH, Pressemitteilung vom 12. Januar 2023, Nr. 9/23.

Transportmöglichkeiten beschränkte bzw. dem lettischen Eisenbahnunternehmen die Erbringung von Transportdienstleistungen gegenüber der Kundin aus Litauen unmöglich gemacht hatte. Die gegen LG verhängte Geldbusse von rund 20 Mio. Euro ist damit rechtskräftig geworden.

In der Sache *Bulgarian Energy Holding u.a. / Kommission* erklärte das Europäische Gericht eine Sanktionsentscheidung der Europäischen Kommission wegen des Fehlens eines missbräuchlichen Verhaltens vollständig für nichtig.⁵¹ Zwar sei es erwiesen, dass die Betreiberin des ungarischen Gasfernleitungsnetzes und einer ungarischen Gasspeicheranlage, die *Bulgarian Energy Holding* (nachfolgend: BEH) als Netzbetreiberin marktbeherrschend sei und anderen Gasversorgungsunternehmen (nachfolgend: Dritten) zeitweise keinen Zugang zum Netz gewährt habe. Indes habe die Europäische Kommission die Missbräuchlichkeit der Zugangsverweigerung nicht hinreichend nachgewiesen. So habe sie bspw. unberücksichtigt gelassen, dass die Anträge von Dritten auf Zugang zum Netz nicht genügend klar gewesen waren oder häufig nicht einmal an die zuständige Stelle bei der BEH weitergeleitet wurden. Auch lägen nicht genügend Beweise dafür vor, dass bei der BEH ein umfassender oder langfristiger Plan zur Abschottung der Gasversorgungsmärkte in Bulgarien bestand. Vor allem müsse berücksichtigt werden, dass die Dritten auch dann, wenn die BEH den Zugang zum Gasfernleitungsnetz und zur Gasspeicheranlage in Ungarn erhalten hätten, nicht in den bulgarischen Gasversorgungsmarkt hätten eintreten können. Denn für einen solchen Eintritt hätten sie auch Zugang zur ukrainisch-rumänischen Gaspipeline 1, welche von einem rumänischen Unternehmen betrieben wurde und den zentralen Kanal für die Versorgung von Ungarn mit Gas darstellte, haben müssen. Einen solchen Zugang hatten die Dritten jedoch nachweislich nicht. Selbst wenn Dritte also Zugang zum Netz der BEH gehabt hätten, hätte ihnen schlichtweg das Gas zum Einleiten in dieses Netz gefehlt. Es sei daher insgesamt nicht nachgewiesen, dass die Zugangsverweigerung durch BEH konkret geeignet war, Konkurrentinnen vom Markt auszuschliessen. Ohnehin habe die Europäische Kommission der *Bulgarian Energy Holding* nicht ausreichend Gelegenheit gegeben, sich zu den Vorwürfen zu äussern.

⁵¹ Vgl. dazu und zum Folgenden EuG, Urteil vom 25. Oktober 2023, *Bulgarian Energy Holding u.a. / Kommission*, Rs. T-136/19, ECLI:EU:T:2023:669; EuG, Pressemitteilung vom 25. Oktober 2023, Nr. 160/23.

Neben den vorgenannten Urteilen, welche direkt Entscheidungen der Europäischen Kommission betrafen, ergingen in Vorabentscheidungsverfahren die folgenden bedeutsamen Urteile.⁵²

Im Vorabentscheidungsverfahren i.S. *Meta (Allgemeine Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks)* erklärte es der Europäische Gerichtshof für zulässig, dass eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Prüfung, ob ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, auch abklärt, ob das Verhalten mit anderen als den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, etwa mit den Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO),⁵³ vereinbar ist.⁵⁴ Mit diesem Urteil stützte der Europäische Gerichtshof das Vorgehen des Bundeskartellamts, welches *Facebook* (heute: *Meta*) im Jahr 2019 die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen untersagt hatte und dies namentlich damit begründet hatte, die Zusammenführung der Daten verletze die Vorschriften der DSGVO, weshalb sie als wettbewerbsrechtswidriger Ausbeutungsmissbrauch zu qualifizieren sei.⁵⁵ Im Einzelnen hielt der Gerichtshof zur Prüfung der DSGVO im Rahmen der Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens Folgendes fest. Stelle die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde bei der Berücksichtigung der DSGVO einen Verstoss gegen die DSGVO fest, trete sie nicht an die Stelle der durch die DSGVO eingerichteten Aufsichtsbehörden. Die Prüfung, ob die DSGVO eingehalten werde, erfolge nämlich ausschliesslich, um den Missbrauch einer beherrschenden Stellung festzustellen und um Massnahmen zur Abstellung des Missbrauchs aufzuerlegen. Die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde müsse aber in jedem Fall loyal mit den Datenschutzbehörden zusammenarbeiten, um eine kohärente Anwendung der DSGVO zu gewährleisten. Liege eine Entscheidung der Datenschutzbehörden zum geprüften Verhalten vor, so dürfe die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde nicht abweichen von der datenschutzrechtlichen Aussage, indes eigene Schlussfolgerungen im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ziehen.

⁵² Zusätzlich zu den nachfolgend aufgeführten Urteilen kann insbesondere noch die folgende Entscheidung genannt werden: EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, *Regiojet*, Rs. C-57/21, ECLI:EU:C:2023:6.

⁵³ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, 1 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 4. Juli 2023, *Meta Platforms u.a. (Allgemeine Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks)*, Rs. C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537; EuGH, Pressemitteilung vom 4. Juli 2023, Nr. 113/23.

⁵⁵ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 7. Februar 2019; Bundeskartellamt, Fallbericht vom 15. Februar 2019 in der Sache B6-22/16, *Facebook*.

In seiner Vorabentscheidung i.S. *Unilever Italia* betonte der Europäische Gerichtshof erneut, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nur bejaht werden könnte, wenn die konkrete Verhaltensweise, in diesem Fall die Verwendung von Ausschliesslichkeitsklauseln in Vertriebsverträgen, geeignet sei, Verdrängungswirkung zu entfalten.⁵⁶ Werde eine solche Eignung im konkreten Fall substantiiert und unter Vorlage von Beweisen bestritten, so bestehe für die mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde die Pflicht, sich mit diesem Vorbringen auseinanderzusetzen. Im Einzelnen hielt der Gerichtshof fest, dass bei der Prüfung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht bewiesen werden müsse, dass die geprüfte Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens tatsächlich wettbewerbswidrige Wirkungen hatte. Es reiche der Nachweis der Eignung zur Beschränkung des Leistungswettbewerbs. Ausschliesslichkeitsklauseln seien indes nicht automatisch dazu geeignet, Wettbewerber zu verdrängen, auch wenn sie aufgrund ihrer Natur berechnete Wettbewerbsbedenken hervorrufen würden. Der Nachweis der möglichen Verdrängungswirkung könne – müsse aber nicht – beispielsweise mit Hilfe eines „AEC-Tests“ (as efficient competitor test) erbracht werden. Zwar gehe es vorliegend nicht um tarifäre Praktiken. Indes könne ein solcher Test aber z. B. dazu verwendet werden, um zu zeigen, dass ein ebenso effizientes Unternehmen wie das marktbeherrschende Unternehmen keine hinreichend tiefen Preise anbieten könnte, um zu erreichen, dass die durch die Ausschliesslichkeitsklauseln gebundenen Unternehmen das hypothetische ebenso effiziente Unternehmen als Lieferantin wählen würden. Das Urteil liegt auf einer Linie namentlich mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs i.S. *Intel / Kommission*⁵⁷ und dem des Europäischen Gerichts i.S. *Bulgarian Energy Holding u.a. / Kommission* (siehe oben).

Im Vorabentscheidungsverfahren i.S. *Romaqua Group* urteilte der Gerichtshof, dass eine mitgliedstaatliche Regelung, die der Inhaberin einer ausschliesslichen Lizenz für die Nutzung von Mineralwasserquellen die Möglichkeit einräumt, ohne Ausschreibung eine Verlängerung ihrer Lizenz für aufeinanderfolgende Fünfjahreszeiträume zu erwirken unter bestimmte Voraussetzungen gegen Art. 106 Abs. 1 und Art. 102 AEUV verstosse.⁵⁸ Dies sei der Fall, wenn diese Regelung in ihrer konkreten Ausgestaltung dazu führe, dass die Lizenz-

⁵⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 19. Januar 2023, *Unilever Italia Mkt. Operations*, Rs. C-680/20, ECLI:EU:C:2023:33; EuGH, Pressemitteilung vom 19. Januar 2023, Nr. 14/23.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 6. September 2017 *Intel Corporation / Kommission*, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632; vgl. auch Bruch David/Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23*, Zürich, 85.

⁵⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 21. September 2023, *Romaqua Group*, Rs. C-510/22, ECLI:EU:C:2023:694.

inhaberin durch die bloße Ausübung ihrer Vorzugsrechte eine marktbeherrschende Stellung missbrauche oder die konkrete Lizenz geeignet sei, die Lizenzinhaberin zu einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verleiten.

In seinem Urteil im Vorabentscheidungsverfahren i.S. *Towercast* stellt der Europäische Gerichtshof klar, dass Unternehmenszusammenschlüsse, welche die fusionsrechtlichen Schwellenwerte nicht überschreiten und somit nicht meldepflichtig sind, nachträglich dahingehend überprüft werden könnten, ob beteiligte Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht haben.⁵⁹ Aufgrund dieser Rechtsprechung können künftig etwa „killer acquisitions“, bei welchen die Schwellenwerte nicht erreicht werden, auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV überprüft werden. Generell besteht durch diese Rechtsprechung – wie auch infolge der *Illumina/Grail*-Praxis (s.u. [1.3.a](#)) – für Unternehmen, deren Zusammenschluss wegen Nichterreicherung der Schwellenwerte nicht meldepflichtig ist, weniger Rechtssicherheit. Sie müssen bei der Einschätzung der rechtlichen Risiken berücksichtigen, dass ihr Zusammenschluss wegen Art. 102 AEUV rückgängig gemacht und das marktbeherrschende Unternehmen sanktioniert werden könnte.

3. Zusammenschlusskontrolle

a) *Praxis der Europäischen Kommission*

Im Zeitraum Januar 2023 bis November 2023 gingen bei der Europäischen Kommission 321 Fusionsmeldungen ein (Vorjahreszeitraum: 371).⁶⁰ In diesem Zeitraum wurden acht Fusionskontrollverfahren ganz oder teilweise an mitgliedstaatliche Behörden überwiesen sowie vier Meldungen in Phase 1 zurückgezogen.⁶¹ Die grosse Mehrheit der von der Europäischen Kommission beurteilten Meldungen genehmigte sie in Phase 1-Verfahren (284 Genehmigungen). In drei Fällen erfolgte eine Genehmigung in Phase 1 nach einer Verpflichtungs-

⁵⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 16. März 2023, *Towercast*, Rs. C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207; EuGH, Pressemitteilung vom 16. März 2023, Nr. 46/23.

⁶⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-12/Merger_cases_statistics.pdf>.

⁶¹ Im Dezember 2023 nahmen darüber hinaus *Adobe* und *Figma* Abstand von ihrem Zusammenschlussvorhaben; vgl. Europäische Kommission, Stellungnahme vom 18. Dezember 2023, STATEMENT/23/6715. Im betreffenden Phase-2-Verfahren (M.11033) hatte die Europäische Kommission den Zusammenschlussparteien im November 2023 ihre Bedenken mitgeteilt; vgl. dazu Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17. November 2023, IP/23/5778.

zusage von Seiten der beteiligten Unternehmen.⁶² Ein Phase 2-Verfahren leitete die Europäische Kommission in fünf Fällen ein.⁶³ In Phase 2 untersagte sie eine Fusion (s. sogleich) und genehmigte fünf unter Auflagen.⁶⁴ Folgende Entschiede der Europäischen Kommission betreffend Unternehmenszusammenschlüsse sind hervorzuheben:

Ende September 2023 untersagte die Europäische Kommission *Booking* die Übernahme des Unternehmens *eTraveli*, welches vornehmlich im Bereich der Online-Vermittlung von Flugreisen tätig ist.⁶⁵ Nach Überzeugung der Behörde hätte der unreglementierte Kontrollerwerb dazu geführt, dass *Booking* seine marktbeherrschende Stellung im Bereich Online-Vermittlung von Hotelübernachtungen gestärkt hätte, was zu höheren Kosten für Hotels und möglicherweise für Nachfragerinnen und Nachfrager nach Hotelübernachtungen geführt hätte.⁶⁶ *Booking* sei in den letzten zehn Jahren stetig gewachsen und habe mittlerweile im EWR im Bereich der Online-Vermittlung von Hotelübernachtungen einen Marktanteil von über 60% erreicht. Gleichzeitig gebe es nur noch eine bedeutende Wettbewerberin, welche indes viel kleiner sei und sich zudem auf den Markt in den USA konzentriere. Hätte *Booking* *eTraveli* erworben, hätte es einen weiteren wichtigen Kanal für die Kundenakquisition erworben und sein „Ökosystem für Reisedienstleistungen“ erweitert. Hierdurch hätten sich für *Booking* weitere Wachstumschancen ergeben bzw. wäre die Besucherfrequenz auf der *Booking*-Plattform gestiegen. Dies hätte wiederum die Netzwerkeffekte verstärkt und die Marktzutritts- und Expansionsschranken erhöht. Somit hätte es die geplante Übernahme Wettbewerberinnen erschwert, die marktbeherrschende Stellung von *Booking* im Bereich der Online-Vermittlung von Hotelübernachtungen zu bestreiten. Die von Seiten *Booking* angebotenen Verpflichtungszusagen waren aus Sicht der Europäischen Kommission nicht ausreichend. Dies insbesondere, weil angebotene Abhilfemaßnahmen – wie z.B. das Präsentieren von Angeboten alternativer Hotelübernachtungsplattformen im Zusammenhang mit einer Buchung bei *eTraveli* – vom Metasuchdienst von *Booking* (KAYAK) hätten umgesetzt werden sollen.

⁶² Dies betrifft folgende Zusammenschlüsse: *Advent* / GFK (M.10860); *Sika* / MBCC Group (M.10560); *Hitachi* / *Thales* (M.10507).

⁶³ Dies betrifft folgende Zusammenschlüsse: *Viasat* / *Inmarsat* (M.10807); *Korean Air Lines* / *Asiana Airlines* (M.10149); *Orange* / *Masmovil* / *JV* (M.10896); *Amazon* / *iRobot* (M.10920); *Adobe* / *Figma* (M.11033).

⁶⁴ Die Europäische Kommission untersagte den Zusammenschluss von *Booking* und *eTraveli* (M.10615) und genehmigte die folgenden Zusammenschlüsse unter Auflagen: *Orange* / *VOO* / *Brutélé* (M.10663); *Microsoft* / *Activision Blizzard* (M.10646); *MOL* / *OMV Slovenija* (M.10438); *Vivendi* / *Lagardère* (M.10433); *Broadcom* / *VMware* (M.10806).

⁶⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 25. September 2023 i.S. *Booking* / *eTraveli* (M.10615).

⁶⁶ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 25. September 2023, IP/23/4573.

Für die Europäische Kommission war nicht ausreichend ersichtlich, dass der zu Booking gehörende Metasuchdienst KAYAK tatsächlich diskriminierungsfrei agieren würde.

Zu erwähnen sind des Weiteren die Entscheidungen der Europäischen Kommission i.S. *Illumina / Grail* sowie die sich daraus ergebende neue Aufgreifpraxis der Europäischen Kommission. Im Jahr 2022 hatte die Europäische Kommission *Illumina* die Übernahme von GRAIL zum Schutz des Innovationswettbewerbs bei der Entwicklung von Krebsfrüherkennungstests untersagt.⁶⁷ Bemerkenswert war diese Entscheidung vor allem, weil sie einen im Zeitpunkt der Untersagungsentscheidung bereits vollzogenen Zusammenschluss betraf, der mit Blick auf die umsatzbezogenen Meldeschwellen auf EU-Ebene und in den Mitgliedsstaaten nicht meldepflichtig gewesen war. Dass die Europäische Wettbewerbsbehörde den Zusammenschluss dennoch aufgriff und untersagte, war auf die Bestimmung von Art. 22 der Fusionskontrollverordnung⁶⁸ und entsprechende Aufgreifanträge der Mitgliedstaaten zurückzuführen. Nach Art. 22 der Fusionskontrollverordnung kann die Europäische Kommission einen Zusammenschluss – unabhängig von der Überschreitung von Schwellenwerten – auf Antrag eines oder mehrerer Mitgliedstaaten prüfen, wenn dieser den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw. der Antrag stellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht. Das Europäische Gericht hatte den Rückgriff auf Art. 22 der Fusionskontrollverordnung gestützt.⁶⁹ Obwohl *Illumina* gegen dieses Urteil Rechtsmittel einlegte und die Sache noch hängig ist beim Europäischen Gerichtshof,⁷⁰ erliess die Europäische Kommission in der Sache bereits weitere Massnahmen: Zum einen verhängte sie im Juli 2023 gegen *Illumina* und GRAIL Sanktionen in Höhe von insgesamt rund 432 Mio. Euro wegen Vollzugs des Zusammenschlusses ohne vorherige behördliche Genehmigung.⁷¹ Zum andere ordnete sie im Oktober 2023 die Rückgängigmachung der Übernahme von GRAIL durch *Illumina* an.⁷² Darüber hinaus griff die Europäische Kommission erstmals nach *Illumina / GRAIL* zwei weitere Zusammenschlussvorhaben unter Rückgriff auf Art. 22 der Fusionskontrollverordnung auf. Be-

⁶⁷ Europäische Kommission, Entscheidung vom 6. September 2022 i.S. *Illumina / GRAIL* (M.10188).

⁶⁸ 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.

⁶⁹ EuG, Urteil vom 13. Juli 2022, *Illumina / Kommission*, Rs. T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447.

⁷⁰ Vgl. Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH in der Rechtssache C-611/22 P.

⁷¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 12. Juli 2023, IP/23/3773; Case M.10483.

⁷² Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 12. Oktober 2023, IP/23/4872; Case M.10939.

troffen waren die geplanten Zusammenschlüsse *Qualcomm / Autotalks*⁷³ sowie *EEX / Nasdaq power*.⁷⁴ Die Europäische Kommission erklärte sich nach entsprechenden Aufgreifanträgen von Mitgliedstaaten im August 2023 für zuständig und liess verlauten, dass diese Zusammenschlüsse nicht vollzogen werden dürften, solange sie ihr nicht gemeldet und von ihr nicht genehmigt worden seien.⁷⁵

Aus Schweizer Sicht ist zuletzt zu erwähnen, dass die Europäische Kommission die Übernahme der *Credit Suisse* durch die UBS ohne Auflagen genehmigte.⁷⁶ Zwar seien die beiden Banken auf denselben relevanten Märkten tätig, weshalb es zu einer Stärkung der Marktstellung komme.⁷⁷ Indes stehe die UBS auch nach der Übernahme der *Credit Suisse* unter erheblichem Wettbewerbsdruck. So müsse sie sich auch weiterhin auf allen Märkten mit vielen unterschiedlichen und bedeutenden Konkurrentinnen, zu denen mehrere grosse weltweit tätige Banken sowie spezialisierte Anbieterinnen und lokale Akteure zählen würden, messen.

b) *Praxis der Europäischen Gerichte*

Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle fällten die Europäischen Gerichte im Wesentlichen die Sichtweise der Wettbewerbsbehörde bestätigende Urteile. So erklärte der Europäische Gerichtshof einen Beschluss der Kommission zur Umsetzung von Verpflichtungszusagen im Zusammenschluss *US Airways / American Airlines*⁷⁸ und die Untersagung des Zusammenschlusses *Hutchinson / Telefonica*⁷⁹ für korrekt (siehe dazu auch sogleich).⁸⁰ Ferner setzte er die Geldbusse, welche die Europäische Kommission wegen Verstosses gegen die Anmeldepflicht und die Stillhaltepflicht gegen die *Altice*

⁷³ Vgl. Europäische Kommission, Daily News vom 18. August 2023, MEX/23/4201; Case M.11212.

⁷⁴ Vgl. Europäische Kommission, Daily News vom 21. August 2023, MEX/23/4221; Case M.11241.

⁷⁵ Siehe Nachweise in Fn. 60 f.

⁷⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 25. Mai 2023, IP/23/2889.

⁷⁷ Vgl. dazu sowie zum Folgenden: Europäische Kommission, Entscheidung vom 25. Mai 2023 i.S. *UBS / Credit Suisse* (Case M.11111), C(2023), 3529 final.

⁷⁸ Europäische Kommission, Beschluss vom 30. April 2018 i.S. *US Airways / American Airlines* (Case M.6607), C(2018), 2788 final.

⁷⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 11. Mai 2016 i.S. *Hutchison 3G UK / Telefonica UK* (Case M.7612), C(2016), 2796 final.

⁸⁰ Betreffend Zusammenschluss *US Airways / American Airlines*: EuGH, Urteil vom 16. März 2023, *American Airlines / Kommission*, Rs. C-127/21 P, ECLI:EU:C:2023:209. Betreffend Zusammenschluss *Hutchinson / Telefonica*: EuGH, Urteil vom 13. Juli 2023, *Kommission / CK Telecoms UK Investments*, Rs. C-376/20 P, ECLI:EU:C:2023:561.

Group ausgesprochen hatte, nur leicht herab.⁸¹ Das Europäische Gericht bestätigte die Entscheidung der Kommission, den Zusammenschluss *PKN Orlen / Grupa Lotos*⁸² unter der Bedingung, dass Verpflichtungszusagen eingehalten werden, zu genehmigen,⁸³ sowie die Genehmigungen der beiden Zusammenschlüsse *RWE / E.ON Transfer Assets* und *E.ON / Innogy*,⁸⁴ welche gemäss dem Gericht jeweils einen Austausch von Vermögenswerten zwischen unabhängigen Unternehmen darstellen und daher von der Kommission zu Recht nicht als einziger Zusammenschluss behandelt wurden.⁸⁵ Folgendes ist hervorzuheben.

In seinem Urteil betreffend die Untersagung des Zusammenschlusses *Hutchinson / Telefonica* macht der Gerichtshof erstmals grundlegende Aussagen zum „SIEC-Test“ (significant impact to effective competition test), d.h. zur Möglichkeit der Europäischen Kommission, auch gegen Zusammenschlüsse vorzugehen, durch welche keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, die jedoch immerhin eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs bewirken.⁸⁶ Der Gerichtshof urteilte, das Europäische Gericht, habe in seinem Urteil vom 28. Mai 2020⁸⁷ zu hohe Anforderungen an den SIEC-Test gestellt. So habe das Gericht etwa zu Unrecht eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ für einen SIEC gefordert, den Begriff der „wichtigen Wettbewerbskraft“ zu eng ausgelegt und zu Unrecht den Nachweis verlangt, dass die fusionierten Unternehmen „besonders enge“ Wettbewerber seien, deren Produkte in einem hohen Masse substituierbar seien. Es reiche vielmehr aus, dass der Zusammenschluss „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führe. Das übernommene Unternehmen sei dabei nicht erst dann als „wichtige Wettbewerbskraft“ zu qualifizieren, wenn es sich von den anderen Unternehmen durch eine „besonders

⁸¹ EuGH, Urteil vom 9. November 2023, *Altice Group Lux / Kommission*, Rs. C-746/21 P, ECLI:EU:C:2023:836.

⁸² Europäische Kommission, Entscheidung vom 14. Juli 2020 i.S. *PKN Orlen / Grupa Lotos* (Case M.9014), C(2020) 4651 final.

⁸³ EuG, Urteil vom 14. Juni 2023, *Polwax / Kommission*, Rs. T-585/20, ECLI:EU:T:2023:332.

⁸⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 26. Februar 2019 i.S. *RWE / E.ON Transfer Assets* (Case M.8871), C(2019) 1711 final; Europäische Kommission, Entscheidung vom 17. September 2019 i.S. *E.ON / Innogy* (Case M.8870), C(2019) 6530 final.

⁸⁵ Vgl. EuG, Urteil vom 17. Mai 2023, *EVH / Kommission*, in der Rechtssache T-312/20, ECLI:EU:T:2023:252; EuG, Urteil vom 20. Dezember 2023, *EVH / Kommission*, Rs. T-53/21, ECLI:EU:T:2023:834. S.a. EuG, Pressemitteilung vom 17. Mai 2023, Nr. 81/23; EuG, Pressemitteilung vom 20. Dezember 2023, Nr. 197/23.

⁸⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden EuGH, Urteil vom 13. Juli 2023, *Kommission / CK Telecoms UK Investments*, Rs. C-376/20 P, ECLI:EU:C:2023:561; s.a. EuGH, Pressemitteilung vom 13. Juli 2013, Nr. 120/23.

⁸⁷ EuG, Urteil vom 28. Mai 2020, *CK Telecoms UK Investments / Kommission*, Rs. T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217.

aggressive“ Preispolitik abhebe. Es genüge, wenn das übernommene Unternehmen „auf den Wettbewerbsprozess einen grösseren Einfluss hat, als anhand seiner Marktanteile oder ähnlicher Messgrößen zu vermuten wäre“. Eine erhebliche Behinderung des Wettbewerbs könne zudem auch bewirkt sein, wenn die Substituierbarkeit der Produkte der fusionierenden Unternehmen nicht besonders hoch sei, weil auch dies die Zusammenschlussparteien dazu veranlassen könne, die Preise nach dem Zusammenschluss zu erhöhen. Wegen der skizzierten Mängel erklärte der Gerichtshof das Urteil des Europäischen Gerichts, mit welchem dieses die Untersagung des Zusammenschlusses *Hutchinson / Telefonica* im Jahr 2020 aufgehoben hatte, für nichtig und verwies die Sache zur Neubeurteilung der Sache unter Berücksichtigung der Erwägungen des Gerichtshofs an das Gericht zurück.

4. Rechtsetzung und Rechtsetzungsprojekte

Auch auf Rechtsetzungsebene gab es 2023 bedeutsame Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht. Neben den unter a)–e) beschriebenen Entwicklungen zu nennen ist das Inkrafttreten der Verordnung über wettbewerbsfälschende Subventionen aus Drittstaaten.⁸⁸ Diese ermöglicht der Europäischen Kommission eine stärkere Kontrolle von Subventionen aus Drittstaaten für Unternehmen, die in der EU tätig sind.⁸⁹

a) *Anpassung von Horizontal-GVOs und -Leitlinien*

Am 1. Juli 2023 traten die überarbeiteten Horizontal-Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschung und Entwicklung sowie für Spezialisierungsvereinbarungen (Horizontal-GVOs) in Kraft.⁹⁰ Die Vorgängerfassungen der beiden

⁸⁸ Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl. L 330 vom 23.12. 2022, 1 ff.

⁸⁹ Vgl. dazu <https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation_en>.

⁹⁰ Verordnung (EU) Nr. 2023/1066 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 143 vom 2. Juni 2023, 9 ff.; Verordnung (EU) Nr. 2023/1067 der Kommission vom 1. Juni 2023 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 143 vom 2. Juni 2023, 20 ff.; vgl. dazu und zum Folgenden auch Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 1. Juni 2023, IP/23/2990.

Horizontal-GVOs liefen damit zum 30. Juni 2023 aus. Ebenfalls überarbeitet wurden die Horizontal-Leitlinien.⁹¹

Mit den neuen Regelungen wird etwa der Anwendungsbereich bei Spezialisierungsvereinbarungen erweitert und werden die Vorschriften zur Berechnung und Bestimmung von Marktanteilen klarer gefasst. Auch soll durch die Ergänzungen der Innovationswettbewerbs bei Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen verstärkt berücksichtigt werden können und insgesamt mehr Klarheit geschaffen werden in Bezug auf Vermarktungs-, Informationsaustauschs-, Einkaufs- sowie Nachhaltigkeitsvereinbarungen.

Mit den Ausführungen zu Nachhaltigkeitsvereinbarungen soll gemäss der Europäischen Kommission klargelegt werden, dass die Kartellvorschriften Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, mit denen ein Nachhaltigkeitsziel verfolgt wird, nicht entgegenstehen. Die neuen Bestimmungen enthalten dabei eine weit gefasste Definition von Nachhaltigkeitszielen auf der Grundlage der Ziele der Vereinten Nationen für nachhaltige Entwicklung und zudem verschiedene Beispiele für Nachhaltigkeitsvereinbarungen, welche in der Regel nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 101 Absatz 1 AEUV fallen. Für Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Landwirtschaftsbereich ist neu auch eine separate Leitlinie der Europäischen Kommission zu beachten (vgl. unten [d](#))).

Nicht verlängert wird die Gruppenfreistellungsverordnung für Schifffahrtskonsortien, im Rahmen derer Schifffahrtsunternehmen gewisse Transportdienstleistungen zusammen anbieten wollen.⁹² Diesbezüglich hatte die Evaluation ergeben, dass die Verordnung nur begrenzt wirksam und nützlich gewesen sei. So würden z.B. nur eine geringe Zahl von Konsortien und auch nicht alle Arten überhaupt unter die Verordnung fallen, weshalb die Verordnung nur eine untergeordnete Rolle für Schifffahrtsunternehmen spiele. Die Europäische Kommission lässt die Gruppenfreistellungsverordnung daher zum 25. April 2024 auslaufen. Spätestens ab dann müssen Schifffahrtsunternehmen, welche im Rahmen von Konsortien zusammenarbeiten wollen, ihr Verhalten am Massstab der allgemeineren HGVOs und der Horizontal-Leitlinien überprüfen.

⁹¹ Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, C(2023), 4752 final.

⁹² Vgl. dazu und zum Folgenden Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 10. Oktober 2023, IP/23/4742.

b) *Verlängerung der Kfz-GVO und Aktualisierung der Kfz-Leitlinien*

Am 17. April 2023 verlängerte die Europäische Kommission die Gruppenfreistellungsverordnung für Kraftfahrzeuge (Kfz-GVO) um fünf Jahre.⁹³ Die Kfz-GVO galt bislang nur bis zum 31. Mai 2023. Neu gilt sie bis zum 31. Mai 2028.

Darüber hinaus hat die Europäische Kommission die Kfz-Leitlinien aktualisiert.⁹⁴ Die Aktualisierungen betreffen im Wesentlichen den Umgang mit von Fahrzeugsensoren generierten Daten (fahrzeuggenerierte Daten). Dazu halten die aktualisierten Leitlinien fest, dass diese Daten einen wesentlichen Input für die Erbringung von Reparatur- und Wartungsdienstleistungen darstellen können. Daher sollten gemäss den Leitlinien autorisierte und unabhängige Werkstätten gleichberechtigten Zugang zu diesen Daten haben. Ferner wird festgehalten, dass Kraftfahrzeuganbieter den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berücksichtigen müssen, wenn sie erwägen, Händlerinnen oder Werkstätten Inputs wie fahrzeuggenerierte Daten aufgrund etwaiger Cybersicherheitsbedenken vorzuenthalten. Zudem wird in den Leitlinien darauf hingewiesen, dass die Verweigerung des Zugangs zu fahrzeuggenerierten Daten ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann.

c) *Vereinfachung der Meldung von Zusammenschlüssen*

Seit dem 1. September 2023 gelten neue Vorschriften betreffend die Meldung von Unternehmenszusammenschlüssen.⁹⁵ Mit diesen Vorschriften soll der Aufwand für die Meldung von Unternehmenszusammenschlüssen bei der Europäischen Kommission sowohl im vereinfachten als auch im ordentlichen Fusionskontrollverfahren erheblich sinken.

Konkret wird durch die neuen Regelungen der Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens erweitert und präzisiert sowie dieses Verfahren dadurch gestrafft, dass ein neues vereinfachtes Anmeldeformular verwendet werden darf (Vereinfachtes Formular CO, zum Ankreuzen). In Bezug auf das nicht vereinfachte Fusionskontrollverfahren werden die Anforderungen in Be-

⁹³ Vgl. dazu und zum Folgenden Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17. April 2024, IP/23/2248.

⁹⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission, Änderung der Bekanntmachung der Kommission – Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl. C 133 I vom 17. April 2023, 1 ff.

⁹⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden: Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 20. April 2023, IP/23/2357.

zug auf die einzureichenden Angaben und Unterlagen ebenfalls gesenkt (Anpassungen im Formular CO). Künftig soll die Anmeldung in der Regel auf elektronischem Wege erfolgen.

d) Leitlinien für Nachhaltigkeitsvereinbarungen in der Landwirtschaft

Am 7. Dezember 2023 verabschiedete die Europäische Kommission Leitlinien in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen in der Landwirtschaft.⁹⁶ Diese hat die Europäische Kommission erlassen, weil es der Ende 2021 neu geschaffene Art. 210a der GMO-Verordnung⁹⁷ erlaubt, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Agrarsektor zu treffen, sofern die Vereinbarungen für das Erreichen von Nachhaltigkeitsstandards unerlässlich sind, die über die nach EU- oder mitgliedstaatlichem Recht geltenden Standards hinausgehen. Mit den neuen Leitlinien soll klargestellt werden, wie die Unternehmen im Agrar- und Lebensmittelsektor gemeinsame Initiativen für Nachhaltigkeit im Einklang mit Art. 210a GMO-Verordnung und Art. 101 AEUV gestalten können.

Dazu halten die Leitlinien insbesondere fest, dass an solchen Nachhaltigkeitsvereinbarungen in jedem Fall landwirtschaftliche Erzeugerinnen und Erzeuger beteiligt sein müssen und sich die Vereinbarung auf landwirtschaftliche Erzeugnisse beziehen muss sowie was überhaupt förderfähige Nachhaltigkeitsziele im Sinne von Art. 210a GMO-Verordnung sind (z.B.: Verringerung des Einsatzes von Pestiziden und der Gefahr einer Resistenz gegen antimikrobielle Wirkstoffe, nicht aber: Gerechte Bezahlung für Landwirte und Landarbeiterinnen). Ferner sind Beispiele aufgeführt, welche Wettbewerbsbeschränkungen in der Regel für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen unerlässlich sind. So können Unternehmen beispielsweise vereinbaren, Erzeugerinnen und Erzeugern Ausgleichszahlungen für zusätzliche Kosten zu gewähren oder finanzielle Anreize für Erzeugerinnen und Erzeuger zu schaffen, damit diese einen neuen Standard einführen. Der Ausschluss von Waren oder Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten gilt hingegen grundsätzlich nicht als unerlässlich für das Erreichen eines Nachhaltigkeitsziels.

⁹⁶ Mitteilung der Kommission, Leitlinien der Kommission zur Ausnahme von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Bezug auf Nachhaltigkeitsvereinbarungen für landwirtschaftliche Erzeuger gemäss Artikel 210a der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013, ABl. C vom 8. Dezember 2023, 1 ff. Vgl. dazu und zum Folgenden auch: Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 7. Dezember 2023, IP/23/6370.

⁹⁷ Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 922/72, (EWG) Nr. 234/79, (EG) Nr. 1037/2001 und (EG) Nr. 1234/2007, ABl. L 347 vom 20. Dezember 2023, 671 ff.

Vorbehalten bleibt nach den Leitlinien eine ex-post Intervention von Wettbewerbsbehörden, wenn die Durchführung einer unter die Leitlinien fallenden Nachhaltigkeitsvereinbarung unangemessene Verbraucherpreise bewirkt oder dazu führt, dass ein landwirtschaftliches Erzeugnis, für das eine erhebliche Nachfrage durch Verbraucherinnen und Verbraucher besteht, aus dem Markt gedrängt wird.

e) *Konsultationen und Evaluationen*

Die Europäische Kommission möchte Leitlinien zum Ausbeutungsmisbrauch gemäss Art. 102 AEUV erlassen und damit eine entsprechende Lücke in ihrem „Leitlinienkatalog“ schliessen. Die Leitlinien sollen insbesondere die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte zu Art. 102 AEUV und die Erfahrungen der Europäischen Kommission mit der Umsetzung von Art. 102 AEUV widerspiegeln. Die Europäische Kommission führte zu den geplanten Leitlinien im Frühjahr 2023 eine entsprechende Sondierung in der Öffentlichkeit durch und plant, die Leitlinien Ende 2025 zu verabschieden.

Zudem läuft nach wie vor die Evaluation der Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung und -Leitlinien.⁹⁸ Die überarbeiteten Versionen sollen ebenfalls 2025 verabschiedet werden.

⁹⁸ Vgl. <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13636-EU-competition-rules-on-technology-transfer-agreements-evaluation_en>.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

I. Wettbewerbsabreden

Die vorliegende Berichtsperiode ist gekennzeichnet durch eine hohe Anzahl an Verfahren der EU, welche einen direkten Bezug zur Schweiz haben. Dies zeigt sich einerseits bei Verfahren, welche parallel in der EU und der Schweiz durchgeführt werden, wie insbesondere das im Jahr 2023 mit parallelen Hausdurchsuchungen gestartete Verfahren in Sachen *Duftstoffe und Duftinhalstoffe*.⁹⁹ Die Hausdurchsuchungen in diesen Verfahren wurden zwischen diversen Wettbewerbsbehörden international koordiniert, so insbesondere auch mit der Europäischen Kommission. Dies zeigt die Wichtigkeit der Kooperation zwischen Wettbewerbsbehörden. Diese Zusammenarbeit wird im Verhältnis mit der Schweiz durch das Kooperationsabkommen Schweiz-EU¹⁰⁰ erheblich vereinfacht, indem ein Austausch und eine Koordination in Bezug auf Hausdurchsuchungen ausdrücklich geregelt werden. Die internationale Zusammenarbeit wird durch den Abschluss weiterer, vergleichbarer Abkommen weiter gefördert, wie zuletzt mit der Bundesrepublik Deutschland.¹⁰¹ Zudem ermöglichen derartige Abkommen auch den Austausch von Beweismitteln, welche in den jeweiligen Jurisdiktionen beschlagnahmt wurden. Dies dürfte im Verfahren in Sachen *Duftstoffe und Duftinhalstoffe* von besonderer Relevanz für die Europäische Kommission sein, nachdem sich zwei der durchsuchten Unternehmen in der Schweiz befinden. Aus verfahrensrechtlicher Sicht interessant wird sodann sein, ob und wie sich das Beschwerdeverfahren gegen die Hausdurchsuchung der Europäischen Kommission¹⁰² (zumindest indirekt) auf das Schweizer Verfahren auswirken könnte. Schliesslich wurde ein weiteres, schon länger andauerndes Verfahren in Sachen Herstellung und Vertrieb von *Scopolaminbutylbromid*¹⁰³ in der Berichtsperiode von der Europäischen Kom-

⁹⁹ Wettbewerbskommission, Pressemitteilung vom 8. März 2023 (Abreden im Markt für Duftstoffe).

¹⁰⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, abgeschlossen am 17. Mai 2013, SR 0.251.268.1.

¹⁰¹ Abkommen zwischen dem Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit und Koordinierung der Wettbewerbsbehörden, abgeschlossen am 1. November 2022, SR 0.251.136.1.

¹⁰² Beschwerde vom 16. Mai 2023, Rs. T-263/23, *Symrise v. Kommission*.

¹⁰³ Wettbewerbskommission, Pressemitteilung vom 19. September 2019, (Untersuchung gegen Pharmazulieferer).

mission (zumindest partiell) abgeschlossen, so dass sich die Frage stellen wird, inwiefern sich die Ergebnisse des Europäischen Verfahrens auf das Schweizer Verfahren auswirken werden.

Andererseits kann beobachtet werden, dass in der Berichtsperiode von der Europäischen Kommission bzw. europäischen Gerichten zahlreiche Verfahren durchgeführt wurden, welche direkt auch Schweizer Unternehmen bzw. Verbände betreffen könnten. Von besonderem Interesse sind hier die Gerichtsurteile bezüglich der Verbandsregeln der internationalen Sportverbände *International Skating Union*, *UEFA* und *FIFA*.¹⁰⁴ Insbesondere für Verbände mit Sitz in der Schweiz wird sich die Frage stellen, ob und wie allfällige Urteile in der Schweiz umgesetzt würden bzw. ob die Rechtsprechung der europäischen Gerichte auch in Schweizer Verfahren gegen Sportverbände mit Sitz in der Schweiz zur Anwendung gelangen würde.

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs i.S. *Super Bock Bebidas*¹⁰⁵, hat schliesslich das Potential auch in der Schweizer Diskussion in Bezug auf „bezweckte“ vertikale Wettbewerbsbeschränkungen von Interesse zu sein. Mit der Feststellung des Europäischen Gerichtshofs, dass selbst Kernbeschränkungen gemäss der Vertikal-GVO nicht automatisch eine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung darstellen müssen, sondern im Einzelfall anhand der verfolgten Ziele und des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs zu prüfen sind, folgt auch die Konsequenz, dass es keinen starren Katalog von Abreden gibt, welche in jedem Fall immer eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Eine entsprechende Berücksichtigung dieses Ansatzes wäre auch denkbar bei der Prüfung des Bezweckens im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG. Eine Berücksichtigung dieser EU-Rechtsprechung könnten zur Konsequenz haben, dass nicht jede Abrede, die unter die Vermutungstatbestände nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG subsumiert werden könnte, auch effektiv eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG darstellen muss. Die Anwendung dieses Ansatzes würde der Auslegung des Schweizer Kartellgesetz eine Flexibilität verschaffen, welche vergleichbar wäre mit der Systematik des vom Europäischen Gerichtshof bestätigten Ansatzes.

Schliesslich sind auch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs i.S. *Hausdurchsuchungen im Lebensmittelsektor* im Lichte der Schweizer Praxis beachtenswert. Auch in der Schweiz ist für die Durchführung einer Hausdurchsuchung notwendig, dass ein ausreichender Anfangsverdacht besteht.

¹⁰⁴ Siehe oben, [Kap. I.1.b](#).

¹⁰⁵ Siehe oben, [Kap. I.1.b](#).

Insbesondere in Fällen ohne ausführliche Unterlagen eines Selbstanzeigers kann es – wie der europäische Entscheid zeigt – unter Umständen schwierig sein, ausreichende Elemente für diesen Anfangsverdacht zu eruieren.

2. Missbrauchskontrolle

In der Berichtsperiode bezogen sich mehrere neue und laufende Untersuchungsaktivitäten der WEKO im Rahmen der Missbrauchskontrolle auf Sachverhalte mit möglicher relativer Marktmacht,¹⁰⁶ ein Konzept, welches auf Ebene der EU nicht angewandt wird. Entsprechend kann aus der EU-Praxis hierzu keine direkte Parallele gezogen werden. Es wird sich zeigen, ob die laufenden Verfahren zu Resultaten führen, welche im Widerspruch zum EU-Kartellrecht stehen könnten. Auf der Ebene einzelner EU-Mitgliedstaaten (z.B. Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich) existieren diese oder vergleichbare Konzepte, so dass entsprechende nationale Praxis zumindest partiell auch berücksichtigt werden kann.

Die laufenden und neuen Verfahren der Europäischen Kommission im Bereich der digitalen Märkte¹⁰⁷ haben in der Schweiz keinen direkten Niederschlag in Parallelverfahren gefunden. Hierbei handelt es sich um eine Verfahrensstrategie der WEKO, welche primär zur Anwendung gelangt, wenn ausländische Wettbewerbsbehörden denselben Sachverhalt bereits untersucht und Massnahmen verhängt haben. Diesfalls erachten es die Schweizer Wettbewerbsbehörden als nicht effizient ein eigenständiges Verfahren zu führen, sondern fordert die GAFAM regelmässig auf, Massnahmen von ausländischen Behörden auch entsprechend in der Schweiz umzusetzen.¹⁰⁸ Interessant wird in diesem Kontext sein, wie sich diese Praxis im Lichte der sich nun abzeichnenden DMA-Verfahren entwickeln wird. Diese Regeln stellen eigenständige Verhaltens- und Unterlassungspflichten auf, welche unabhängig von der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle zur Anwendung gelangen. In Bezug auf Pflichten auf Basis des DMA kann sich die WEKO demnach zukünftig vermutlich nicht mehr auf parallele Kartellrechtsverfahren abstützen und von den jeweiligen Marktteilnehmern eine parallele Umsetzung der Massnahmen in der EU verlangen. Dies kann potentiell zu zusätzlichen Verfahren in der Schweiz führen.

¹⁰⁶ Wettbewerbskommission, Pressemitteilung vom 16. August 2022 (Relative Marktmacht im Gesundheitswesen), Pressemitteilung vom 31. Januar 2023 (Französischsprachige Bücher), Pressemitteilung vom 18. Januar 2024 (Relative Marktmacht im Automobilsektor).

¹⁰⁷ Siehe oben, [Kap. I.2.a](#).

¹⁰⁸ WEKO, Jahresbericht 2022, S. 14.

Weiter zu beobachten ist schliesslich das Verhältnis zwischen dem KG und dem revidierten Datenschutzgesetz, welches am 1. September 2023 in der Schweiz in Kraft getreten ist. Während im Rahmen des Datenschutzgesetzes die Zuständigkeit für die Untersuchung von Verstössen beim EDÖB liegt, ist aufgrund des Vorabentscheidungsverfahrens i.S. *Meta (Allgemeine Nutzungsbedingungen eines sozialen Netzwerks)* nicht auszuschliessen, dass auch Wettbewerbsbehörden zumindest akzessorisch abklären könnten, ob gewisse Verhaltensweisen mit dem Datenschutz vereinbar sind. Fraglich wäre diesfalls, ob der EDÖB im Rahmen solcher Abklärungen eine eigene Rolle übernehmen und mit der WEKO im Rahmen einer Amtshilfe zusammenarbeiten würde.

3. Zusammenschlusskontrolle

Die Praxis der Europäischen Kommission und der zuständigen Gerichte ist in Bezug auf die materielle Eingriffsschwelle aufgrund der unterschiedlichen Tests in der Schweiz und der EU (qualifizierte Marktbeherrschung vs. SIEC-Test) vielfach von weniger Relevanz für die Schweizer Praxis. Am 24. Mai 2023 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes.¹⁰⁹ Die Teilrevision sieht in Bezug auf die Zusammenschlusskontrolle die Einführung eines dem europäischen SIEC-Test vergleichbaren materiellen Test vor. Hierbei kann die WEKO zukünftig schon bei einer „signifikanten“ Behinderung des wirksamen Wettbewerbs eingreifen und einen Zusammenschluss untersagen bzw. Auflagen oder Bedingungen verlangen. Auch wenn der neue Schweizer Test im Wortlaut nicht identisch mit dem europäischen SIEC-Test zu sein scheint, ist davon auszugehen, dass sich die WEKO zukünftig vermehrt auch an der EU-Praxis zum SIEC-Test orientieren könnte. Die Aussagen des europäischen Gerichtshofs zum SIEC-Test im Verfahren *Hutchinson / Telefonica* sind demnach potentiell auch für die zukünftige Schweizer Praxis relevant. Wichtig für Schweizer Unternehmen wird hierbei sein, dass auch zukünftig ausreichend Klarheit besteht in Bezug auf die relevante Schwelle für ein Eingreifen der WEKO bei Zusammenschlüssen. Die vom Gerichtshof nun vorgenommenen Einschränkungen des Entscheids des Gerichts haben das Potential für zusätzliche Rechtsunsicherheit, wenn für die Zusammenschlussparteien nicht vorab schon ausreichend klar ist, mit welchem Massstab gemessen wird. Für die Praxis wird nun relevant sein, wie das Gericht diese Fragen anhand der Erwägungen des Gerichtshofs beurteilt und konkretisiert. Es zeigt sich, dass hier wohl noch nicht das letzte Wort zur kon-

¹⁰⁹ Bundesrat, Pressemitteilung vom 25. Mai 2023.

kreten Anwendung des SIEC-Tests gesprochen ist, so dass sich auch für die Revision des Schweizer Kartellgesetzes diesbezüglich gewisse Unsicherheiten ergeben könnten.

4. Rechtsetzung und Rechtsetzungsprojekte

Die neuen bzw. überarbeiteten Horizontal-GVOs und -Leitlinien¹¹⁰ sind auch in der Schweiz von zentraler Relevanz, nachdem vergleichbare Guidance der Schweizer Behörden aktuell (noch) nicht bestehen. Schweizer und ausländische Unternehmen werden sich demnach bei der Ausrichtung ihrer Verhaltensweisen gegenüber Wettbewerbern in der Schweiz auch an den entsprechenden Horizontal-GVOs und -Leitlinien der EU orientieren wollen. Ein ausreichender Gleichlauf der WEKO-Praxis mit den Horizontal-GVOs und -Leitlinien ist folglich für die Rechtssicherheit zentral. Insbesondere in Bezug auf Vermarktungs-, Informationsaustauschs-, Einkaufs- sowie Nachhaltigkeitsvereinbarungen besteht ein erheblicher Bedarf nach Guidance.

In Bezug auf die Vereinfachung der Meldung von Zusammenschlüssen in der EU¹¹¹ ist auch in der Schweiz eine vergleichbare Vorgehensweise denkbar. Selbst wenn aufgrund der im Verhältnis massiv höheren Aufgreifschwelle nach Art. 9 KG in der Schweiz viel weniger Transaktionen gemeldet werden, erscheint der Aufwand für die WEKO erheblich grösser als in parallelen EU-Meldeverfahren. Eine Vereinfachung der Schweizer Meldungen und Entscheidungen ist im Lichte dieser Entwicklung sicherlich prüfenswert. Dies kann sich schon faktisch ergeben, falls die im Rahmen der anstehenden Revision des Kartellgesetzes¹¹² vorgesehene Möglichkeit der Parallelmeldung umgesetzt wird. Hierbei wird vorgesehen, dass im Falle einer Meldung bei der Europäischen Kommission und gleichzeitig bei räumlich betroffenen Märkten, welche die Schweiz und den EWR umfassen, auf eine eigene Schweizer Meldung verzichtet werden kann. Diesfalls muss der WEKO eine Kopie der Meldung bei der Europäischen Kommission eingereicht werden.

¹¹⁰ Siehe oben, [Kap. I.4.a](#)).

¹¹¹ Siehe oben, [Kap. I.4.c](#)).

¹¹² Siehe oben, Fn. 109.

Arbeitsrecht

Wesselina Uebe/Thomas Geiser

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (WESSELINA UEBE)	111
1.	Einführung	111
2.	Sozialer Dialog	112
a)	Verbesserung des sozialen Dialogs auf nationaler Ebene	112
b)	Überarbeitung der Richtlinie über Europäische Betriebsräte	112
3.	Lohn	113
a)	Angemessene Mindestlöhne	113
b)	Lohngleichheit	114
4.	Arbeitnehmerschutz	115
a)	Recht auf Unterrichtung und Anhörung	115
b)	Expositionsgrenzwerte für Blei und Diisocyanate	116
c)	Unterschiedliche Schutzregeln für die Nachtarbeit im öffentlichen und im privaten Sektor	116
5.	Diskriminierung	117
a)	Diskriminierung wegen der Religion	117
b)	Diskriminierung wegen des Alters	118
c)	Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung	119
6.	Urlaub	120
7.	Arbeitszeit	121
a)	Auslegung „wöchentliche Ruhezeit“	121
b)	Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigung	122
8.	Whistleblowing	123
9.	Massenentlassung	123
a)	Massenentlassungsanzeige kein Individualschutz	123
b)	Keine Konsultationspflicht bei beabsichtigter Massenentlassung	124
10.	Arbeitnehmerfreizügigkeit	124
11.	Leiharbeit	125
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (THOMAS GEISER)	127
1.	Sozialpartnerschaft	127
2.	Neue Arbeitsformen	128
3.	Leiharbeit	128
4.	Lohntransparenz	130
5.	Aufarbeitung der Corona-Pandemie	130

6.	Arbeitnehmerschutz	131
a)	Mutterschaftsschutz	131
b)	Schutz vor Mobbing	132
c)	Schutz vor sexueller Belästigung	135
d)	Schutz älterer Mitarbeitender	136
e)	Schutz von Mitarbeitenden aus Europa	137
7.	Urlaub	139
8.	Betriebsübernahme	140

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023

i. Einführung

Das Jahr 2023 stand ganz im Zeichen des immer augenscheinlicher werdenden Fachkräftemangels und des kurz- und langfristigen Umgangs mit dieser Problematik. Derzeit klagen mehr als 75% der europäischen Unternehmen über Fachkräftemangel.¹

Um die für einen Arbeitsplatz erforderlichen Fertigkeiten zu erwerben, sind Umschulungen und Fortbildungen besonders hilfreich und so haben Parlament und Rat das „Europäische Jahr der Kompetenzen 2023“² ausgerufen. Neben vielen anderen Programmen hat auch die Kommission zwei Vorschläge³ vorgelegt, die die Mitgliedstaaten und den Sektor der allgemeinen und beruflichen Bildung dabei unterstützen sollen, hochwertige, inklusive und zugängliche digitale Bildung bereitzustellen.

Die Kommission führt den derzeitigen Fachkräftemangel aber nicht nur auf ein mangelndes Weiterbildungsangebot zurück, sondern auch auf die aktuelle demografische Entwicklung in der EU, die eine alternde und schrumpfende Erwerbsbevölkerung mit sich bringt. Nach Ansicht der Kommission, könne deshalb auch eine gut koordinierte Arbeitsmigration zur Bewältigung dieser Herausforderung beitragen. Insoweit könne ein Lösungsansatz darin bestehen, Menschen aus Drittländern, die über die auf dem EU-Arbeitsmarkt benötigten Kompetenzen verfügen, anzuwerben. Dabei soll die sog. „Plattform für Arbeitsmigration“ zum Einsatz kommen, deren Ziel es ist, die Kommission mit Spezialisten in den Bereichen Migration und Beschäftigungspolitik aus den Mitgliedstaaten zusammenzubringen, um eine enge Zusammenarbeit zwi-

¹ Bericht abrufbar unter: <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-year-skills-2023_de>; <https://year-of-skills.europa.eu/index_de>.

² Beschluss (EU) 2023/936 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 über ein Europäisches Jahr der Kompetenzen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 125 vom 11. Mai 2023, 1 ff. Vgl. auch <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-year-skills-2023_de>. Vgl. Vorschlag der Kommission für einen Beschluss des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Europäisches Jahr der Kompetenzen 2023, COM (2022) 526 final, und dazu auch die Pressemitteilung abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_6086>.

³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zu den Schlüsselfaktoren für eine erfolgreiche digitale Aus- und Weiterbildung vom 18. April 2023, COM (2023) 205 final; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Empfehlung des Rates für eine bessere Vermittlung digitaler Kompetenzen in der allgemeinen und beruflichen Bildung vom 18. April 2023, COM (2023) 206 final.

schen den beiden Bereichen sowie zwischen den Mitgliedstaaten und der EU zu fördern und so die wirksame Umsetzung von Initiativen der EU für die legale Migration und Beschäftigung zu unterstützen.⁴

2. Sozialer Dialog

a) *Verbesserung des sozialen Dialogs auf nationaler Ebene*

Vor dem Hintergrund, dass die Mitgliederzahlen der Gewerkschaften und der Anteil der Beschäftigten mit tarifvertraglicher Abdeckung auf nationaler Ebene stetig zurückgehen (von EU-weit durchschnittlich rund 66% im Jahr 2000 auf etwa 56% im Jahr 2019) und auch neuere Beschäftigungsformen wie Plattformarbeit und bestimmte Gruppen, wie z.B. junge Menschen, tendenziell weniger stark vertreten sind, hat die Kommission eine Empfehlung des Rates⁵ vorgeschlagen. Damit will die Kommission, den sozialen Dialog an die sich wandelnde Arbeitswelt und an neue Trends auf dem Arbeitsmarkt anpassen. Im Vorschlag der Kommission wird den Mitgliedstaaten insbesondere empfohlen, (1) die Sozialpartner bei der Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik stärker einzubeziehen, (2) die Sozialpartner zu ermuntern, neue sowie atypische Beschäftigungsformen zu berücksichtigen und (3) die Kapazitäten der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen zu stärken, z.B. durch Gewährleistung des Zugangs zu relevanten Informationen und durch Unterstützung durch die nationalen Regierungen.

b) *Überarbeitung der Richtlinie über Europäische Betriebsräte*

Im Februar 2023 hat das Europäische Parlament mit einer legislativen Entschliessung⁶ die Überarbeitung der Richtlinie über Europäische Betriebsräte⁷ gefordert. In einem ersten Schritt hat die Europäische Kommission im April 2023 eine erste Anhörung der europäischen Sozialpartner durchgeführt und

⁴ Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_103>.

⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Empfehlung des Rates zur Stärkung des sozialen Dialogs in der Europäischen Union vom 25. Januar 2023, COM (2023) 38 final. Ergänzend hat die Europäische Kommission eine Mitteilung über die Stärkung des sozialen Dialogs in der Europäischen Union – Mobilisierung seines vollen Potenzials zur Gestaltung gerechter Übergänge vom 25. Januar 2023, COM (2023) 40 final, vorgelegt.

⁶ <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0028_DE.html>.

⁷ Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Neufassung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABL L 122 vom 16. Mai 2009, 28 ff.

im Januar 2024 einen Änderungsvorschlag vorgelegt.⁸ Die Richtlinie sieht ein Verfahren zur Einrichtung von Unterrichts- und Anhörungsgremien zwischen der Unternehmensleitung und den Arbeitnehmervertretern vor, und zwar in Unternehmen mit mehr als 1000 Beschäftigten, die in mindestens zwei Mitgliedstaaten operieren, sog. Europäische Betriebsräte. Sie sind ein wichtiges Instrument, um Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in für sie relevante länderübergreifende Entscheidungen multinationaler Unternehmen einzubeziehen.

3. Lohn

a) Angemessene Mindestlöhne

Die neue sog. Mindestlohnrichtlinie (EU) 2022/2041⁹ regelt die Grundlagen für gesetzliche Mindestlöhne in der EU und hat das Ziel, den Abschluss von Tarifverträgen zu fördern, ohne die Mitgliedstaaten dazu zu verpflichten, einen gesetzlichen Mindestlohn einzuführen (Art. 1 Abs. 4 S. 2 lit. a). Sie wurde am 19. Oktober 2022 verabschiedet und soll bis zum 15. November 2024 in den Mitgliedstaaten umgesetzt werden.

Im Januar 2023 hat das Königreich Dänemark, das schon bei der Abstimmung im Rat gegen die Mindestlohnrichtlinie gestimmt hatte, eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV wegen fehlender Kompetenz der EU erhoben.¹⁰ Dänemark argumentiert, dass die Richtlinie auch Regelungen zu „Arbeitsentgelt“ und „Koalitionsrecht“ im Sinne von Art. 153 Abs. 5 AEUV beinhalte und dies wiederum verstosse gegen den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 3 EUV. Weiter argumentiert Dänemark, dass die Richtlinie nicht nur auf Art. 153 Abs. 1 lit. b AEUV (Arbeitsbedingungen), sondern auch auf Art. 153 Abs. 1 lit. f AEUV (Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen) hätte gestützt werden müssen, was eine Einstimmigkeit im Rat gem. Art. 153 Abs. 2 UAbs. 3 AEUV erforderlich gemacht

⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2009/38/EG betreffend die Einsetzung und Arbeitsweise Europäischer Betriebsräte und die wirksame Durchsetzung der Rechte auf länderübergreifende Unterrichtung und Anhörung vom 24. Januar 2024, COM (2024) 14 final.

⁹ 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 ff.

¹⁰ EuGH, Klage, eingereicht am 18. Januar 2023, Königreich Dänemark v. Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union, C-19/23, ABl. C 104 vom 20. März 2023, 17; vgl. dazu ausführlich Franzen, Martin, Nichtigkeitsklage des Königreichs Dänemark gegen die EU-Mindestlohnrichtlinie 2022/2041, EuZA 2023, 361 ff.

hätte. Das womöglich wegweisende Urteil ist noch nicht ergangen.¹¹ Klagen beim EuGH entfalten gem. Art. 278 AEUV grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Während des Verfahrens gilt die aus Art. 17 Abs. 1 Mindestlohnrichtlinie folgende Pflicht, der Richtlinie nachzukommen, – vorbehaltlich einer Aussetzung durch den EuGH – also fort.

b) *Lohnleichheit*

Am 10. Mai 2023 wurde die sog. Lohntransparenzrichtlinie¹² verabschiedet. Die neuen Vorschriften sollen für mehr Transparenz und eine wirksame Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer sorgen und den Zugang zur Justiz für Opfer von Lohndiskriminierung verbessern.

Konkret sollen nach den neuen Regelungen Arbeitgeber die Arbeitssuchenden über das Einstiegsentgelt oder die Entgeltspanne der ausgeschriebenen Stelle informieren, sei es in der Stellenausschreibung oder vor dem Vorstellungsgespräch. Zudem sollen sie Bewerber künftig nicht mehr nach früheren Entgelten fragen dürfen. Sobald Arbeitnehmer ihre Stelle angenommen haben, sollen sie das Recht haben, von ihrem Arbeitgeber Auskunft über ihr individuelles Einkommen und über die durchschnittlichen Einkommen zu verlangen – aufgeschlüsselt nach Geschlecht und für Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten. Dieses Recht wird für alle Arbeitnehmer unabhängig von der Grösse des Unternehmens bestehen. Zudem sollen Arbeitnehmer das Recht bekommen, über die Kriterien informiert zu werden, die zur Bestimmung des Entgelts und der Laufbahnentwicklung herangezogen werden. Diese Kriterien müssen objektiv und geschlechtsneutral sein.

Arbeitgeber mit mindestens 100 Beschäftigten sollen darüber hinaus Informationen über das Lohngefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern veröffentlichen. In einer ersten Phase sollen Arbeitgeber mit mindestens 250 Beschäftigten jährlich und Arbeitgeber mit 150 bis 249 Beschäftigten alle drei Jahre Bericht erstatten. Ab fünf Jahren nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie müssen Arbeitgeber mit 100 bis 149 Beschäftigten ebenfalls alle drei Jahre Bericht erstatten. Wird im Bericht ein Lohngefälle von mehr als 5% festgestellt, das nicht durch objektive, geschlechtsneutrale Kriterien ge-

¹¹ Stand: März 2024.

¹² Richtlinie (EU) 2023/970 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 132 vom 17. Mai 2023, 21 ff. Vgl. dazu ausführlich Röhner, Cara, Equal Pay: EU-Richtlinie zur Lohntransparenz stärkt Entgeltgleichheit, ZRP 2023, 145 ff.

rechtfertigt werden kann, müssen die Unternehmen Massnahmen in Form einer gemeinsamen Entgeltbewertung ergreifen, die in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern durchgeführt wird.

Schliesslich sollen Arbeitnehmer, die geschlechtsspezifische Lohndiskriminierung erfahren haben, Schadenersatz erhalten können. Dazu gehört auch die vollständige Nachzahlung entgangener Entgelte und damit verbundener Boni oder Sachleistungen. Während die Beweislast in Fällen von Lohndiskriminierung traditionell beim Arbeitnehmer liegt, ist nun der Arbeitgeber in der Pflicht, nachzuweisen, dass er nicht gegen die EU-Vorschriften¹³ über gleiches Entgelt und Lohntransparenz verstossen hat.

4. Arbeitnehmerschutz

a) *Recht auf Unterrichtung und Anhörung*

Mit Urteil vom 6. Juli 2023 in der Rechtssache C-404/22¹⁴ hat der EuGH entschieden, dass das Recht auf Unterrichtung und Anhörung nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2002/14¹⁵ auch die Unterrichtung und Anhörung zu Beschäftigungssituation, Beschäftigungsstruktur und wahrscheinlicher Beschäftigungsentwicklung im Unternehmen umfasst, insbesondere bei Bedrohung für die Beschäftigung. Mit „Bedrohung für die Beschäftigung“ seien aber gerade nicht individuelle Arbeitsverhältnisse gemeint, so der EuGH. Vielmehr betreffe dies den Fall, dass die Beschäftigung innerhalb des Unternehmens allgemein bedroht wird, mit dem Ziel, ungünstige Auswirkungen einer negativen Entwicklung der Beschäftigungssituation in diesem Unternehmen oder Betrieb auf die möglicherweise betroffenen Arbeitnehmer zu vermeiden oder abzumildern.

¹³ Die Verpflichtung, gleiches Entgelt sicherzustellen, ist in Art. 157 AEUV und in der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204 vom 26. Juli 2006, 23 ff. geregelt. Vgl. dazu auch „2022 Factsheet on the gender pay gap“, abrufbar unter: <https://commission.europa.eu/document/61252380-e608-4157-818d-e81619715310_en>.

¹⁴ Vgl. Pressemitteilung IP/23/770.

¹⁵ Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft - Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zur Vertretung der Arbeitnehmer, ABl. L 80 vom 23. März 2002, 29 ff.

b) *Expositionsgrenzwerte für Blei und Diisocyanate*

Die Europäische Kommission hat am 13. Februar 2023 die Änderung zweier Richtlinien vorgeschlagen, um damit die Expositionsgrenzwerte für Blei und Diisocyanate zu reduzieren.¹⁶ Geändert werden sollen in Bezug auf Blei die Richtlinie über den Schutz der Arbeitnehmer gegen Gefährdung durch Exposition gegenüber Karzinogenen, Mutagenen oder reproduktionstoxischen Stoffen bei der Arbeit¹⁷ und in Bezug auf Blei und Diisocyanate die Richtlinie zum Schutz von Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch chemische Arbeitsstoffe bei der Arbeit.¹⁸ Nach der Annahme des Vorschlags durch Parlament und Rat haben die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit, die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

c) *Unterschiedliche Schutzregeln für die Nachtarbeit im öffentlichen und im privaten Sektor*

In seinem Urteil in der Rechtssache C-529/21 vom 4. Mai 2023 hat der EuGH festgestellt¹⁹, dass die Arbeitszeit-Richtlinie auch auf Nachtarbeiter im öffentlichen Sektor anwendbar ist, sofern sie ihre Tätigkeit unter gewöhnlichen Umständen ausüben.

Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatten Feuerwehrleute geklagt, weil das bulgarische Recht eine unterschiedlich lange regelmässige tägliche Dauer der Nachtarbeit für Beschäftigte des privaten Sektors (7 Std.) und für Beschäftigte im öffentlichen Sektor (8 Std.) (z.B. für Feuerwehrleute oder Polizeibeamten) vorsah. Insoweit stellte der EuGH zunächst fest, dass Feuerwehrleute, die als Nachtarbeiter angesehen werden, in den Anwendungsbereich der Arbeitszeit-

¹⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 98/24/EG des Rates und der Richtlinie 2004/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Grenzwerte für Blei und seine anorganischen Verbindungen und Diisocyanate vom 13. Februar 2023, COM (2023)71 final.

¹⁷ Richtlinie 2004/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über den Schutz der Arbeitnehmer gegen Gefährdung durch Karzinogene oder Mutagene bei der Arbeit (Sechste Einzelrichtlinie im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG des Rates) (kodifizierte Fassung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 158 vom 30. April 2004, 50 ff.

¹⁸ Richtlinie 98/24/EG des Rates vom 7. April 1998 zum Schutz von Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch chemische Arbeitsstoffe bei der Arbeit (vierzehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. L 131 vom 5. Mai 1998, 11 ff.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 4. Mai 2023, C-529/21, ECLI:EU:C:2023:374.

Richtlinie nach Art. 1 Abs. 3²⁰ i.V.m. Art. 2 Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie²¹ fallen. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn dem Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, z.B. bei der Polizei, zwingend entgegenstehen. Diese Ausnahme nach Art. 2 Abs. 2 Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie greife nach Ansicht des EuGH aber nur in Situationen besonderer Schwere, in denen eine Arbeitszeitplanung nicht möglich ist, um den Schutz der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit und Ordnung sicherzustellen. Allein die formale Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zu einem der in Art. 2 Abs. 2 Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie beschriebenen Tätigkeitsbereiche (z.B. Polizei, Feuerwehr) genügt nicht. Vielmehr seien die Aufgaben entscheidend, die unter aussergewöhnlichen Umständen ausgeführt werden müssen.

5. Diskriminierung

a) *Diskriminierung wegen der Religion*

In dem Vorabentscheidungsersuchen in der Rechtssache C-148/22 hat sich der EuGH mit der Frage befasst, ob eine öffentliche Einrichtung ihren Bediensteten unter bestimmten Voraussetzungen das Tragen jedes sichtbaren Zeichens politischer, religiöser oder weltanschaulicher Überzeugungen an ihrem Arbeitsplatz verbieten darf. In seinem Urteil vom 28. November 2023²² kommt der EuGH – wie in seinem Urteil vom 13. Oktober 2022 (Rs. C-344/20)²³ – zum Ergebnis, dass eine solche Regelung bei allgemeiner und unterschiedsloser Anwendung keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78/EG²⁴ darstelle, da in einem solchen Fall bereits keine Ungleichbehandlung vorliege. Eine mittelbare Ungleichbehandlung könne höchstens dann vorliegen, wenn die dem Anschein nach neutrale Verpflichtung tatsächlich dazu führe, dass

²⁰ Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299 vom 18. November 2003, 9 ff.

²¹ Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. L 183 vom 29. Juni 1989, 1 ff.

²² EuGH, Urteil vom 28. November 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924.

²³ EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2022, C-344/20, ECLI:EU:C:2022:774; vgl. dazu auch Uebe Wesselina, Arbeitsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2022/23, Zürich, 109.

²⁴ 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 ff.

Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung oder sogar eines bestimmten Geschlechts in besonderer Weise benachteiligt werden, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts sei.

Im zugrundeliegenden Fall wurde es einer Bediensteten der Gemeinde Ans (Belgien), die als Büroleiterin ganz überwiegend ohne Publikumskontakt tätig war, untersagt, am Arbeitsplatz das islamische Kopftuch zu tragen. Anschließend änderte die Gemeinde ihre Arbeitsordnung und schrieb in der Folge ihren Arbeitnehmern eine strikte Neutralität vor. Hiernach wurde jede Form von Proselytismus untersagt, und das Tragen von auffälligen Zeichen ideologischer oder religiöser Zugehörigkeit wurde allen Arbeitnehmern, auch denen, die keinen Publikumskontakt haben, verboten. In seinem Urteil führt der Gerichtshof aus, dass die Politik der strikten Neutralität, die eine öffentliche Verwaltung ihren Arbeitnehmern gegenüber durchsetzen will, um bei sich ein vollständig neutrales Verwaltungsumfeld zu schaffen, als durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt angesehen werden kann. Die Mitgliedstaaten und die unterhalb der staatlichen Ebene angesiedelten Einheiten verfügen nämlich über einen Wertungsspielraum bei der Ausgestaltung der Neutralität des öffentlichen Dienstes, die sie in dem für sie spezifischen Kontext am Arbeitsplatz fördern wollen. Dieses Ziel müsse aber in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden, und die zu seiner Erreichung getroffenen Massnahmen müssen sich auf das absolut Notwendige beschränken, so der EuGH.

b) Diskriminierung wegen des Alters

Der EuGH hat sich im April 2023 in gleich drei Urteilen mit der Thematik der Altersdiskriminierung befasst.

Der EuGH hat mit Urteil vom 20. April 2023 in der Rechtssache C-650/21 entschieden,²⁵ dass es altersdiskriminierend sei, wenn ein Überleitungsmechanismus hin zu einem an sich diskriminierungsfreien Besoldungssystem für Beamten vorsehe, dass vor dem 18. Lebensjahr liegende Vordienstzeiten berücksichtigt werden, nicht aber bestimmte nach dem 18. Lebensjahr liegende Zeiten. Zudem verstosse es gegen Unionsrecht, wenn eine gesetzliche Neuregelung der Besoldung dazu führe, dass bei anhängigen Verfahren die neuen Bestimmungen angewendet werden und die Bezüge deshalb neu berechnet werden. Schliesslich sei es unionsrechtskonform, wenn Lehrzeiten bei der Berechnung der Besoldung nur dann in vollem Umfang berücksichtigt werden, wenn die Beamten nach einem bestimmten Zeitpunkt vom Staat eingestellt

²⁵ EuGH, Urteil vom 20.4.23, C-650/21, ECLI:EU:C:2023:300.

wurden, während Lehrzeiten zur Hälfte berücksichtigt werden und einem Pauschalabzug unterliegen, wenn der Beamte vor diesem Zeitpunkt eingestellt wurde.

Ebenfalls mit Urteil vom 20. April 2023 hat der EuGH in der Rechtssache C-52/22 entschieden,²⁶ dass eine nationale Regelung, die eine unterschiedliche Anpassung des Ruhegehalts je nach Zeitpunkt der Entstehung des Ruhebezugsanspruchs festlegt und über die Nachteile ausgeglichen werden sollen, die bestimmte Beamten auf Grund von Reformen des Pensionssystems zu tragen haben, damit also grundsätzlich der Angleichung der Pensionssysteme dient, keinen Verstoss gegen das Verbot der Altersdiskriminierung darstelle.

Schliesslich hat sich der EuGH in seinem Urteil vom 27. April 2023 in der Rechtssache C-681/21 der Frage gewidmet, ob eine Diskriminierung aufgrund des Alters durch eine rückwirkende Schlechterstellung der zuvor Begünstigten beseitigt werden kann.²⁷ Dies sei nur basierend auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig, so der EuGH. Zwar seien die Mitgliedstaaten nach Art. 16 Richtlinie 2000/78²⁸ verpflichtet, Rechtsvorschriften, die dem Grundsatz der Gleichbehandlung zuwiderlaufen, aufzuheben. Es stehe aber den Mitgliedstaaten frei, geeignete Lösungen frei zu wählen. Insoweit sei aber insbesondere der Grundsatz der Rechtssicherheit zu beachten, wonach Rechtsvorschriften klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen voraussehbar sein müssen und rückwirkende Folgen eines das Unionsrecht durchführenden Rechtsakts verboten sind. Etwas anderes gelte nur, wenn ein zwingender Grund des Allgemeininteresses vorgebracht werden würde; dies zu überprüfen sei Sache des nationalen Gerichts.

c) *Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung*

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 12. Januar 2023 in der Rechtssache C-356/21²⁹ entschieden, dass die Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78³⁰ einer einzelstaatlichen Regelung entgegensteht, die selbständig Tätige unter Bezugnahme auf die Vertragsfreiheit vom Diskriminierungsschutz der Richtlinie ausschliesst. In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit hatte ein freier Mitarbeiter

²⁶ EuGH, Urteil vom 20. April 2023, C-52/22, ECLI:EU:C:2023:309.

²⁷ EuGH, Urteil vom 27. April 2023, C-681/21, ECLI:EU:C:2023:349.

²⁸ 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 ff.

²⁹ EuGH, Urteil vom 12. Januar 2023, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9.

³⁰ 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 ff.

beim polnischen staatlichen Rundfunk geklagt, der von 2010 bis 2017 auf Basis aufeinanderfolgender Dienstverträge tätig war und dessen Vertrag nicht erneuert wurde, nachdem er ein youtube-Video mit seinem Lebensgefährten veröffentlicht hatte. Mit seinem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, dass die Gleichbehandlungsrichtlinie weit zu verstehen ist und der Zugang zu jeglicher beruflichen Tätigkeit erfasst wird. Zweck der Richtlinie sei es nämlich, alle auf Diskriminierungsgründe gestützten Hindernisse für den Zugang zu Mitteln zur Sicherung des Lebensunterhalts und die Fähigkeit, durch Arbeit, egal auf welcher Rechtsgrundlage, einen gesellschaftlichen Beitrag zu leisten, zu beseitigen. Insoweit erläutert der Gerichtshof zum Begriff „Entlassung“, dass auch eine Person, die einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, sich durch Veranlassung ihres Vertragspartners gezwungen sehen kann, diese Tätigkeit aufzugeben, und sich folglich in einer schwierigen Situation befinden kann, die mit der eines entlassenen Arbeitnehmers vergleichbar ist. Der Gerichtshof stellt fest, dass die Entscheidung, den Vertrag wegen der sexuellen Ausrichtung des Vertragspartners nicht zu verlängern, in den Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78 fällt. Er vertritt zudem die Auffassung, dass die Diskriminierung nicht mit einer der in Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78 genannten Ausnahmen gerechtfertigt werden kann. Zwar würde auf die Vertragsfreiheit verwiesen werden, aber der polnische Gesetzgeber habe selbst eine Reihe von Ausnahmen von der freien Wahl eines Vertragspartners vorgesehen. Schliesslich stellt der Gerichtshof fest, dass, wenn man zuliesse, dass die Vertragsfreiheit es erlaubt, den Abschluss eines Vertrags mit einer Person wegen ihrer sexuellen Ausrichtung abzulehnen, dies der Richtlinie 2000/78 und dem Verbot jeder Diskriminierung wegen eines solchen Grundes ihre praktische Wirksamkeit nähme.

6. Urlaub

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens in der Rechtssache C-192/22 hat sich der EuGH mit der Frage befasst, ob und inwieweit ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung verfallen darf, wenn der Arbeitnehmer die im Rahmen der Arbeitsphase einer Altersteilzeit erworbenen Urlaubstage aufgrund einer zweitägigen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht nehmen konnte. Im zugrundeliegenden Verfahren hatte der Kläger mit seiner Arbeitgeberin ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis vereinbart. Der letzte Teil dieses Modells bestand aus einer langen Freistellungsphase direkt vor dem regulären Ende des Arbeitsverhältnisses. Der Kläger nahm vor Beginn der vereinbarten Freistellungsphase seinen gesamten verbliebenen Jahresurlaub. Während dieses Urlaubs erkrankte der Kläger. Mit seiner Klage hat er die Abgeltung dieser wegen Krankheit nicht genommenen (2 2/3) Urlaubstage verlangt. Der EuGH hat in

seinem Urteil vom 27. April 2023 festgestellt³¹, dass die Urlaubsabgeltung vom Arbeitgeber nicht nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen ist, sondern auch, wenn beim Blockmodell der Altersteilzeit der Urlaub zu Beginn der Freistellungsphase nicht genommen werden kann. Insoweit sei Art. 7 der Richtlinie 2003/88³² in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 Grundrechtecharta dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die vorsieht, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub mit Ablauf des Urlaubsjahres erlischt, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit daran gehindert war, diesen Urlaub zu nehmen. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2003/88 setzt der Urlaubsabgeltungsanspruch zum einen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und zum anderen die Nichtgewährung des gesamten Jahresurlaubs voraus. Da Art. 7 Richtlinie 2003/88 aber nicht nur den Schutz des Arbeitnehmers, sondern auch den Schutz des Arbeitgebers, insbesondere vor der Gefahr der Ansammlung von zu langen Abwesenheitszeiten des Arbeitnehmers und den damit verbundenen Schwierigkeiten, bezweckt, sei in manchen Fällen eine Einschränkung dieses Anspruchs vorzunehmen. Im vorliegenden Fall aber bestehe die Gefahr einer Ansammlung von zu langen Abwesenheitszeiten des Arbeitnehmers gerade nicht, da es sich lediglich um eine kurzzeitige Arbeitsunfähigkeit und damit um die Übertragung eines Urlaubsanspruchs von lediglich einigen Tagen handele. Zudem ergebe sich im konkreten Fall die Unmöglichkeit, den erworbenen Urlaub vollständig zu nehmen, nicht aus der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, sondern aus der Freistellung gemäss der vereinbarten Altersteilzeitregelung. Ein Verfall bzw. Ausschluss des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung in einem Fall wie dem vorliegenden würde nach Ansicht des EuGH daher darauf hinauslaufen, dem in Art. 31 Abs. 2 Grundrechtecharta verankerten Recht auf bezahlten Jahresurlaub seinen Gehalt zu nehmen.

7. Arbeitszeit

a) Auslegung „wöchentliche Ruhezeit“

In seinem Urteil vom 2. März 2023 in der Rechtssache C-477/21 hat der EuGH festgelegt, dass die in Art. 3 Arbeitszeitrichtlinie³³ vorgesehene tägliche Ruhezeit nicht Teil der wöchentlichen Ruhezeit gemäss Art. 5 Arbeitszeitrichtlinie ist, sondern zu dieser hinzukommt. Wenn eine nationale Regelung eine wöchentli-

³¹ EuGH, Urteil vom 27. April 2023, C-192/22, ECLI:EU:C:2023:347.

³² Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299 vom 18. November 2003, 9 ff.

³³ Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299 vom 18. November 2003, 9 ff.

che Ruhezeit von mehr als 35 zusammenhängenden Stunden vorsieht, ist dem Arbeitnehmer zusätzlich zu dieser Zeit die durch Art. 3 Arbeitszeit-Richtlinie gewährleistete tägliche Ruhezeit zu gewähren. Insoweit betont der EuGH, dass es sich bei der täglichen und der wöchentlichen Ruhezeit um zwei autonome Rechte handelt. Das ergäbe sich nicht nur aus der Verortung in zwei unterschiedlichen Artikeln, sondern auch aus den unterschiedlichen Zielen, die mit den beiden Ruhezeiten verfolgt werden. Die tägliche Ruhezeit soll es Arbeitnehmern ermöglichen, sich für eine bestimmte Anzahl von Stunden, die nicht nur zusammenhängen, sondern sich auch unmittelbar an eine Arbeitsperiode anschliessen müssen, aus ihrer Arbeitsumgebung zurückzuziehen. Die wöchentliche Ruhezeit soll es hingegen Arbeitnehmern ermöglichen, sich pro Siebentageszeitraum auszuruhen. Folglich ist Arbeitnehmern die tatsächliche Inanspruchnahme beider Rechte zu gewährleisten.

b) Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigung

Mit Urteil vom 19. Oktober 2023 in der Rechtssache C-660/20 hat der EuGH entschieden,³⁴ dass Teilzeitbeschäftigte nicht schlechter behandelt werden dürfen, wenn es darum geht, eine erhöhte Vergütung wegen Überschreitung einer bestimmten Zahl an Arbeitsstunden zu erhalten. Nationale Regelungen, die zu einer schlechteren Behandlung der teilzeitbeschäftigten Angestellten führen, verstossen laut EuGH gegen das Unionsrecht, es sei denn, diese Behandlung ist durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. Die zentrale Frage im zugrundeliegenden Rechtsstreit zwischen einem Piloten und der Lufthansa CityLine war, ob eine nationale Regelung, nach der ein Teilzeitbeschäftigter die gleiche Zahl Arbeitsstunden wie ein Vollzeitbeschäftigter leisten muss, um eine zusätzliche Vergütung zu erhalten, eine Diskriminierung darstellt, die nach dem Unionsrecht verboten ist. Der Gerichtshof hat diese Frage bejaht und ausgeführt, dass das Bestehen identischer Schwellenwerte für die Auslösung einer zusätzlichen Vergütung für teilzeitbeschäftigte Piloten gemessen an ihrer Gesamtarbeitszeit einen längeren Flugstundendienst als für vollzeitbeschäftigte Piloten bedeutet. Teilzeitbeschäftigte Piloten werden damit in höherem Mass belastet und werden die Anspruchsvoraussetzungen für die zusätzliche Vergütung weitaus seltener erfüllen als ihre vollzeitbeschäftigten Kollegen. Der Gerichtshof hat daher geurteilt, dass eine solche nationale Regelung zu einer schlechteren Behandlung der teilzeitbeschäftigten Piloten führt, was gegen das Unionsrecht verstösst, es sei denn, diese Behandlung ist durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt.

³⁴ EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2023, C-660/20, ECLI:EU:C:2023:789.

8. Whistleblowing

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in seinem Urteil vom 14. Februar 2023 die für den Schutz von Whistleblowern ausschlaggebenden Kriterien präzisiert.³⁵ Hintergrund des Verfahrens vor dem EGMR waren die sog. „LuxLeaks“. Im Rahmen dessen wurden zwischen 2012 und 2014 Medien mehrere hundert von PricewaterhouseCoopers (PwC) vorbereitete Steuererklärungen veröffentlicht, was die Aufmerksamkeit auf die Praxis äusserst vorteilhafter Steuervereinbarungen zwischen von PwC vertretenen multinationalen Unternehmen und den Behörden lenkte. Zunächst hatte ein erster Mitarbeiter der beteiligten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Insiderinformationen an einen Wirtschaftsjournalisten herausgegeben. Kurz darauf machte ein weiterer Mitarbeiter weitere 14 Steuererklärungen publik, um die Allgemeinheit aufzurütteln. Daraufhin wurde Letzterer im Jahr 2017 wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses zu 1.000 € Geldstrafe verurteilt. Die Grosse Kammer des EGMR hat per Urteil vom 14. Februar 2023 einen Verstoss gegen die Meinungsfreiheit gem. Art. 10 EMRK festgestellt³⁶ und erläutert, dass der effektive Schutz der Meinungsfreiheit wegen der Bedeutung der vom Beschwerdeführer verfolgten Belange die Interessen an einer Geheimhaltung der Steuerakten überwiege. In einer Gesamtabwägung könne die Bekanntmachung von „Handlungen, Praktiken oder Verhaltensweisen, die zwar nicht rechtswidrig, aber trotzdem vorwerfbar und geeignet sind, eine öffentliche Debatte auszulösen... mit dem Ziel, ein Meinungsbild darüber zu erzeugen, ob die Handlungen, Praktiken oder Verhaltensweisen das öffentliche Interesse verletzen,“ als legitime Form des Whistleblowing nach Art. 10 EMRK den Vorrang vor dem Verbot des Datendiebstahls und dem strafrechtlichen Schutz von Geschäfts- oder Steuergeheimnissen geniessen.

9. Massentlassung

a) *Massentlassungsanzeige kein Individualschutz*

Der EuGH hat mit Urteil vom 13. Juli 2023 in der Rechtssache C-134/22³⁷ präzisiert, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers gem. Art. 2 der Richtlinie 98/59/EG,³⁸ den Behörden in einem frühen Stadium beabsichtigter Massent-

³⁵ EGMR, Urteil vom 14. Februar 2023, Nr. 21884/18, Halet/Grossherzogtum Luxemburg.

³⁶ Vgl. kritisch zum Urteil Juncker, Abbo, Hinweisgeberschutz – Fingerzeige aus Strassburg, EuZA 2023, 241.

³⁷ EuGH, Urteil vom 13. Juli 2023, C-134/22, ECLI:EU:C:2023:567.

³⁸ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen, ABl. L 225 vom 12. August 1998, 16 ff.

lassungen Informationen darüber mitzuteilen, nicht den Zweck hat, den Arbeitnehmern Individualschutz zu gewähren. Diese Mitteilung erfolgt nur zu Informations- und Vorbereitungs Zwecken und soll es der zuständigen Behörde ermöglichen, die negativen Folgen beabsichtigter Massenentlassungen so weit wie möglich abzuschätzen, damit sie, wenn ihr diese Entlassungen später angezeigt werden, in effizienter Weise nach Lösungen für die dadurch entstehenden Probleme suchen kann. In Anbetracht des Zwecks dieser Informationsübermittlung und der Tatsache, dass sie in einem Stadium erfolgt, in dem der Arbeitgeber die Massenentlassungen nur beabsichtigt, soll sich die zuständige Behörde nicht mit der individuellen Situation jedes einzelnen Arbeitnehmers befassen, sondern die beabsichtigten Massenentlassungen allgemein betrachten, so der EuGH.

b) Keine Konsultationspflicht bei beabsichtigter Massenentlassung

In seinem Urteil vom 5. Oktober 2023 in der Rechtssache C-496/22³⁹ hat der EuGH entschieden, dass keine Pflicht des Arbeitgebers besteht, die von einer beabsichtigten Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmer einzeln zu konsultieren. Dies sei insbesondere mit der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG⁴⁰ vereinbar. Hauptziel der Richtlinie ist nämlich nach dessen Art. 2 die Ermöglichung der Durchführung einer Konsultation des Arbeitgebers mit den Arbeitnehmervertretern. Auf diesem Weg sollen Massenentlassungen vermieden, deren Umfang beschränkt oder zumindest ihre Folgen gemildert werden. Das Informieren oder Konsultieren jedes einzelnen Arbeitnehmers ist aber gerade nicht dazu geeignet, die Erreichung dieses Ziels sicherzustellen, da zum einen die Interessen der einzelnen Arbeitnehmer möglicherweise nicht mit den Interessen aller Arbeitnehmer übereinstimmen und zum anderen einzelne Arbeitnehmer nicht berechtigt sind, im Namen aller Arbeitnehmer tätig zu werden.

10. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Der EuGH hat mit Urteil vom 15. Juni 2023 in der Rechtssache C-132/22⁴¹ festgestellt, dass eine nationale Regelung, wonach die in einem anderen Mitgliedstaat erworbene Berufserfahrung bei der Rückkehr in den Herkunftsmitgliedstaat im Rahmen des Einstellungsverfahrens nicht berücksichtigt werden darf, grundsätzlich mit dem Unionsrecht unvereinbar ist. Nach Ansicht des EuGH

³⁹ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2023, C-496/22, ECLI:EU:C:2023:741.

⁴⁰ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABl. L 225 vom 12. August 1998, 16 ff.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 28. September 2023, C-132/22, ECLI:EU:C:2023:489.

sei eine solche Regelung nämlich geeignet, einen Arbeitnehmer davon abzuhalten, von seinem in Art. 45 AEUV vorgesehenen Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen und seinen Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten oder sich niederzulassen. Die Regelung wirke sich auf Wanderarbeitnehmer stärker aus als auf inländische Arbeitnehmer, da Wanderarbeitnehmer vor der Einstellung sehr wahrscheinlich Berufserfahrung in einem anderen Mitgliedstaat erworben haben. Der EuGH führt in seiner Entscheidung aus, dass eine solche Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch dann nicht gerechtfertigt ist, wenn die nationale Regelung darauf abziele, die historisch prekäre Beschäftigungslage zu beseitigen. Nach dem EuGH sei die Regelung, selbst wenn das Ziel als ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses anzusehen wäre, nicht geeignet, dessen Erreichung zu gewährleisten, da die Einstellung befristet beschäftigter Arbeitnehmer im Rahmen des betroffenen Einstellungsverfahrens weiterhin möglich ist. Die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit sei daher nicht gerechtfertigt.

II. Leiharbeit

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 22. Juni 2023 in der Rechtssache C-427/21⁴² entschieden, dass die Richtlinie 2008/104/EG⁴³ über Leiharbeit nicht anwendbar ist, wenn die Aufgaben eines Arbeitnehmers endgültig auf ein neues Unternehmen verlagert werden und der Arbeitnehmer verpflichtet wird, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung dauerhaft bei dem neuen Arbeitgeber zu erbringen. In dem zugrundeliegenden Verfahren hatte der Kläger im April 2000 einen Arbeitsvertrag mit ALB FILS Kliniken geschlossen; auf das Arbeitsverhältnis fand der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) Anwendung. Daraufhin hat die Arbeitgeberin einige Arbeitsbereiche sowie die in diesen Bereichen von dem Kläger wahrgenommenen Aufgaben auf eine 100%ige Tochtergesellschaft ausgegliedert und den Kläger dauerhaft der Tochtergesellschaft zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt. Sie stützte diese Weisung auf ein Gesetz. Der Arbeitnehmer sah hierin einen Verstoß gegen das EU-Recht, vor allem gegen die Leiharbeitsrichtlinie. Der EuGH gelangt zu dem Ergebnis, dass der Sachverhalt nicht von der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit erfasst wird. Sowohl aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 als auch aus den Definitionen Art. 3 Abs. 1 lit. b) bis e) Leiharbeitsrichtlinie gehe hervor, dass das Arbeitsverhältnis mit einem entleihenden Unternehmen seiner Natur nach

⁴² EuGH, Urteil vom 22. September 2023, C-427/21, ECLI:EU:C:2023:505.

⁴³ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. L 327 vom 5. Dezember 2008, 9 ff.

vorübergehend sei. Im Rahmen einer sog. Personalgestellung möchte der Arbeitgeber aber, dass einer seiner Arbeitnehmer dauerhaft bei einem Dritten beschäftigt ist, während er sein bestehendes Arbeitsverhältnis fortsetzt.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

I. Sozialpartnerschaft

Wie in der EU ist auch in der Schweiz die Sozialpartnerschaft eine wichtige Errungenschaft. Die Gesamtarbeitsverträge haben nach wie vor grosse Bedeutung,⁴⁴ vermehrt auch im öffentlich-rechtlichen Bereich. Art. 28 Abs. 1 BV garantiert die Koalitionsfreiheit nicht nur als individuelles Grundrecht, sondern auch als kollektives Freiheitsrecht.⁴⁵ Dieses gibt den Gewerkschaften die Möglichkeit, als solche zu existieren und zu handeln, d.h. die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten. Die Garantie umfasst insbesondere auch das Recht, an Tarifverhandlungen teilzunehmen und Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen.⁴⁶ Diese Ansprüche bestehen nicht nur bezüglich privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse, sondern auch im öffentlichen Dienst. Soweit allerdings die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse durch Gesetz und Verordnung geregelt werden, beschränkt die Souveränität des Staates dieses Recht insofern, als nur ein Anhörungsrecht garantiert ist, nicht aber ein Anspruch auf Abschluss eines GAV.⁴⁷ Werden demgegenüber auch diese Arbeitsverhältnisse durch Gesamtarbeitsverträge geregelt oder durch privatrechtliche Einzelarbeitsverträge, besteht das Recht auch gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin uneingeschränkt.⁴⁸ Um Anspruch auf Verhandlungen eines GAV zu haben, muss die Gewerkschaft allerdings vier Voraussetzungen erfüllen: Die Organisation muss tariffähig sowie örtlich und sachlich zuständig, und repräsentativ sein. Zudem muss sie sich durch ein loyales Verhalten auszeichnen.⁴⁹ Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall hatten die kantonalen Instanzen letzteres verneint, weil die beiden wesentlichsten Vertreter der Gewerkschaft wegen ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit je eine Strafverurteilung aufwiesen und die Gewerkschaft sich auch während des Verfahrens auf Anerkennung der Arbeitgeberin gegenüber nicht loyal verhalten hatte. Mit Blick auf das grosse Ermessen des Sachgerichts in dieser Frage, schützte das Bundesgericht den kantonalen Entscheid.⁵⁰

⁴⁴ Gemäss der Statistik des SECO gibt es in der Schweiz 201 Verbands-GAV, denen 1'815'000 Arbeitsverhältnisse unterstehen und 374 Firmen-GAV mit 372'900 Unterstellten Arbeitnehmenden.

⁴⁵ Vallender Klaus/Hettich Peter, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, Zürich/St. Gallen 2023, Art. 28 BV N. 19 ff.

⁴⁶ BGer 2C_868/2021 vom 24. August 2022 E. 6.1; BGE 143 I 403 E. 6.1; BGE 140 I 257 E. 5.1.

⁴⁷ BGE 140 I 257 E. 5.1.1; BGE 129 I 113 E. 3.4.

⁴⁸ BGer 2C_868/2021 vom 24. August 2022; BGE 140 I 257 E. 5; BGE 129 I 113 E. 1.3.

⁴⁹ BGE 141 III 418 E. 4.2; BGE 140 I 257 E. 5.2; BGer 2C_118/2014 vom 22. März 2015 E. 4.1.

⁵⁰ BGer 2C_868/2021 vom 24. August 2022.

In einem Entscheid musste das Bundesgericht wieder in Erinnerung rufen, dass ein GAV die Gründung von Vereinen vorsehen und diesen die gemeinsame Durchführung des GAV im Sinne von Art. 357b OR übertragen kann. Der GAV kann eine paritätische Berufskommission so ausgestalten, dass sie im eigenen Namen von einer Arbeitgeberin eine Konventionalstrafe wegen der Verletzung von normativen Bestimmungen des GAV vor Gericht einklagen kann.⁵¹

2. Neue Arbeitsformen

Auch in der Schweiz treten vermehrt Internet-Plattformen auf, die Arbeitnehmer und Kunden zusammenbringen. Es fragt sich, ob diese Plattformen dann rechtlich als Arbeitgeberinnen zu qualifizieren sind. Das Bundesgericht musste sich erneut mit der Frage befassen, ob Uber bezüglich der Fahrer Arbeitgeberin ist oder nicht. Die Genfer Gerichte hatten Uber als Transportunternehmen im Sinne des kantonalen Rechts qualifiziert, weil es mit eigenen arbeitnehmenden Transporte anbiete. Die kantonalen Gerichte konnten willkürfrei das Vorliegen eines Arbeitsvertrages annehmen, weil Uber die Preise für die Fahrten festlegte, vorschrieb, wie die Fahrten durchzuführen waren, indem es unter anderem Anweisungen zum Fahrzeug und zum Verhalten der Fahrer gab und die Route festlegte. Damit konnten die Fahrer die Arbeit nicht frei organisieren, sobald sie sich auf der Plattform eingeloggt hatten, da wiederholte Ablehnungen von Fahrten mit einer zeitlich begrenzten Deaktivierung des Kontos bestraft wurden. Die Aktivitäten wurden auch durch Geolokalisierung kontrolliert. Wählte ein Fahrer eine ineffiziente Route, wurde dies mit einer Senkung des Fahrpreises bestraft. Zudem wurden die Fahrer über ein Bewertungs- und Beschwerdesystem kontrolliert., wobei sie keine Möglichkeit hatten, den Urheber einer Bewertung oder Beschwerde zu erfahren.⁵²

3. Leiharbeit

Nicht die Frage, ob ein Arbeitsvertrag oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, sondern ob Personalverleih oder Personalvermittlung gegeben ist, hat das Bundesgericht in einem Fall zu beurteilen, in dem ein Unternehmen Spitälern Ärzte beschaffte.⁵³ Diese A AG hatte mit einem Arzt einen Vertrag betreffend „Vermittlung einer Honorararztstätigkeit/Festanstellung“ mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten abgeschlossen. Anschliessend unterzeichnete die A AG als „Beauftragte“ und ein Spital als „Auftraggeberin“ einen Vertrag

⁵¹ BGer 4A_360/2022 vom 4. April 2023 E. 6.1.2; BGE 140 III 391 E. 2.1.; BGer 4D_46/2022 vom 19. Januar 2023 E. 3.1.1.

⁵² BGer 2C_34/2021 vom 30. Mai 2022.

⁵³ BGer 4A_134/2022 vom 16. September 2022.

zur „Vermittlung von Temporär- oder folgender Festanstellung von Fachärzten“ Dieser Vertrag sah vor, dass die A AG vom Spital eine Tagesprovision von Fr. 550.– für jeden Tag erhalte, an dem der von ihr vermittelte Arzt im Spital arbeite. Zudem sah der Vertrag vor, dass das Spital der A AG eine einmalige Provision von 22,5% eines jährlichen Gesamthonorars schuldet, wenn das Spital den Arzt innerhalb von zwei Jahren nach dem vermittelten Einsatz fest anstelle. Sodann schlossen das Spital als „Auftraggeberin“ mit dem Arzt als „Beauftragter“ einen Einsatzvertrag betreffend die „Erbringung von honorarärztlichen Dienstleistungen“. Diesen Vertrag unterzeichnete auch die A AG. Einige Monate später stellte das Spital den Arzt fest an.⁵⁴

Nun klagte die A AG das Spital auf Bezahlung der Provision von 22,5% eines Jahreslohnes ein und erhielt vor erster Instanz Recht. Das Kantonsgericht Zug wies dann aber die Klage mit der Begründung ab, es liege Personalverleih vor und die A AG habe dafür keine Bewilligung. Der Verleihvertrag sei deshalb nichtig und die Provision folglich nicht geschuldet.⁵⁵ Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass kein Personalverleih vorliegen könne, weil der Arzt nicht nur einen Vertrag mit der A AG sondern auch mit dem Spital geschlossen habe. Damit sei das Spital auch formell Arbeitgeberin gewesen. Das typische Merkmal des Personalverleihs sei aber, dass zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb kein Vertragsverhältnis bestehe.⁵⁶ Sowohl der Rahmen- als auch der Einsatzvertrag⁵⁷ wird allein zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer geschlossen. Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb besteht nach Lehre und Rechtsprechung dagegen kein Vertragsverhältnis.⁵⁸ Schliesst der Einsatzbetrieb mit dem Arbeitnehmer direkt einen Arbeitsvertrag, bleibt für die Annahme von Personalverleih kein Raum.⁵⁹ Das Bundesgericht wies aber die Klage dennoch ab, weil eine Arbeitsvermittlung vorlag. Gemäss Art. 8 Abs. 2 AVG sind Vereinbarungen nichtig, die den Stellensuchenden hindern, sich an einen anderen Vermittler zu wenden oder ihn verpflichten, die Vermittlungsgebühr erneut zu entrichten, wenn er ohne die Hilfe des Vermittlers weitere Arbeitsverträge mit demselben Arbeitgeber abschliesst. Das

⁵⁴ BGer 4A_134/2022 vom 16. September 2022, Sachverhalt.

⁵⁵ BGer 4A_134/2022 vom 16. September 2022, Sachverhalt, B.b.

⁵⁶ BGer 4A_134/2022 vom 16. September 2022, E. 5.1.

⁵⁷ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11), Art. 19.

⁵⁸ BGer 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.2; Trezzini Francesco, Commentario pratico al contratto di lavoro, Lugano 2020, Art. 12 AVG N. 9; Looser Fabian, Der Personalverleih, Basel 2015, 152 Rz. 459.

⁵⁹ BGer 4A_134/2022 vom 16. September 2022, E. 5.1.3.

Bundesgericht kam zum Schluss, dass die A AG mit ihrem Geschäftsmodell genau den Zweck erreichen wollte, den die genannte Bestimmung verbietet. Deshalb war die Provisionsvereinbarung nichtig.⁶⁰

4. Lohntransparenz

Als Nichtmitglied der EU ist die Schweiz an die Lohntransparenzrichtlinie der EU⁶¹ nicht gebunden. Die Richtlinie bezweckt die Lohngleichheit von Mann und Frau zu fördern. Im Bereich der Lohngleichheit hat die Schweiz aber immer auf die Entwicklung in der EU Bezug genommen.⁶² Einen autonomen Nachvollzug der Richtlinie wurde im Parlament diskutiert, aber abgelehnt.⁶³ Damit entsteht allerdings eine erhebliche Differenz zwischen dem schweizerischen Recht und jenem in der EU. Es fehlen insbesondere ein Informationsanspruch über den Einstiegslohn bzw. die Lohnbandbreite für die entsprechende Stelle und griffige Kontroll- und Sanktionsmechanismen.⁶⁴

5. Aufarbeitung der Corona-Pandemie

Während der Corona-Pandemie verbot der Bundesrat gestützt auf das Pandemiegesetz bestimmte Tätigkeiten und Anlässe und verfügte die Schliessung gewisser Betriebe. Entsprechend konnte in diesen Betrieben nicht mehr gearbeitet werden und es stellte sich die Frage, wer die entsprechenden wirtschaftlichen Einbussen zu tragen hat. Der Bundesrat erliess als Notrecht einerseits direkte Finanzhilfen für verschiedene Unternehmen und gewährte Erleichterungen bei der Kurzarbeitsentschädigung. Nicht ausdrücklich geregelt wurde in diesen Notverordnungen, dass von einem Arbeitgeberverzug im Sinne von Art. 324 OR und damit von einer Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin auszugehen war, soweit die Arbeitnehmenden nicht durch die So-

⁶⁰ BGer 4A_134/2022 vom 16. September 2022, E. 6.

⁶¹ Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 30. März 2023 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (COM(2021)0093 – C9-0089/2021 – 2021/0050(COD)).

⁶² Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG), BBl 2017 5530.

⁶³ Vgl. Interpellation Nationalrätin Locher Benguerel, Sandra, Geschäfts-Nr. 22.3075, Antwort des Bundesrates vom 22. Mai 2022; vgl. auch: Motion Nationalrätin Leutenegger Oberholzer, Susanne, Geschäfts-Nr. 17.3613, Antwort des Bundesrates vom 30. August 2021; Postulat Nationalrätin Imboden, Natalie, Geschäfts-Nr. 22.3521, Antwort des Bundesrates vom 17. August 2022.

⁶⁴ Vgl. dazu: Pärli Kurt, Die neue EU-Richtlinie für mehr Gehaltstransparenz – Auswirkungen auf die Schweiz, Jusletter vom 14. August 2023.

zialversicherung entschädigt wurden.⁶⁵ In der Lehre war die Frage der Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin umstritten. Das Ergebnis ist für alle jenen Arbeitnehmenden von zentraler Bedeutung, welche die Voraussetzungen für eine Kurzarbeitsentschädigung nicht erfüllten, insbesondere Personen in gekündigter Stellung oder in Betrieben, in denen Überstunden geleistet worden sind. Das Bundesgericht hat die Frage in einem ersten Entscheid im Juni 2023 dahin entschieden, dass die Pandemiebedingte Betriebsschliessung zum Unternehmensrisiko gehöre und damit Art. 324 OR anwendbar sei.⁶⁶ In einem zweiten Entscheid, der rund zwei Monat später, nämlich Ende August 2023 (mit ähnlicher Besetzung), erging, hat es nun allerdings das Gegenteil entschieden und festgehalten, dass die behördliche Betriebsschliessung wegen der Pandemie nicht unter das Unternehmerrisiko falle.⁶⁷ Erstaunlicher Weise wird in diesem zweiten Entscheid der erste mit keinem Wort erwähnt. Noch erstaunlicher ist allerdings, dass das Bundesgericht in einem Urteil von Anfangs Mai 2023, folglich vor den genannten sich widersprechenden Entscheidungen, auf die Frage mit dem Argument gar nicht eingetreten ist, es handle sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 74 Abs. 2 Bst. a BGG, weil sie im Urteil vom 30. August 2023 bereits entschieden worden sei.⁶⁸ Dabei erging dieses Urteil erst drei Monate später an einer öffentlichen Sitzung!

6. Arbeitnehmerschutz

a) Mutterschaftsschutz

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 AHV-pflichtigen 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

⁶⁵ Vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, FAQ „Pandemie und Betriebe“, Frage 19.

⁶⁶ BGer 4A_379/2022 vom 28. Juni 2023 E. 6.1.2.

⁶⁷ BGer 4A_53/2023 vom 30. August 2023.

⁶⁸ BGer 4A_158/2023 vom 3. Mai 2023 E. 1.

⁶⁹ Bundesgesetz über den Erwerbsersatz vom 25. September 1952 (Erwerbsersatzgesetz, EOG, 834.1) Art. 16c f.

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

⁷¹ Art. 16f EOG.

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 Sitzungsgeld 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 ohnehin schon sehr kurze Vaterschaftsurlaub seinen Zweck, auch die Väter zur Kinderbetreuung und die Mütter zur Fortsetzung ihrer Erwerbstätigkeit zu bewegen, kaum erreicht werden kann.

b) *Schutz vor Mobbing*

Art. 328 OR verpflichtet die Arbeitgeberin die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen und auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Der Arbeitgeber hat deshalb zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer „die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes (...) angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.“⁷⁶ Art. 6 ArG wiederholt diese Verpflichtung. Entsprechend hat die Arbeitgeberin auch für ein nicht gesundheitsgefährdendes Arbeitsklima zu sorgen, namentlich sind die Arbeitnehmenden vor einem Mobbing zu schützen. Erkennt die Arbeitgeberin eine arbeitsbezogene Gesundheitsgefährdung, muss sie arbeitsmedizinische Abklärungen veranlassen und gestützt auf deren Ergebnisse Abhilfe schaffen. Der Arbeitnehmer hat auf Grund der Treuepflicht, bei diesen Abklärungen mitzuwirken. Die Verantwortung für gesunde Arbeitsbedingungen verbleibt aber bei der Arbeitgeberin.

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.

⁷⁶ Art. 328 Abs. 2 OR.

Unterlässt die Arbeitgeberin die notwendigen Schutzmassnahmen, kann dies verschiedene Folgen haben. Der Arbeitnehmer kann erkranken und deshalb arbeitsunfähig sein. Dann greift ohne Zweifel Art. 324a OR und es besteht eine Lohnfortzahlungspflicht während einer beschränkten Zeit. Es liegt eine *arbeitsplatzbedingte* Arbeitsunfähigkeit vor. Die Frage, ob das Mobbingopfer auch ein Verschulden trifft, ist in diesem Zusammenhang ohne praktische Bedeutung. Das Verschulden wird kaum je ein Ausmass erreichen, das eine Lohnfortzahlung ausschliesst. Es ist aber auch möglich, dass die Erkrankung von geringerem Ausmass ist, so dass der Arbeitnehmer nur in dieser Arbeitsumgebung nicht mehr arbeiten kann, wohl aber unter anderen Arbeitsbedingungen durchaus arbeitsfähig ist. Diesfalls handelt es sich um eine *arbeitsplatzbezogene* Arbeitsunfähigkeit. Dann liegt aber die Arbeitsunfähigkeit nicht in der Person des Arbeitnehmers, sondern darin, dass die Arbeitgeberin nicht das Nötige für die Erbringung der Arbeitsleistung vorkehrt. Sie ist im Annahmeverzug und es ist nicht Art. 324a OR sondern Art. 324 OR anwendbar. Die Lohnfortzahlungspflicht besteht folglich ohne zeitliche Grenze und unabhängig davon, wie lange das Arbeitsverhältnis bereits gedauert hat. Das Bundesgericht hat in einem Fall, der allerdings die Taggeldversicherung und nicht die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin betraf, festgestellt, dass die Versicherung auch bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit leistungspflichtig ist, wenn diese Krankheitswert hat, sofern der Versicherungsvertrag nichts anderes vorsieht.⁷⁷ Die Schadenminderungspflicht verpflichtet den Arbeitnehmer allerdings an einem anderen zumutbaren Arbeitsplatz zu arbeiten, wenn ihm die Arbeitgeberin einen solchen anbietet. Der Arbeitnehmer muss aber nicht selber eine andere Stelle suchen, da er noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht und folglich ein Arbeitsvertrag mit einer anderen Arbeitgeberin seine vertraglichen Verpflichtungen verletzen würde.

Damit stellt sich als zweites die Frage, ob die Arbeitgeberin dem in Folge Mobbing arbeitsunfähigen Arbeitnehmer künden kann. Gestützt auf einen Bundesgerichtsentscheid von 2016⁷⁸ vertritt die Lehre in der deutschen Schweiz, dieser Schutz bestehe bei einer bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht, weil der Arbeitnehmer durch diese nicht an der Stellensuche verhindert sei. Von der französischsprachigen Lehre wird diese Auffassung allerdings bestritten. Diese kann sich dafür nunmehr auf einen Entscheid der Cour de Justice des Kantons Genf stützen.⁷⁹ In der Tat lässt sich der bundesgerichtliche Entscheid mit Blick auf den Wortlaut des Gesetzes nicht stützen. Der Kündigungsschutz besteht für eine beschränkte Zeit, „während der Arbeitneh-

⁷⁷ BGer 4D_7/2021 vom 12. April 2021.

⁷⁸ BGer 4A_391/2016 vom 8. November 2016.

⁷⁹ CAPH/24/2017 vom 13. Februar 2017, S. 11 f.

mer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist.⁸⁰ Von einer Verhinderung auch an anderem, ist nicht die Rede. Ginge es um die Verhinderung an der Stellensuche, müsste eine Sperrfrist auch dann bestehen, wenn der Arbeitnehmer arbeitsplatzbezogen arbeitsfähig ist, d.h. wenn er seine bisherige Arbeit zwar ausüben kann, aber aus gesundheitlichen Gründen niemals eine neue Stelle finden würde.⁸¹

Allerdings gilt der zeitliche Kündigungsschutz nur während einer beschränkten Zeit. Nach Ablauf der Sperrfrist ist eine Kündigung ohne weiteres möglich und gültig. Allerdings ist eine Kündigung wegen einer Krankheit grundsätzlich missbräuchlich, weil diese in der Persönlichkeit des Arbeitnehmers liegt. Beeinflusst die Krankheit indessen die Arbeitsfähigkeit, so ist die Kündigung zulässig, es sei denn, die Ursache der Arbeitsunfähigkeit ist auf eine Pflichtverletzung der Arbeitgeberin zurückzuführen.⁸² Im konkreten Fall war der Arbeitnehmer als mobbingfolge krank geworden. Sowohl die kantonalen Gerichte wie auch das Bundesgericht warfen der Arbeitgeberin vor, nicht genügend Schutzvorkehrungen getroffen zu haben, so dass Missbräuchlichkeit gegeben war.⁸³

Die Folgen eines Mobblings können aber für die Arbeitgeberin noch weiter gehen. Erkrankt der Arbeitnehmer auf Grund des Mobblings derart schwer, dass eine bleibende Invalidität eintritt, haftet die Arbeitgeberin für deren wirtschaftliche Folgen, wenn sie die nötigen Schutzvorkehrungen nicht getroffen hat. In einem Fall der zwar nicht ein privates Anstellungsverhältnis betraf, sondern eine Anstellung nach Bundespersonalgesetz, hatte das Bundesverwaltungsgericht das Staatssekretariat für Migration verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der einer Arbeitnehmerin entstanden war, weil sie auf Grund eines Burnouts invalid wurde und die Arbeitgeberin die angemessenen Schutzvorkehrungen unterlassen hatte.⁸⁴ Allerdings kann der Nachweis der Kausalität erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Ebenfalls die Haftung bejahte der Cour civile des Cour d'apelle du canton de Vaud. Eine Arbeitnehmerin hatte aufgrund von Mobbing eine schwere Depression erlitten und war deshalb invalide geworden. In mehreren Prozessen gelang es der Arbeitnehmerin die Kausalität nachzuweisen, und dass die Arbeitgeberin ihre Schutzpflichten verletzt hatte.

⁸⁰ Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR.

⁸¹ Vgl. zum Ganzen: Geiser Thomas, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Ein Gespenst im Arbeitsvertragsrecht, in: Müller/Rudolph/Schnyder/Von Kaenel/Waas (Hrsg.), FS für Wolfgang Portmann, Zürich 2020, 191 ff.

⁸² BGer 4A_215/2022 vom 23. August 2022.

⁸³ BGer 4A_215/2022 vom 23. August 2022.

⁸⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019.

Das Gericht verurteilte die Arbeitgeberin nun dazu, für den Schaden aufzukommen.⁸⁵ Der Entscheid hatte zu grossem öffentlichen Aufsehen geführt, weil der Arbeitnehmerin ein Betrag von zwei Millionen Franken zugesprochen wurde.

c) *Schutz vor sexueller Belästigung*

Zur Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gehört ausdrücklich auch der Schutz vor sexueller Belästigung.⁸⁶ Eine Arbeitnehmerin forderte von ihrer Arbeitgeberin eine Entschädigung wegen sexueller Belästigung durch einen Mitarbeiter. Dieser hatte ohne ihre Zustimmung ihr Gesäss berührt. In Bezug auf die Feststellung der sexuellen Belästigung hielt das Bundesgericht fest, dass die Frage, ob die Empfindlichkeit der Arbeitnehmerin bei der Beurteilung zu berücksichtigen sei, vorliegend offenbleiben könne, da das Berühren des Gesässes einer Person ohne deren Zustimmung eine Handlung darstelle, die objektiv den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfülle.⁸⁷ Als sexuelle Belästigung können die verschiedensten Handlungen gelten. Es kann sich um sexistische Bemerkungen, grobe oder peinliche Kommentare, Verwendung von pornografischem Material oder Berührungen, unangenehme Einladungen, Annäherungsversuche mit Belohnungsversprechen oder Androhung von Vergeltungsmassnahmen handeln.⁸⁸ Obwohl sich Art. 4 GlG nur auf Fälle von Machtmissbrauch bezieht, umfasst die Definition alle belästigenden Verhaltensweisen sexueller Natur, d.h. auch solche, die zu einem feindseligen Arbeitsklima beitragen, wie beispielsweise unangebrachte Witze.⁸⁹ Die Arbeitgeberin konnte im konkreten Fall nicht nachweisen, dass sie die nach der Lebenserfahrung gebotenen, den Umständen angemessenen und ihr billigerweise zuzumutenden Massnahmen getroffen hatte, um solche Handlungen zu verhindern oder ihnen ein Ende zu setzen. Zwar waren im zu beurteilenden Fall drei Instrumente vorhanden, durch welche Missstände hätten gemeldet werden können. Die Arbeitnehmenden hatten jedoch keine Kenntnis von deren Existenz und Funktionsweise.

⁸⁵ Cour d'appel, Cour civile du canton de Vaud vom 29. November 2022, No Décision:623 ; abrufbar unter: <<https://www.findinfo-tc.vd.ch/justice/findinfo-pub/internet/search/result.jsp?path=9143575&title=HC / 2022 / 481&dossier.id=8831041&lines=6>>.

⁸⁶ Art. 328 Abs. 1 OR.

⁸⁷ BGer 4A_283/2022 vom 15. März 2023 E.3.4.

⁸⁸ Vgl. Botschaft vom 24. Februar 1993 zum GlG, BBl 1993 I 1304 f.

⁸⁹ BGer 4A_283/2022 vom 15. März 2023 E. 3.1.1., BGE 126 III 395 E. 7b/bb; BGer 4A_544/2018 vom 29. August 2019 E. 3.1; BGer 4A_18/2018 vom 21. November 2018 E. 3.1.

d) *Schutz älterer Mitarbeitender*

Für eine ordentliche Kündigung bedarf es keiner besonderen Begründung. In dessen erscheint die Kündigung zwar als gültig, jedoch als missbräuchlich, wenn sie aus bestimmten Gründen ausgesprochen wird, die allerdings im Gesetz nicht abschliessend aufgezählt sind.⁹⁰ Diesen Kündigungsschutz hat das Bundesgericht zum Schutze älterer Mitarbeitender insofern etwas erweitert, als es bei der Kündigung eines langjährigen Mitarbeiters kurz vor seiner Pensionierung (sog. Alterskündigung) einen sich auf das Arbeitsverhältnis beziehenden Grund für die Kündigung verlangt und die Arbeitgeberin zudem grundsätzlich prüfen muss, ob nicht eine weniger einschneidende Massnahme als die Kündigung die Probleme lösen kann.

Wie weit allerdings diese erhöhte Fürsorgepflicht geht, und was die Arbeitgeberin vor einer Kündigung eines älteren Mitarbeiters vorkehren muss, ist auf Grund der bundegerichtlichen Rechtsprechung nicht klar. Die Rechtsprechung kann kaum als einheitlich bezeichnet werden. Das Bundesgericht scheint den Schutz bei Kaderangestellten als weniger bedeutend anzusehen als bei anderen Angestellten. Wesentlich ist immer ein Abwägen im Einzelfall.

Eine 62-jährige Sekretärin bei einer Mission der Vereinten Nationen war nach 39 Jahren loyaler und tadelloser Beschäftigung ohne Vorwarnung gekündigt worden. Mit den Vorinstanzen sah das Bundesgericht diese Kündigung als missbräuchlich an und sprach der Arbeitnehmerin eine Pönale von 4 Monatslöhnen zu. Für die Arbeitgeberin erschwerend sah das Bundesgericht an, dass sie sich trotz Nachfrage zunächst nicht zum Kündigungsgrund geäussert hatte. Erst später begründete sie die Kündigung mit einer angeblichen Pflichtverletzung der Arbeitnehmerin, die aber nicht substantiiert begründet wurde. Die kantonalen Instanzen sahen es auf Grund dieses Sachverhalts als nicht ersichtlich, warum die Arbeitgeberin kein Vorgespräch mit der Arbeitnehmerin geführt und ihr eine alternative Arbeit im Betrieb angeboten hatte. Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass für die Festsetzung der Pönale der Nachweis eines konkreten Schadens nicht erforderlich ist.⁹¹ Ebenfalls als Missbräuchlich qualifizierte das Bundesgericht eine Kündigung eines 64-jährigen Kochs nach 30 Dienstjahren und schützte das kantonale Urteil, das dem Arbeitnehmer 4½ Monatslöhne als Entschädigung zugesprochen hatte.⁹² Der Arbeitnehmer war auf Grund eines Knieleidens teilweise Arbeitsunfähig und diesbezüglich waren die Leistungen der Taggeldversicherung ausgeschöpft. Die Arbeitgeberin machte geltend, sie sei auf ein funktionierendes Team angewiesen. Die

⁹⁰ Art. 336 OR.

⁹¹ BGer 4A_307/2022 vom 18. Januar 2023.

⁹² BGer 4A_117/2023 vom 15. Mai 2023.

Kündigung sei folglich aus betrieblichen Gründen erfolgt. Das nützte ihr indessen nichts. Mit Blick auf das Alter und die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses hätte die Arbeitgeberin zusammen mit dem Arbeitnehmer eine sozialverträglichere Alternative zur Kündigung zumindest in Erwägung ziehen müssen, zumal der Arbeitnehmer nicht voll arbeitsunfähig gewesen und vor der Kündigung nicht krankgeschrieben war.⁹³

Demgegenüber verneinte das Bundesgericht die Missbräuchlichkeit in einem Fall, indem eine 57-jährige CEO nach 14 Dienstjahren gekündigt und sofort freigestellt wurde. Als Grund wurde die Umstrukturierung der obersten Führungsebene angegeben. Das Bundesgericht berücksichtigte in diesem Fall auch, dass namentlich, wenn Alter und Dienstalter auch zu einer hohen Position mit entsprechender Verantwortung und hohem Lohn geführt haben, es der Arbeitgeberin möglich sein muss, solche Positionen neu zu strukturieren. Die Bevorzugung eines jüngeren Mitarbeiters ist grundsätzlich nicht verwerflich und eine Umplatzierung als Alternative zur Kündigung kam mit Blick auf die bisherige Stellung nicht in Frage. Auch das Vorgehen der Arbeitgeberin mit interner und externer Kommunikation, sowie einer bloss kurzen Überlegungsfrist für eine Aufhebungsvereinbarung, die Sperrung des Geschäfts Telefons und des Zugangs zum Büro, konnten nicht zu einer Missbräuchlichkeit führen.⁹⁴

e) *Schutz von Mitarbeitenden aus Europa*

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 Grenzgänerbewilligung „G“ zu beantragen. Die Arbeitgeberin reichte diese indessen nicht der zuständigen Behörde ein, sondern kündigte die Arbeitgeberin fristlos. Sie begründete die Kündigung damit, dass das Arbeiten ohne Arbeitsbewil-

⁹³ BGer 4A_117/2023 vom 15. März 2023 E. 3.4.4.; anders in BGer 4A_390/2021 vom 1. Februar 2022 wo die Arbeitnehmerin vollständig arbeitsunfähig war und die Arbeitgeberin bei einem Verzicht auf die Kündigung das Arbeitsverhältnis fast ein Jahr hätte andauern lassen müssen.

⁹⁴ Urteil des Bundesgerichts, 4A_186/2022 vom 22. August 2022; vgl. auch BGer 4A_390/2021 vom 1. Februar 2022 (Missbräuchlichkeit verneint); BGer 4A_44/2021 vom 2. Juni 2021 (Missbräuchlichkeit verneint); BGer 4A_384/2014 vom 12. November 2014 (Missbräuchlichkeit bejaht); 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014 (Missbräuchlichkeit verneint); BGer 4A_169/2013 vom 18. Juni 2013 (Missbräuchlichkeit verneint); BGer 4A_558/2012 vom 18. Februar 2013 (Missbräuchlichkeit bejaht); BGer 4A_60/2009 vom 3. April 2009 (Missbräuchlichkeit verneint); BGE 132 III 115 (Missbräuchlichkeit bejaht).

ligung 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.⁹⁵ 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.⁹⁶ 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.⁹⁷ 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.⁹⁸ 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. Entsprechend hatte sie die wirtschaftlichen Folgen zu tragen und eine Entschädigung auszurichten.⁹⁹

Wohl wäre eine ordentliche Kündigung, welche bloss deshalb erfolgt, weil ein Arbeitnehmer seinen Wohnsitz ins Europäische Ausland verlegt, in aller Regel als eine nach Art. 2 FZA verbotene Diskriminierung anzusehen und damit missbräuchlich. 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.

⁹⁵ BGer A4_447/2021 vom 8. Februar 2021.

⁹⁶ BGE 122 III 116, E. 4e; BGE 114 II 279, E. 2d; 4C61/2006 vom 24. Mai 2006, E. 3.2.1; BGer 4C.27/2004 vom 24. März 2004, E. 3.2.1.

⁹⁷ Art. 337b Abs. 3 OR; BGer A4_447/2021 vom 8. Februar 2021, E. 4.1.1; BGE 114 II 284, E. 2d/cc.

⁹⁸ BGer A4_447/2021 vom 8. Februar 2021, E. 4.1.2; BGE 114 II 283, E. 2d/bb; BGer 4C.235/1966 vom 23. September 1966, E. 2c; Wylar Rémy/Heinzer Boris, *Droit du travail*, Berne 2019, 266; Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, *Arbeitsvertrag Praxiskommentar*, Zürich 2012, Art. 324 OR N. 3.

⁹⁹ BGer A4_447/2021 vom 8. Februar 2021.

7. Urlaub

Um den Erholungszweck sicherzustellen, darf der Ferienanspruch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistung abgegolten werden.¹⁰⁰ Präter Legem lässt aber die Praxis ausnahmsweise eine Abgeltung zu, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die Berechnung des Ferienlohnes muss auf Grund der Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein,¹⁰¹ was im Falle eines sehr unregelmässigen Teilzeitarbeitsverhältnisses oder eines kurzen Einsatzes zutreffen kann.¹⁰² Zusätzlich besteht die Voraussetzung, dass der Ferienlohnanteil im Arbeitsvertrag und in jeder Lohnabrechnung klar ausgeschieden¹⁰³ und der Höhe nach bestimmt ist.¹⁰⁴ Falls es sich um einen mündlichen Arbeitsvertrag handelt, reicht es aus, den Ferienlohnanteil in den Lohnabrechnungen auszuweisen. Die einfache Formulierung „Ferien inbegriffen“ genügt nicht.¹⁰⁵

Ein Entscheid aus dem Jahre 2020 hatte für einige Unsicherheit gesorgt, in dem das Bundesgericht die Voraussetzung der erheblichen Schwierigkeiten auch bei einer Vollzeitstelle annahm, wenn die Arbeitszeit und der Lohn von Monat zu Monat schwankten.¹⁰⁶ In einem neuen Entscheid hielt das Bundesgericht nun fest, dass für Vollzeitbeschäftigungen keine für eine Abgeltung genügenden praktischen Schwierigkeiten bestehen können. Mit den heute zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten ist eine dem Gesetz entsprechende Berechnung des Ferienlohns auch bei monatlichen Schwankungen des Lohns zumutbar.¹⁰⁷ Das Bundesgericht weist nun auch klar darauf hin, dass den Schwierigkeiten ohne weiteres dadurch begegnet werden kann, dass der Ferienlohnanteil zwar periodisch mit dem Grundlohn berechnet und ausgewiesen, aber erst beim tatsächlichen Ferienbezug ausbezahlt wird,¹⁰⁸ wie in der Lehre schon lange postuliert worden ist.¹⁰⁹ Dieses Vorgehen ist aber auch

¹⁰⁰ Art. 329d Abs. 2 OR.

¹⁰¹ BGer 4A_561/2017 vom 19. März 2018; Geiser Thomas/Müller Roland/Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019, Rz. 508.

¹⁰² Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329d OR, N 9.

¹⁰³ Z.B. BGE 116 II 515.

¹⁰⁴ Nach BGE 118 II 136 (JAR 1993, 172) ist nicht grundsätzlich davon auszugehen, dass ein überdurchschnittlicher Lohn den Ferienlohn bereits enthält.

¹⁰⁵ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 329d OR, N 9.

¹⁰⁶ BGer 4A_619/2019 vom 15. April 2020.

¹⁰⁷ BGer 4A_357/2022 vom 30. Januar 2023.

¹⁰⁸ BGer 4A_357/2022, E. 2.2.3; vgl. auch BGer BGer 4A_112/2023 Urteil vom 10. Juli 2023, wo das Bundesgericht festhält, dass es auch nicht angeht, den zurückbehaltenen Ferienlohn erst Ende Jahr auszubezahlen.

¹⁰⁹ Cerottini Eric, *Le droit aux vacances*, Diss. Lausanne 2001, 211; Portmann Wolfgang/Rudolph Roger, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), *Basler Kommentar*, 2020; Art. 329d OR N. 5; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Art. 329d OR N. 9.

ohne weiteres bei einer unregelmässigen Teilzeitstelle möglich, so dass konsequenter Weise nun davon auszugehen ist, dass grundsätzlich eine Abgeltung während des Arbeitsverhältnisses nie mehr möglich ist.

8. Betriebsübernahme

In autonomen Nachvollzug hatte der Gesetzgeber bereits mit BG vom 17. Dez. 1993 die arbeitsrechtlichen Folgen einer Betriebsübernahme an die Regelungen der EU angepasst. Überträgt der Arbeitgeber einen Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.¹¹⁰ Es ist unbestritten, dass nur jene Arbeitsverhältnisse übergehen können, die zum Zeitpunkt des tatsächlichen Übergangs noch Bestehen.¹¹¹ Ohne Bedeutung ist demgegenüber, ob sie gekündigt worden sind oder nicht, wenn die Kündigungsfrist im Zeitpunkt des Übergangs noch nicht abgelaufen ist. Der den Betrieb übertragende Arbeitgeber hat es damit in der Hand, den Übergang zu verhindern. Allerdings setzt hier der Rechtsmissbrauch Schranken.

Eine Arbeitgeberin hatte ihren Betrieb zum 1. Oktober auf ein anderes Unternehmen übertragen und einer Arbeitnehmerin auf den 30. September gekündigt. Die Arbeitnehmerin hatte dann aber auch im Oktober in dem Betrieb weitergearbeitet. Die kantonalen Instanzen hatten willkürfrei festgestellt, dass die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin gekündigt hatte, um den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden. Das Bundesgericht erachtete die Kündigung deshalb als nicht beachtlich.¹¹²

¹¹⁰ Art. 333 Abs. 1 OR.

¹¹¹ Wylter/Heinzer, S. 571; BGer 4A_102/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 3.

¹¹² BGer 4A_102/2019 vom 20. Dezember 2019.

Öffentliches Auftragswesen

Peter Rechsteiner

Inhalt

I.	<u>Rechtsentwicklungen in der EU im Jahre 2023 (PETER RECHSTEINER)</u>	142
1.	<u>Rechtsetzung</u>	142
2.	<u>Rechtsprechung des EuGH</u>	143
a)	<u>EuGH: Zeitpunkt der Einreichung der Unterlagen bezüglich der Befähigung und der verpflichtenden Zusage eines Unternehmens, dessen Kapazitäten ein Anbieter im Rahmen der Ausführung eines Auftrags in Anspruch nehmen will: vor oder nach Auftragsvergabe?</u>	143
b)	<u>EuGH: „Automatische“ Eintragung sämtlicher Mitglieder einer (beauftragten) Unternehmergruppe in die Liste unzuverlässiger Auftragnehmer zulässig?</u>	144
c)	<u>EuGH: Umfang der Eignungskriterien – Berücksichtigung von Anforderungen, die in Spezialgesetzen enthalten sind?</u>	145
d)	<u>EuGH: Rechtsschutzinteresse eines rechtskräftig aus einem Vergabeverfahren ausgeschlossenen Unternehmens, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die drei vorrangierten Unternehmen kartellrechtliche Verstöße begangen hatten</u>	147
e)	<u>EuGH: Fehlendes Rechtsschutzinteresse eines rechtskräftig aus einem Vergabeverfahren ausgeschlossenen Unternehmens bei Einlegung eines Rechtsmittels gegen den mit dem erfolgreichen Bieter geschlossenen Vertrag</u>	150
f)	<u>EuGH: Inwieweit begründen Sicherheitsinteressen eines Staates Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht?</u>	151
g)	<u>EuGH: Vorgehen bei Vorliegen starker Indizien für ein zur Verfälschung des Wettbewerbs geeignetes Verhalten einer Anbieterin</u>	152
II.	<u>Bedeutung für die Schweiz (PETER RECHSTEINER)</u>	155

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2023

i. Rechtsetzung

Für das Jahr 2023 ist bezüglich der eigentlichen Regeln des öffentlichen Auftragswesens keine legislative Tätigkeit zu verzeichnen. Erwähnt sei aber ein bemerkenswert kritischer Sonderbericht des Europäischen Rechnungshofs zum öffentlichen Auftragswesen in der EU für die Jahre 2011 – 2021,¹ der mit einer Reihe von Empfehlungen angereichert ist und allenfalls zu neuen legislativen Massnahmen der EU führen könnte.²

Der Rechnungshof führte u.a. in Kapitel VI seines Berichts aus: „Aus der Analyse der verfügbaren Daten geht hervor, dass die Zahl der Verfahren mit nur einem Bieter insgesamt erheblich gestiegen ist, dass in den meisten Mitgliedstaaten Aufträge in grossem Umfang direkt vergeben werden und dass eine direkte grenzübergreifende Auftragsvergabe zwischen den Mitgliedstaaten nur in begrenztem Masse erfolgt. Da mehrere Ziele der Reform von 2014 noch nicht erreicht wurden, gelangt der Hof zu dem Schluss, dass die Richtlinien von 2014 seit ihrem Inkrafttreten keine nachweisbare Wirkung entfaltet haben. Im Gegenteil: Bieter und öffentliche Auftraggeber sind der Ansicht, dass die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach wie vor mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden sind, der Anteil von KMU, die sich an den Ausschreibungen beteiligen, ist nicht wesentlich gestiegen und strategische Aspekte (z.B. ökologischer, sozialer oder innovativer Art) werden bei öffentlichen Ausschreibungen selten berücksichtigt. Dass die Ausschreibungsraten nach wie vor gering sind, schadet zudem der Transparenz, die einen wichtigen Schutz vor Betrug und Korruption bietet. Der Hof stellt ferner fest, dass einige Ziele der Reform von 2014 mitunter dem übergeordneten Ziel, den Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten, entgegenstehen können.“ Man darf gespannt sein, welche Massnahmen die Europäische Kommission ins Auge fassen wird, um die Empfehlungen des Rechnungshofs umzusetzen.

¹ Europäischer Rechnungshof, Sonderbericht 28/2023 „Öffentliches Auftragswesen in der EU: Weniger Wettbewerb bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen, Waren und Dienstleistungen im Zeitraum 2011-2021“, abrufbar unter <<https://www.eca.europa.eu/de/publications/SR-2023-28>> (Publikation Ende 2023; genaues Datum nicht bekannt).

² Siehe dazu die Antworten der Europäischen Kommission auf den Sonderbericht des Europäischen Gerichtshofs, abrufbar unter <https://www.eca.europa.eu/Lists/ECAREplies/COM-Replies-SR-2023-28/COM-Replies-SR-2023-28_DE.pdf>.

2. Rechtsprechung des EuGH

- a) *EuGH: Zeitpunkt der Einreichung der Unterlagen bezüglich der Befähigung und der verpflichtenden Zusage eines Unternehmens, dessen Kapazitäten ein Anbieter im Rahmen der Ausführung eines Auftrags in Anspruch nehmen will: vor oder nach Auftragsvergabe?*

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

Die Unternehmung Ambisig bewarb sich in Portugal um einen Dienstleistungsauftrag. Sie wurde vom Verfahren ausgeschlossen; der Auftrag wurde an die Unternehmung Link vergeben. Dagegen erhob Ambisig ein Rechtsmittel. Der Ausschluss der Ambisig erfolgte offenbar deshalb, weil sie ihrem Angebot keine verpflichtende Zusage eines von ihr im Angebot aufgeführten Unterauftragnehmers beigelegt hatte. Gemäss portugiesischem Recht mussten – ausser im nichtoffenen Verfahren – Unterlagen über die Befähigung eines Subunternehmers und dessen verpflichtende Zusage erst *nach* der Auftragsvergabe verlangt werden, sofern die Auftragsbekanntmachung nichts Gegenteiliges vorsah. Im konkreten Fall bestimmte Ziffer 12 der Vergabebedingungen lediglich, dass die Vergabe von Unteraufträgen der vorherigen Genehmigung der Vergabestelle bedürfe. Die portugiesischen Gerichte erster und zweiter Instanz folgerten daraus, dass die Genehmigung nur hätte erfolgen können, wenn Ambisig die Unterlagen über die Befähigung des von ihr vorgesehenen Unterauftragnehmers und dessen verpflichtende Zusage bereits mit dem Angebot abgegeben hätte. Das höchste Gericht Portugals gelangte an den EuGH mit der Frage, ob das nationale portugiesische Recht, das die Vorlage der vorerwähnten Unterlagen erst nach der Auftragsvergabe vorsah, mit dem Unionsrecht, insbesondere mit Art. 63 der Richtlinie 2014/24⁴ vereinbar sei.

³ EuGH, Beschluss vom 3. Februar 2023, Ambisig, C-469/22, ECLI:EU:C:2023:25. Einen mit Gründen versehenen Beschluss anstelle eines Urteils kann der EuGH gemäss Art. 99 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, ABl. L 265/1 vom 29. September 2012, auf Vorschlag des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts dann treffen, wenn eine zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage mit einer Frage übereinstimmt, über die der Gerichtshof bereits entschieden hat, wenn die Antwort auf eine solche Frage klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann oder wenn die Beantwortung der zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt.

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.

Der EuGH beschloss, dass das nicht der Fall sei. Gemäss Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24 obliege dem öffentlichen Auftraggeber die Prüfung, ob erstens die Unternehmen, deren Kapazitäten der Anbieter in Anspruch nehmen wolle, die Eignungskriterien gemäss Art. 59 bis 61 der Richtlinie erfüllten und zweitens, ob hinsichtlich dieser Unternehmen in Art. 57 der Richtlinie genannte Ausschlussgründe vorlägen. Diese Prüfung müsse der öffentliche Auftraggeber vor der Auftragsvergabe vornehmen können. Das portugiesische Recht stehe deshalb im Widerspruch zur einschlägigen Richtlinie.

b) *EuGH: „Automatische“ Eintragung sämtlicher Mitglieder einer (beauftragten) Unternehmergruppe in die Liste unzuverlässiger Auftragnehmer zulässig?*

Dieser Angelegenheit lag gemäss Urteil des EuGH⁵ folgender Sachverhalt zugrunde:

Die litauische Stadt Vilnius schrieb einen Auftrag für den Bau eines Mehrzweck-Gesundheitszentrums aus und vergab diesen an eine Unternehmergruppierung. Diese hat in einem Kooperationsvertrag die Arbeiten prozentual aufgeteilt und die Unternehmung Active Construction Management als federführende Unternehmung bestimmt. Diese fiel danach in ein Insolvenzverfahren und führte den Auftrag nicht weiter. Aufgrund von verschiedenen Vertragsverletzungen kündigte die Stadt Vilnius den Vertrag mit der Unternehmergruppierung. Das Amt für öffentliche Auftragsvergabe nahm in der Folge auf Antrag der Stadt Vilnius die Mitglieder der Unternehmergruppe in die Liste der unzuverlässigen Auftragnehmer auf. Die damit befassten ersten beiden Rechtsmittelinstanzen bestätigten dieses Vorgehen als korrekt, u.a. mit der Begründung, der Stadt Vilnius sei aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung der Gruppenmitglieder keine andere Möglichkeit geblieben. Die Eintragung in die genannte Liste hindere die Unternehmen nicht, sich zu rehabilitieren und damit an anderen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen.

Der EuGH entschied, dass es vor dem Hintergrund der Richtlinie 2014/24 unzulässig sei, Mitglieder einer Unternehmergruppierung bei Vorliegen von Vertragsverletzungen und der Kündigung des entsprechenden Vertrages automatisch in eine Liste unzuverlässiger Auftragnehmer aufzunehmen. Jedem Mitglied der Unternehmergruppierung müsse das Recht offenstehen nachzuweisen, dass seine Aufnahme in die genannte Liste ungerechtfertigt sei. Das betreffende Unternehmen könne dabei jeden Umstand geltend machen, der diesem Nachweis diene, einschliesslich Umstände, welche Dritte betreffen, um

⁵ EuGH, Urteil vom 31. März 2022, HSC Baltic u.a., C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48.

belegen zu können, dass es Mängel, die zur Kündigung des Vertrages geführt hätten, nicht verursacht habe und dass von ihm vernünftigerweise nicht verlangt werden konnte, mehr zu tun, als es getan hatte, um diesen Mängeln abzuweichen. Weiter hielt der EuGH fest, dass es den betroffenen Mitgliedern eine Unternehmergruppierung möglich sein müsse, gegen eine Eintragung in die Liste unzuverlässiger Unternehmen ein Rechtsmittel zu erheben.

- c) *EuGH: Umfang der Eignungskriterien – Berücksichtigung von Anforderungen, die in Spezialgesetzen enthalten sind?*

Die Ausgangslage für diesen Entscheid des EuGH⁶ stellte sich wie folgt dar:

Die Unternehmung NV Construct bewarb sich in einem rumänischen Vergabeverfahren um einen Auftrag und landete dabei auf Rang vier. NV Construct verlangte in der Folge im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens, dass die drei vor ihr rangierten Unternehmungen vom Verfahren auszuschliessen seien, da diese Unternehmungen verschiedene in Spezialgesetzen vorgesehene Anforderungen nicht erfüllten, welche die öffentliche Auftraggeberin allerdings nicht als Eignungskriterien formuliert hatte. Da die Zuschlagsempfängerin zudem beabsichtigt habe, „zur Ausführung des Auftrags die Kapazitäten von Drittunternehmen in Anspruch zu nehmen“ hätte sie nach nationalem Recht „zwingend Unterauftragnehmer unter Ausschluss jeder anderen Form der Zusammenarbeit hinzuziehen müssen.“- „Schliesslich hätte ein Unterauftragnehmer für die Tätigkeit „Dienstleistungen für die Erstellung der Unterlagen für die Bekanntmachung und Genehmigung (der Stilllegung) enteigneter Flächen und des Wechsels der Nutzungskategorie“ bestimmt werden müssen, auch wenn nicht sicher sei, ob diese Dienstleistungen in Anspruch genommen werden müssten, das es in den Auftragsunterlagen heisse, dass diese Tätigkeit nur „bei Bedarf“ durchgeführt werden sollte.

Die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin argumentierten gemäss Feststellungen des EuGH, „die Auftragsunterlagen enthielten keinen Hinweis auf die Notwendigkeit, im Angebot ausschliesslich von der rumänischen Eisenbahnbehörde und der Asociația Națională a Evaluatorilor Autorizați din România (Nationaler Verband zugelassener Gutachter Rumäniens) zugelassene Wirtschaftsteilnehmer zu benennen. Ausserdem lasse sich nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers zum Zeitpunkt der Abgabe der Angebote nicht feststellen, ob es erforderlich sein werde, Dienstleistungen zur Erstellung von Unterlagen für die Stilllegung enteigneter Flächen und zur Erstellung einer Bodenstudie in Anspruch zu nehmen. Deshalb habe die Zuschlagsempfängerin

⁶ EuGH, Urteil vom 26. Januar 2023, NV Construct, C-403/21, ECLI:EU:C:2023:47.

in ihrem Angebot angeben, dass sie selbst und ‚nur bei Bedarf‘ die Erstellung dieser Unterlagen übernehmen werde. Ausserdem werfe der Umstand, dass sie nicht von vornherein ihre Absicht geäussert habe, diese Dienstleistungen an Unterauftragnehmer zu vergeben, keine Schwierigkeiten auf, da sie nach der Unterzeichnung des Vertrags neue Unterauftragnehmer in Anspruch nehmen könnte. Darüber hinaus seien Fachleute des nationalen Verbands zugelassener Gutachter bestellt worden und hätten Verfügbarkeitsklärungen vorgelegt.“

Der EuGH betonte in seiner Entscheidung zunächst, dass die öffentlichen Auftraggeber bei der Festlegung von Eignungskriterien über ein weites Ermessen verfügten. Sie könnten dabei auch Anforderungen festlegen, die sich aus Spezialvorschriften für Tätigkeiten ergäben, die im Rahmen der möglichen Ausführung eines öffentlichen Auftrags erfüllt sein müssten und von geringer Bedeutung seien. Ein öffentlicher Auftraggeber könne von diesem Vorgehen aber auch absehen, wenn die in Frage stehenden Leistungen von geringer Bedeutung seien oder wenn diese Leistungen nur möglicherweise zu erbringen seien. Der öffentliche Auftraggeber habe ferner auch die Möglichkeit, die genannten Anforderungen „im Rahmen der Bedingungen für die Auftragsausführung“ aufzuführen, so dass er „deren Einhaltung nur dem erfolgreichen Bieter auferlegt (...)“

Diesbezüglich führte der EuGH präzisierend u.a. aus: „Die Richtlinie 2014/24 schliesst nämlich nicht aus, dass technische Vorgaben zugleich als Eignungskriterien, die sich auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit beziehen, als technische Spezifikationen und/oder als Bedingungen für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 58 Abs. 4, Art. 42 bzw. Art. 70 dieser Richtlinie angesehen werden können (Urteil vom 7. September 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, Rn. 84). Umgekehrt kann sich ein öffentlicher Auftraggeber für eine einzige dieser Qualifikationen entscheiden.“ Weiter hielt der EuGH fest: „Zudem stellt eine Verpflichtung der Bieter, zum Zeitpunkt der Einreichung ihres Angebots alle Bedingungen für die Auftragsausführung zu erfüllen, eine übertriebene Anforderung dar, die diese Wirtschaftsteilnehmer davon abhalten könnte, an Vergabeverfahren teilzunehmen, und damit gegen die in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie verbürgten Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Transparenz verstösst (Urteil vom 8. Juli 2021, *Sanresa*, C-295/20, EU:C:2021:556, Rn. 62).“

Ferner unterstrich der EuGH, die in Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24 garantierten Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Transparenz seien dahin auszulegen, dass sie „dem entgegenstehen, dass die Auftragsunterlagen automatisch durch Kriterien ergänzt werden, die sich aus für Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem zu vergebenden Auftrag geltenden

Spezialvorschriften ergäben, die in den Auftragsunterlagen nicht vorgesehen sind und die der öffentliche Auftraggeber den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern nicht vorschreiben wollte.“

Schliesslich entschied der EuGH, sofern sich aus Spezialvorschriften bestimmte Verpflichtungen für die Auftragsausführung ergäben, die nicht als Eignungskriterien bestimmt worden seien, diese Verpflichtungen als Vertragsbedingungen zu qualifizieren seien, deren Nichterfüllung „keine Auswirkungen auf die Vereinbarkeit der Auftragsvergabe mit den Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 hätte.“ Für den Fall, dass die Verpflichtungen aus Spezialvorschriften dennoch als Eignungskriterien betrachtet werden müssten, sei darauf hinzuweisen, dass Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 allen Anbietern das Recht verleihe, für einen bestimmten Auftrag die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen, um die Erfüllung der Eignungskriterien nachzuweisen. Es reiche gemäss dem Wortlaut des genannten Richtlinien-Artikels zudem aus, wenn der betreffende Anbieter nachweise, „dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise die diesbezüglichen verpflichtenden Zusagen dieser Unternehmen“ vorlege. Es sei offensichtlich, „dass die Vergabe von Unteraufträgen nur eine der Möglichkeiten“ darstelle, „mit der ein Wirtschaftsteilnehmer die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen kann, und dass sie ihm daher nicht vom öffentlichen Auftraggeber vorgeschrieben werden kann.“ Demnach, so der EuGH, könne gemäss Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 ein Anbieter nicht aus einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden mit der Begründung, „dass er den Unterauftragnehmer nicht benannt habe, dem er die Erfüllung von Verpflichtungen zu übertragen beabsichtige, die sich aus Spezialvorschriften für Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem in Rede stehenden Auftrag ergäben und die in den Auftragsunterlagen nicht vorgesehen seien,“ (...) „wenn dieser Bieter in seinem Angebot angegeben hat, dass er diese Verpflichtungen unter Inanspruchnahme eines andern Unternehmens erfüllen werde, ohne jedoch mit diesem Unternehmen durch einen Unterauftrag verbunden zu sein.“

d) *EuGH: Rechtsschutzinteresse eines rechtskräftig aus einem Vergabeverfahren ausgeschlossenen Unternehmens, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die drei vorrangierten Unternehmen kartellrechtliche Verstösse begangen hatten*

Diese Angelegenheit⁷ entschied der EuGH in einer italienischen Angelegenheit aufgrund folgender Ausgangslage:

⁷ EuGH, Urteil vom 9. Februar 2023, VZ (Soumissionnaire définitivement exclu), C-53/22, ECLI:EU:C:2023:88.

„Mit Entscheidung vom 18. Dezember 2018 leitete CA ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über die Bereitstellung eines Hubschrauber-Rettungsdienstes für die Einrichtungen des regionalen Gesundheitsdienstes der Region Lombardei und der Region Ligurien (im Folgenden: streitiges Verfahren) mit einem Auftragsrichtwert von 205 581 900 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer ein. Die von CA veröffentlichte Ausschreibung verlangte von den Bietern zum Nachweis ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit den Besitz einer besonderen Zertifizierung.

VZ, die nicht im Besitz dieser Zertifizierung war und daher die Voraussetzungen für die Teilnahme am streitigen Verfahren nicht erfüllte, focht diese Ausschreibung, soweit diese Zertifizierung verlangt war, mit Klageschrift, die am 16. Januar 2019 einging, beim Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Regionales Verwaltungsgericht für die Lombardei, Italien), dem vorliegenden Gericht, an. Mit Urteil vom 6. Mai 2019 wies dieses Gericht die Klage ab. Dieses Urteil wurde durch ein Urteil des Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) vom 26. Februar 2020 bestätigt und wurde somit rechtskräftig.

Mit Entscheidung vom 13. Februar 2019 stellte die Autorità garante della concorrenza e del mercato (Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, AGCM, Italien) fest, dass manche Unternehmen, darunter BO, JF und RT, die einzigen Bieter im streitigen Verfahren, im Zeitraum von 2001 bis August 2017 einen schweren Verstoß gegen Art. 101 AEUV begangen hatten, u. a. in Form einer gegen die Wettbewerbsregeln verstossenden horizontalen Vereinbarung über die Festsetzung von Preisen für Hubschrauberdienste, mit der die öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf die Festsetzung der Preise für Arbeits- und Passagierflugdienste insgesamt, einschliesslich der Ermittlung des Richtwerts für den Dienstleistungsauftrag mit überhöhten Werten beeinflusst werden sollten. Die AGCM verhängte gegen BO, JF und RT Sanktionen. Sie war jedoch der Ansicht, dass die Ermittlungen keine hinreichenden Informationen ergeben hätten, um das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache im Rahmen der Teilnahme an den Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen nachzuweisen.

CA war der Ansicht, dass diese Entscheidung der AGCM für ihre Beurteilung nicht relevant sei. Mit Entscheidung vom 2. März 2020 vergab CA zwei Lose des Auftrags, der Gegenstand des streitigen Verfahrens war, an RT und ein Los dieses Auftrags an BO.

Mit Klagen vor dem Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Verwaltungsgericht von Latium, Italien) fochten BO, RT und JF die von der AGCM gegen sie verhängten Sanktionen an. Alle diese Klagen wurden als unbegründet abgewiesen. BO, RT und JF legten gegen die Urteile dieses Gerichts Rechts-

mittel beim Consiglio di Stato (Staatsrat) ein. Dieser bestätigte das Urteil des Verwaltungsgerichts, das die Klage von JF abgewiesen hatte, ebenso wie es die Klage von RT mit Ausnahme der Höhe der Sanktion abgewiesen hatte. Die Rechtssache betreffend die Prüfung des von BO beim Consiglio di Stato (Staatsrat) eingelegten Rechtsmittels ist noch anhängig.

Am 1. Juni 2020 machte VZ CA auf die Verkündung des Urteils des Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht von Latium) aufmerksam, mit dem die Klage von RT gegen den Bescheid der AGCM abgewiesen wurde. VZ machte geltend, dass dieses Urteil die Beurteilung der Integrität von RT und seiner Zuverlässigkeit im Rahmen der Durchführung des Hubschrauber-Rettungsdienstes beeinträchtigen und das Vorliegen einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit im Sinne von Art. 80 Abs. 5 des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge belegen könne, die den Ausschluss der Teilnahme von RT am streitigen Verfahren rechtfertige. Sie beantragte somit im Wesentlichen die Aufhebung der Zuschlagsentscheidung. Mit Entscheidung vom 3. Juli 2020 stellte CA fest, dass das von VZ angeführte Urteil im Vergleich zu der CA bereits bekannten und von ihm analysierten Entscheidung der AGCM keine zusätzlichen Erkenntnisse bringe. VZ erhob gegen die Entscheidung von CA Klage beim vorlegenden Gericht.“

Anzufügen bleibt, dass die VZ in der Zwischenzeit die in der ursprünglichen Ausschreibung verlangte Zertifizierung erlangt hatte, allerdings erst nachdem das von ihr gegen die Ausschreibung erhobene Rechtsmittel rechtskräftig geworden war. Das höchste durch die VZ angerufene Gericht war der Meinung, dass der VZ aufgrund der italienischen Gesetzgebung das Rechtsschutzinteresse abzusprechen sei, wollte aber vom EuGH wissen, ob diese Gesetzgebung vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des Falles mit dem europäischen Recht vereinbar sei.

Der EuGH entschied, Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG⁸ sei dahin auszulegen, „dass er der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, die es einem Wirtschaftsteilnehmer, der an der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gehindert war, weil er eine der in der betreffenden Ausschreibung vorgesehenen Teilnahmevoraussetzungen nicht erfüllt hat, und dessen gegen die Aufnahme dieser Voraussetzung in die Ausschreibung gerichtete Klage durch eine rechtskräftige Entscheidung abge-

⁸ Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (89/665/EWG), ABl. L 395, vom 30.12.89, 33 ff., in der durch die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 geänderten Fassung (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 94 vom 28. März 2014, 1 ff.

wiesen wurde, nicht erlaubt, die Weigerung des betreffenden öffentlichen Auftraggebers anzufechten, die Zuschlagsentscheidung aufzuheben, nachdem durch eine gerichtliche Entscheidung bestätigt worden war, dass sowohl der erfolgreiche Bieter als auch die anderen Bieter an einer Vereinbarung beteiligt waren, die einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln in demselben Sektor wie demjenigen der Vergabe dieses öffentlichen Auftrags darstellt.“

- e) *EuGH: Fehlendes Rechtsschutzinteresse eines rechtskräftig aus einem Vergabeverfahren ausgeschlossenen Unternehmens bei Einlegung eines Rechtsmittels gegen den mit dem erfolgreichen Bieter geschlossenen Vertrag*

Auch in diesem Fall⁹ war im Rahmen eines rumänischen Rechtsmittelverfahrens das Rechtsschutzinteresse eines Anbieters zu beurteilen. Dem Entscheid des EuGH waren mehrere innerstaatliche Rechtsmittelverfahren vorausgegangen, welche die Unternehmung Armaprocare eingeleitet hatte und in deren Verlauf ihr Angebot rechtskräftig „abgelehnt“ wurde.

Armaprocare wurde danach darüber informiert, dass der Auftrag an eine andere Firma erteilt worden sei. Dagegen erhob sie erneut ein Rechtsmittel und machte insbesondere geltend, dass der öffentliche Auftraggeber gegen die Richtlinie 2009/81¹⁰ verstossen habe, da er den Vertrag mit einem Bieter unterzeichnet habe, der ein unzulässiges und nicht ordnungsgemässes Angebot eingereicht habe. Armaprocare machte ferner geltend, sie habe beim Tribunalul București (Regionalgericht Bukarest) eine Klage auf Nichtigerklärung des zu diesem Vertrag führenden öffentlichen Auftrags erhoben. Daher reiche es für die Anfechtung des Vertrags aus, wenn sie nachweisen könne, dass sie „Interessierte“ sei, ohne nachweisen zu müssen, dass sie eine „verletzte“ Person im Sinne des Gesetzes sei. Es sei nicht erforderlich, dass sie die Eigenschaft eines Bieters oder Bewerbers habe.

Der EuGH beschloss, dass gemäss Art. 55 Abs. 4 und Art. 57 Abs. 2 der Richtlinie 2009/81/EG ein Bieter, der durch eine bestandskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, keinen Zugang zu einem Rechtsbehelf gegen den mit dem erfolgreichen Bieter geschlossenen Vertrag habe.

⁹ EuGH, Beschluss vom 15. März 2023, Armaprocare, C-493/22, ECLI:EU:C:2023:291.

¹⁰ Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Text mit Bedeutung für den EWR), ABl. L 216 vom 20. August 2009, 76 ff.

f) *EuGH: Inwieweit begründen Sicherheitsinteressen eines Staates Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht?*

Dieses Urteil des EuGH¹¹ befasste sich mit einem Vertragsverletzungsverfahren, das die Europäische Kommission gegen die Republik Polen eingeleitet hatte. Die Republik Polen hatte ein Gesetz erlassen, wonach Aufträge für eine Vielzahl von Produkten aus Sicherheitsgründen nicht ausgeschrieben, sondern direkt der PWPW AG, einem staatlichen Unternehmen, vergeben werden sollten. Die Europäische Kommission war der Meinung, dass dieses Gesetz Ausnahmen vorsah, die dem europäischen Recht widersprechen. Der EuGH gelangte zur Ansicht, dass dies teilweise tatsächlich der Fall war, für einen anderen Teil aber nicht, und entschied:

„Die Republik Polen hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 1 Abs. 1 und 3 sowie Art. 15 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG in Verbindung mit Art. 346 Abs. 1 Buchst. a AEUV verstossen, dass sie in das polnische Recht Ausnahmen aufgenommen hat, die in der Richtlinie 2014/24 nicht vorgesehen sind, was Aufträge für die Herstellung zum einen der in Art. 4 Nr. 5c der Ustawa Prawo zamówień publicznych (Gesetz über öffentliche Aufträge) vom 29. Januar 2004 in der durch die Ustawa o dokumentach publicznych (Gesetz über öffentliche Dokumente) vom 22. November 2018 geänderten Fassung genannten öffentlichen Dokumente anbelangt, mit Ausnahme der persönlichen Dokumente und Identitätskarten von Militärangehörigen, der Dienstaussweise von Polizisten, von Grenzschutzbediensteten, von Bediensteten des Staatsschutzes, von Bediensteten des Amtes für Innere Sicherheit, von Bediensteten des Nachrichtendienstes, von Bediensteten des Militärischen Abschirmdienstes und von zu diesem Dienst abgestellten Berufssoldaten, von Bediensteten des Militärischen Nachrichtendienstes und von zu diesem Dienst abgestellten Berufssoldaten sowie von Angehörigen der Militärpolizei, und zum anderen der ebenfalls in diesem Art. 4 Nr. 5c genannten Steuerzeichen, Legalisierungszeichen, Kontrollaufkleber, Stimmzettel, holografischen Zeichen auf Wahlscheinen sowie Mikroprozessorsysteme mit Software für die Verwaltung öffentlicher Dokumente, IT-Systeme und Datenbanken, die für die Nutzung öffentlicher Dokumente erforderlich sind.“

¹¹ EuGH, Urteil vom 7. September 2023, Kommission/Polen, C-601/21, ECLI:EU:C:2023:629.

Der Entscheid ist sehr detailreich und umfangreich ausformuliert und eignet sich deshalb nicht für eine Zusammenfassung. Für die spezifischen Begründungen des EuGH zu den einzelnen Produkten und die entsprechenden Überlegungen zu Sicherheitsfragen wird deshalb auf das Urteil des EuGH verwiesen.

g) *EuGH: Vorgehen bei Vorliegen starker Indizien für ein zur Verfälschung des Wettbewerbs geeignetes Verhalten einer Anbieterin*

Dieser Entscheid des EuGH¹² erging im Rahmen eines portugiesischen Vergabeverfahrens mit zusammengefasst folgender Ausgangslage:

Die Unternehmung Toscca hatte sich in zweiter Instanz den Zuschlag für einen Auftrag erfochten. Dagegen erhoben die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin, die Unternehmung Frutrifer, ein Rechtsmittel. Diesem wurde stattgegeben mit der Begründung, der Entscheid der zweiten Instanz sei ungenügend begründet gewesen. Die zweite Instanz, an welche die Rechtssache zurückgewiesen worden war, erliess ein neues Urteil, mit welchem sie ihr vorheriges Urteil im Ergebnis bestätigte. Vergabestelle und Zuschlagsempfängerin erhoben beim höchsten portugiesischen Verwaltungsgericht erneut ein Rechtsmittel.

Dieses stellt fest, dass Futrifer am 12. Juni 2019 von der Autoridade da Concorrência (Wettbewerbsbehörde, Portugal) mit einer Geldbusse belegt worden war, und zwar wegen Verstosses gegen das Wettbewerbsrecht im Rahmen von 2014 und 2015 durchgeführten Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen der Instandhaltung von Geräten und Gleisen des nationalen Schienennetzes, einer Infrastruktur unter der Verwaltung eines in der Zwischenzeit mit Infraestruturas de Portugal, Vergabestelle im vorliegenden Fall, fusionierten öffentlichen Unternehmens.

Das oberste portugiesische Verwaltungsgericht wies in seinem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH darauf hin, dass der Ausschluss eines Bieters wegen Unzuverlässigkeit aufgrund eines *ausserhalb* eines Vergabeverfahrens begangenen Verstosses gegen das Wettbewerbsrecht nur nach Art. 55 Abs. 1 Buchst. f des portugiesischen Gesetzes über öffentliche Aufträge zulässig sei, d. h. kraft einer ausdrücklichen Ahndung durch die Wettbewerbsbehörde, mit der gegen den Bieter eine Nebensanktion verhängt worden sei, die ihm während eines bestimmten Zeitraums die Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verbiete. Das oberste Verwaltungsgericht hielt

¹² EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023, Infraestruturas de Portugal und Futrifer Industrias Ferroviarias, C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016.

allerdings dafür, dass diese Gesetzesvorschrift im Widerspruch zur Richtlinie 2014/24 und insbesondere zu deren Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 Buchst. d stehe, da sie die Autonomie des öffentlichen Auftraggebers bei der Entscheidung über die Zuverlässigkeit eines jeden Bieters beeinträchtige.

Das gleiche Gericht fragte sich zudem, ob die Entscheidung über die Vergabe eines Auftrags an einen Bieter, der in einem von demselben öffentlichen Auftraggeber durchgeführten früheren Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags wegen Verstosses gegen das Wettbewerbsrecht mit einer Sanktion belegt wurde, als hinreichend begründet angesehen werden kann, wenn dieser öffentliche Auftraggeber keine eigenständige und begründete Beurteilung der Zuverlässigkeit dieses Bieters vorgenommen habe.

Darüber hinaus stellte es die Frage, ob eine nationale Regelung, nach der vom öffentlichen Auftraggeber nicht verlangt wird, dass er im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine eigenständige Beurteilung der Zuverlässigkeit eines wegen eines Verstosses gegen das Wettbewerbsrecht mit einer Sanktion belegten Bieters vornimmt, sowohl in Bezug auf die Prüfung der Schwere des begangenen Verstosses und seiner Auswirkungen auf das fragliche Verfahren als auch in Bezug auf die Prüfung der Angemessenheit der Massnahmen, die von dem betreffenden Bieter ergriffen wurden, um im Rahmen dieses Verfahrens den Folgen des Verstosses abzuwehren (Self-Cleaning-Massnahmen), unionsrechtskonform ist. Zum letztgenannten Punkt wies das vorlegende Gericht darauf hin, dass die Beurteilung solcher Abhilfemassnahmen nach nationalem Recht ausschliesslich der Wettbewerbsbehörde zukomme.

Im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere des Urteils vom 19. Juni 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), müsse aber ein von einem Bieter ausserhalb des Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags begangener Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht Gegenstand einer gebührend begründeten Beurteilung seitens des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen der Prüfung der Zuverlässigkeit dieses Bieters sein.

Der EuGH befand, Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2014/24/EU stehe einer nationalen Regelung entgegen, welche die Möglichkeit, ein Angebot eines Bieters wegen des Vorliegens starker Indizien für ein zur Verfälschung des Wettbewerbs geeignetes Verhalten dieses Bieters auszuschliessen, auf das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags beschränkt, in dessen Rahmen ein solches Verhalten stattgefunden hat.

Der erwähnte Richtlinien-Artikel stehe aber auch einer nationalen Regelung entgegen, die allein der nationalen Wettbewerbsbehörde die Befugnis überträgt, darüber zu entscheiden, ob Wirtschaftsteilnehmer wegen eines Verstosses gegen die Wettbewerbsregeln von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden. Gemäss dem nämlichen Artikel und im Lichte des allgemeinen Grundsatzes der guten Verwaltung müsse die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers begründet werden.

II. Bedeutung für die Schweiz

Nach wie vor sind die EU-Regeln und die Rechtsprechung des EuGH im Bereich des öffentlichen Auftragswesens für die Schweiz nicht verbindlich, bildeten aber schon bisher¹³ eine Inspirationsquelle für die hiesigen Gerichte und werden dies bleiben.

Was den eingangs erwähnten (ernüchternden) Bericht des Europäischen Rechnungshofs betrifft, stellt sich die Frage, wie sich die Verhältnisse in der Schweiz seit der umfassenden Revision des schweizerischen Beschaffungsrechts darstellen. Soweit ersichtlich bestehen noch keine umfassenden Erhebungen. Das mag auch damit zusammenhängen, dass die Neuausrichtung des schweizerischen Vergaberechts auf im Wesentlichen gleiche Zielsetzungen, wie sie der Reform der Beschaffungsrichtlinien der Europäischen Union zugrunde lagen, erst einige Jahre nach Inkrafttreten der neuen europäischen Richtlinien erfolgte und die schweizerischen Beschaffungsstellen deshalb erst am Anfang der Umsetzung der neuen Zielsetzungen des Beschaffungsrechts stehen. Damit ist auch gesagt, dass nicht (mehr) die Gesetzgebung, sondern – mindestens zurzeit – deren praktische Umsetzung die hauptsächliche Herausforderung bildet. Wie eingangs erwähnt, kommt der EU-Rechnungshof u.a. zum Schluss, dass einige Ziele der Reform der europäischen Richtlinien von 2014 „mitunter dem übergeordneten Ziel, den Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten, entgegenstehen können.“ Er lokalisiert also Zielkonflikte, die es auch in der schweizerischen Vergabep Praxis aufzulösen gilt. Bund und Kantone werden gut daran tun, die weitere Diskussion innerhalb der EU über die weitere Entwicklung der EU-Richtlinien und deren praktischen Umsetzung zu verfolgen und daraus Schlussfolgerungen zu ziehen. Der Bericht des EU-Rechnungshofs und dessen Folgen könnten in diesem Sinne Ansporn und Leitfaden dafür sein, darauf hinzuwirken, dass die schweizerische Vergabep Praxis nicht in ein paar Jahren nach dem Motto „Ausser Spesen, nichts gewesen“ zu denselben ernüchternden Resultaten gelangt.

¹³ Vgl. dazu etwa Bürki Christoph, Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch schweizerische Gerichte am Beispiel der Personenfreizügigkeit und des öffentlichen Beschaffungswesens, Masterarbeit vom 30. September 2019, abrufbar unter <https://www.kpm.unibe.ch/unibe/portal/center_generell/a_title_strat_forschung/k_kpm/content/e69705/e232334/e234053/e821599/e952349/Publikation_Masterarbeit_ger.pdf>.

Energie

Fatum Ademi/Brigitta Kratz

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (FATLUM ADEMI)	158
1.	Ausgangslage	158
2.	Grüner Wandel	159
a)	REPowerEU-Plan	159
b)	EU-Green Deal	160
c)	Energiesystem	161
3.	Einzelne Aspekte	164
a)	Energieeffizienz	164
b)	Batterien	165
c)	Gebäudesektor	165
d)	Gas	166
e)	Wasserstoff	167
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (BRIGITTA KRATZ)	170
1.	Energie- und Klimapolitik	172
a)	Energiegesetzgebung	172
b)	Klimagesetzgebung	176
2.	Marktöffnung	176
a)	Strom	176
b)	Gas	178
3.	Versorgungssicherheit	178
a)	Strom	178
b)	Gas	179
c)	Energieinfrastrukturen	180
d)	Kernenergie	181
e)	Energieaussenpolitik	181

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2023

i. Ausgangslage

Im Berichterstattungszeitraum befasste sich die Europäische Kommission insbesondere mit der grundlegenden Frage, wie sie unter Vorgabe der Energiestrategie so rasch wie möglich die europäische Energieunabhängigkeit verwirklichen kann, um damit das Netto-Null-Ziel bis 2050 zu erreichen.¹ Im Wesentlichen wurden die Regelungen vom Vorjahrszeitraum 2022 beibehalten, insbesondere die im Rahmen des Angriffskrieges auf die Ukraine erlassenen kurz- bis langfristigen Massnahmen im Energiebereich. Diese Massnahmen betreffen die Diversifizierung der Energieversorgung, Energieeinsparungen, Energiepreissenkungen für Haushalte und Industrie, die Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien, die gesicherte Versorgung mit Gas sowie den Ausbau der Wasserstoffindustrie. Diese Instrumentarien stellen tragende Säulen des REPowerEU-Plans dar und tragen dazu bei, das Ziel der Klimaneutralität und der Energieunabhängigkeit gegenüber russischen Brennstoffen im Sinne des EU-Green Deal langfristig zu sichern.

Gemäss jüngstem Eurobarometer vom Juni 2023 stehen die EU-BürgerInnen, trotz oder gerade wegen der aktuellen energiepolitischen Lage, weiterhin mit einer deutlichen Mehrheit hinter der europäischen Energiewende. So sind 82% der EuropäerInnen dafür, die Abhängigkeit von russischer Energie schnellstmöglich zu beenden. Mit 85% sind mehr als acht von zehn EU-BürgerInnen zudem der Ansicht, dass die EU massiv in erneuerbare Energien wie Wind- und Solarenergie investieren sollte. 73% befürworten schliesslich auch eine gemeinsame europäische Energiepolitik.²

Die Europäische Kommission kann daher auf viel Rückendeckung in der Bevölkerung setzen, um weiterhin ehrgeizige Projekte – ganz im Sinne des grünen Wandels – zu lancieren. Angesichts der geopolitischen Lage sowie der klimatischen Gegebenheiten scheint dieser *need for speed*, der sich in einer Fülle

¹ Die Europäische Kommission befasste sich im *Bericht der Lage der Energieunion 2023* mit der beiseitigen Energiemenge der letzten zwei Jahre. Sie bewertet darin den aktuellen Stand des grünen Wandels auf nationaler, europäischer und globaler Ebene und erläutert auch die Herausforderungen und Chancen bei der Verfolgung der ehrgeizigen, langfristigen Klima- und Energieziele Europas für 2030 und 2050.

² Neben der Befürwortung der gemeinsamen Energiepolitik bleibt die Zustimmung für die von der EU ergriffenen Massnahmen zur Unterstützung der Ukraine und ihrer Bevölkerung weiterhin hoch. Vgl. dazu Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 10. Juli 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/neues-eurobarometer-weiter-ruckhalt-fur-europaische-energiepolitik-und-unterstutzung-der-ukraine-2023-07-10_de>.

von Legislativvorschlägen, Beschlüssen und abgeänderten Rechtsakten äussert, notwendig. Ein Blick auf den nördlichen Nachbarstaat bezeugt in diesem Zusammenhang, dass diese beschleunigten Investitionen gezielt in hohem Masse zum Wohle der grünen Agenda gefördert und genehmigt werden. So billigte die Europäische Kommission allein für Deutschland staatliche Unterstützungen (Beihilfen) für energieintensive Unternehmen im Umfang von 6,5 Mrd. EUR, für den Ausbau von Ladeinfrastruktur für E-Autos im Umfang von 350 Mio. EUR, Unterstützungen für das LNG-Terminal in Brunsbüttel im Umfang von 40 Mio. EUR, sowie zwei Massnahmen im Umfang von mindestens 550 Mio. EUR, mit denen ThyssenKrupp Steel Europe dabei unterstützt werden soll, seine Stahlproduktionsprozesse zu dekarbonisieren und rascher auf erneuerbaren Wasserstoff umzustellen.³

Die Stossrichtung der EU bleibt auch im Jahr 2023 eindeutig. Unter dem Dach des *EU-Green Deal* und dem *Fit for 55 Package* soll eine echte Energieunion entstehen, die den Strombinnenmarkt vereint und die Energieabhängigkeit gegenüber Russland beendet. Mit diesen Regeln soll der Ausbau der erneuerbaren Energien und die Dekarbonisierung des Energiesektors vorangetrieben werden und zu einer Stärkung der Endverbraucherrechte sowie der Versorgungssicherheit führen, um so schliesslich den ersten, klimaneutralen Kontinent zu schaffen.

2. Grüner Wandel

a) *REPowerEU-Plan*

Die EU verfolgt unter Massgabe des Übereinkommens von Paris und zahlreicher eigener Beschlüsse ehrgeizige klima- und energiepolitische Ziele.⁴ Um das Ziel, die Erderwärmung auf möglichst unter 1,5 Grad Celsius zu halten und bis zum Jahre 2050 zum ersten treibhausgasneutralen Kontinent zu werden, zu erreichen, weist die EU sogenannte Zwischenziele für die Dekaden bis 2050 aus.⁵ Die Europäische Kommission hat in diesem Zuge – und insbesondere durch den russischen Angriffskrieg angestossen – in ihrem bereits am 8. März

³ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 10. August 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/staatliche-beihilfen-kommission-genehmigt-65-milliarden-euro-fur-deutsche-energieintensive-2023-08-10_de>.

⁴ Vgl. hierzu die Webseite des Europäischen Rates und des Rates der Europäischen Union über die EU und das Übereinkommen von Paris, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/climate-change/paris-agreement/>>.

⁵ Vgl. hierzu die Webseite des Umwelt Bundesamts Deutschlands über die Europäischen Energie- und Klimaziele vom 12. April 2023, abrufbar unter: <<https://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/europaeische-energie-klimaziele#zielvereinbarungen>>.

2022 vorgestellten REPowerEU-Plan das für 2030 angestrebte Ziel für die Nutzung erneuerbarer Energien auf 45% erhöht sowie die deutliche Unabhängigkeit vor dem Jahr 2030 von fossilen Brennstoffen aus Russland, zunächst von Gas, verankert.⁶ Am 9. März 2023 zog die EU-Energiekommissarin Kadri Simson zu einem Jahr Umsetzung REPowerEU-Plan Bilanz und hielt in der dazu veröffentlichten Pressemitteilung fest, dass in dieser Periode ein spektakulärer Wandel im europäischen Energiesystem stattgefunden habe. Die EU habe es in diesem Jahr geschafft, den Bezug von russischem Gas um zwei Drittel zu reduzieren. Mittlerweile sei Norwegen der wichtigste Gaslieferant der EU geworden und habe Russland verdrängt. Weiterhin wurde auf die Fortschritte in der Diversifizierung der europäischen Gasversorgung sowie auf den andauernden Ausbau der erneuerbaren Energien im Rahmen des grünen Wandels verwiesen.⁷ Nennenswerte rechtliche Anpassungen erfuhr der REPowerEU-Plan allerdings nicht.

b) *EU-Green Deal*

Noch am 19. Dezember 2022 konnte das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union eine Einigung darüber erzielen, das EU-Emissionshandelssystem (ETS) auszuweiten und einen Klimasozialfonds für einen fairen und sozialverträglichen Übergang einzurichten. Die Revision der einschlägigen Richtlinie 2003/87/EU soll gewährleisten, dass die Emissionen aus den EU-ETS-Sektoren bis 2030 um 62% gegenüber dem Stand von 2005 zurückgehen und damit im Vergleich zu den 43%, die in den bisher geltenden Rechtsvorschriften vorgesehen waren, um 19% höher liegen. Das Tempo der jährlichen Emissionsreduktionen soll demnach ebenfalls anziehen, und zwar von 2,2% pro Jahr nach dem derzeitigen System auf 4,3% von 2024 bis 2027 und 4,4% ab 2028. Die Zuteilung kostenloser Emissionszertifikate an bestimmte Unternehmen wird nach und nach abgeschafft und das CO₂-Grenzausgleichssystem für die betreffenden Sektoren von 2026 bis 2034 schrittweise eingeführt.⁸

⁶ Am 29. März 2023 erzielten die Verhandlungsführer des Rates der Europäischen Union und des Europäischen Parlaments eine vorläufige politische Einigung über die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien auf immerhin 42,5% bis 2030, wobei eine zusätzliche indikative Aufstockung um 2,5% vorgesehen war, die es ermöglichen würde, den Wert von 45% zu erreichen. Vgl. dazu Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union vom 30. März 2023, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/03/30/council-and-parliament-reach-provisional-deal-on-renewable-energy-directive/>>.

⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 9. März 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/kadri-simson-zu-einem-jahr-re-power-eu-spektakularer-wandel-im-europaischen-energiesystem-2023-03-09_de>.

⁸ Richtlinie (EG) 2003/87 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemein-

Die Europäische Kommission hat am 14. Februar 2023 neue CO₂-Emissionsziele für schwere Nutzfahrzeuge vorgeschlagen, die ab 2030 gelten sollen. Sie sollen die CO₂-Emissionen aus dem Verkehrssektor verringern. Auf Lastkraftwagen, Stadtbusse und Reisebusse entfallen rund 6% der gesamten Treibhausgasemissionen in der EU und über 25% der Treibhausgasemissionen aus dem Strassenverkehr allein. Bis 2040 sollen neue Lastkraftwagen 90% weniger Emissionen, verglichen mit dem Jahr 2019, ausstossen. Bereits 2030 sollen alle neuen Stadtbusse emissionsfrei sein.⁹

Am 25. April 2023 stimmte der Europäische Rat einer Reihe von Klimaregelungen im Rahmen des EU-Green Deal zu. Die MinisterInnen gaben endgültig grünes Licht für die Reform des EU-ETS, für die Einrichtung eines Klimasozialfonds im Umfang von über 80 Mrd. EUR, für ein neues CO₂-Grenzausgleichssystem, für ein separates Emissionshandelssystem für Verkehr und Gebäude sowie für neue Regeln für den Emissionshandel in der Luft- und Schifffahrt. Das Europäische Parlament hatte bereits eine Woche zuvor zugestimmt, womit die die neuen Rechtsvorschriften nun in Kraft treten können. Entsprechend der Einigung sollen die gesamten Einnahmen der EU-Mitgliedstaaten aus dem Emissionshandel in klima- und energiebezogene Projekte sowie in die soziale Abfederung des grünen Wandels fließen. Damit ergänzen sie die Klimaausgaben im EU-Haushalt. Der neue Klimasozialfonds soll schutzbedürftige BürgerInnen und Kleinstunternehmen bei Investitionen in Energieeffizienzmassnahmen unterstützen. Er wird 2026 starten und mit 65 Mrd. EUR aus dem EU-Haushalt sowie mit 25% der Kostenbeteiligung durch die Mitgliedstaaten getragen werden.¹⁰

c) *Energiesystem*

Am 14. März 2023 legte die Europäische Kommission als Reaktion auf die massiv gestiegenen Energiepreise einen Vorschlag über ein neues europäisches Strommarktdesign vor.¹¹ Die Europäische Kommission zielte mit ihren Vor-

schaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 275/32 vom 25. Dezember 2023, S. 32.

⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14. Februar 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/kommissions-vorschlag-neue-co2-standards-fur-lkw-emissionsfreie-stadtbusse-ab-2030-2023-02-14_de>.

¹⁰ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 25. April 2023, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/04/25/fit-for-55-council-adopts-key-pieces-of-legislation-delivering-on-2030-climate-targets/>>.

¹¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14. März 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/reform-des-eu-strommarktes-kommission-will-ausbau-erneuerbarer-energien-vorantreiben-und-verbraucher-2023-03-14_de>.

schlägen zur Reform des EU-Strommarktes darauf ab, den Ausbau der erneuerbaren Energien zu beschleunigen und die Abhängigkeit von Gas zu reduzieren. Europäische BürgerInnen, sollen unter anderem über das Angebot langfristiger Preisbindungen, vor Preisschwankungen für fossile Brennstoffe, Preisspitzen und Marktmanipulation geschützt werden. Zudem sollen sie mehr Auswahl bei dem Abschluss von Verträgen und klarere Informationen erhalten. Es folgten monatelange Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten, wobei zunächst eine Pattsituation befürchtet wurde. Insbesondere Frankreich und Deutschland hatten angesichts gegenläufiger Interessen im Zusammenhang mit der Förderung von Kernenergie bis zuletzt um einen Kompromiss gerungen. Frankreich wollte und möchte seine Atomenergie weiterhin nutzen, um die französischen VerbraucherInnen mit besonders günstigem Industriestrom zu versorgen, während Deutschland hierdurch Wettbewerbsverzerrungen befürchtete. Am 17. Oktober 2023 hat sich der Rat der Europäischen Union im Anschluss an die fachliche Beratung in der Gruppe Energie schliesslich auf eine gemeinsame Position für eine Reform des europäischen Strommarktes geeinigt.¹² Im Zuge der vorgeschlagenen Reform sollen EU-Rechtsvorschriften wie die Elektrizitätsverordnung, die Elektrizitätsrichtlinie und die REMIT-Verordnung überarbeitet werden. Geplant sind ferner Anreize für längerfristige Verträge bei nichtfossiler Energieerzeugung sowie Massnahmen, die saubere, flexible Lösungen wie Laststeuerung und Speicherung in das System bringen, um mit Gas konkurrieren zu können.¹³ Damit soll der Anteil fossiler Brennstoffe auf den Stromrechnungen sinken, während die niedrigeren Kosten der erneuerbaren Energien spürbar werden. In der Folge führt der konsequente Einsatz erneuerbarer Energieträger zu niedrigeren Strompreisen und -rechnungen sowie zu einer nachhaltigen und unabhängigen Energieversorgung innerhalb der EU, die im Sinne des *EU-Green Deal* und des *REPowerEU*-Plans sind. Mit der Reform des Strommarktes als Teil des grünen Industriepplans erhält die Industrie dadurch auch Zugriff auf eine erneuerbare, nichtfossile und erschwingliche Energieversorgung, was im Umkehrschluss zentral für die Klimaneutralität, den ökologischen Wandel und des Umbaus des Energiesystems ist.

¹² Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 17. Oktober 2023, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/10/17/reform-of-electricity-market-design-council-reaches-agreement/>.

¹³ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14. März 2023, IP/23/1591.

Am 16. März 2023 teilte die Europäische Kommission mit, dass sie mit dem *Net Zero Industry Act* bessere Bedingungen und mehr Investitionen für saubere Technologien in Europa schaffen möchte.¹⁴ Ziel dieser Verordnung ist es, dass die Produktionskapazität für die strategisch wichtigsten Netto-Null-Technologien, die in Anhang I der Verordnung genannt sind, bis 2030 mindestens 40% des Bedarfs der EU erreicht. Die Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen betonte, dass ein regulatorisches Umfeld, das einen schnellen Übergang zu sauberer Energie ermögliche, dafür notwendig sei. Der *Net Zero Industry Act* soll dabei beste Voraussetzungen für die Sektoren schaffen, die für das Erreichen des Netto-Null-Ziels bis 2050 entscheidend sind, wie etwa Windturbinen, Wärmepumpen, Sonnenkollektoren, erneuerbarer Wasserstoff und CO₂-Speicherung. Zusammen mit der Initiative zu kritischen Rohstoffen und der Reform des Strommarktdesigns sollen die Vorschläge zur Netto-Null-Industrie einen klaren Rahmen schaffen, um die Abhängigkeit der EU von Importen zu verringern.¹⁵

Am 3. August 2023 einigten sich Estland, Lettland und Litauen darauf, die Integration ihrer Stromnetze mit Kontinentaleuropa und ihre Abkopplung von Russland und Belarus zu beschleunigen. Die unterzeichnete gemeinsame Erklärung der drei baltischen Staaten durch die Premierministerinnen von Litauen und Estland und dem lettischen Ministerpräsidenten zieht die Frist für die Synchronisierung von Ende 2025 auf Februar 2025 vor. Diese gemeinsame Erklärung erfolgte im Anschluss an die eine Woche zuvor getroffene Vereinbarung zwischen den jeweiligen Übertragungsnetzbetreibern über die Schritte zum Abschluss der Synchronisierung im Februar 2025. Bei den relevanten Netzverstärkungen handelt es sich um ein Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse der EU im Rahmen der überarbeiteten Verordnung über die transeuropäischen Energienetze (TEN-E-Verordnung) und wird aus der Fazilität *Connecting Europe* für Energie in Rekordhöhe über 1,2 Mrd. EUR finanziell unterstützt. Gemäss der Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen diene diese Einigung der Stärke und Widerstandsfähigkeit es EU-Stromnetzes und der Energieunabhängigkeit. Die Synchronisation mit dem kontinentaleuropäischen Stromnetz stellt eine Grundvoraussetzung für die Etablierung der Energieunion dar.¹⁶

¹⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 16. März 2023, abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/net-zero-industry-act-kommission-will-bessere-bedingungen-und-mehr-investitionen-fur-saubere-2023-03-16_de.

¹⁵ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 14. März 2023, IP/23/1591.

¹⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 3. August 2023, abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/historischer-schritt-zur-integration-der-drei-baltischen-staaten-das-eu-stromnetz-2023-08-03_de.

3. Einzelne Aspekte

a) *Energieeffizienz*

Am 17. April 2023 hat die Europäische Kommission neue Vorschriften für Elektrogeräte wie Waschmaschinen, Fernseher und tragbare Videospielkonsolen angenommen, um deren Energieverbrauch im *Standby*-Modus zu reduzieren, womit die sogenannte Ökodesign-Verordnung aus dem Jahre 2008 aktualisiert wurde.¹⁷ Durch die neuen Vorgaben rechnet die Europäische Kommission damit, den Stromverbrauch bis 2030 jährlich um 4 TWh zu reduzieren, was einer CO₂-Einsparung von 1,36 Mio. Tonnen pro Jahr entspricht. Zusätzlich sollen VerbraucherInnen auch von niedrigeren Stromrechnungen profitieren. So sollen sie bis 2030 insgesamt 530 Mio. EUR pro Jahr sparen können.

Am 20. September 2023 wurde die neue Energieeffizienz-Richtlinie (EED) im Amtsblatt veröffentlicht. Das jährliche Endenergieeinsparziel soll gemäss überarbeiteter Richtlinie von 2024 bis 2030 schrittweise angehoben werden. Die Mitgliedstaaten werden in diesem Zeitraum neue jährliche Einsparungen in Höhe von durchschnittlich 1,49% des Endenergieverbrauchs gewährleisten, die bis zum 31. Dezember 2030 schrittweise auf 1,9% steigen sollen. Aus den neuen Vorschriften ergibt sich eine spezifische Verpflichtung des öffentlichen Sektors, den jährlichen Energieverbrauch um 1,9% zu senken, wobei der öffentliche Verkehr und das Militär ausgenommen werden können. Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, jedes Jahr mindestens 3% der Gesamtfläche aller Gebäude, die sich im Eigentum öffentlicher Einrichtungen befinden, zu renovieren. Die Mitgliedstaaten können in die Berechnung zur Verwirklichung des Ziels Energieeinsparungen einbeziehen, die sich aus strategischen Massnahmen im Rahmen der derzeitigen und der überarbeiteten Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, aus Massnahmen im Rahmen des ETS der EU (für Anlagen, Gebäude und Verkehr) sowie aus Notmassnahmen im Energiebereich, ergeben.¹⁸

¹⁷ Vgl. Verordnung (EU) 2023/826 der Kommission vom 17. April 2023 zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an den Energieverbrauch elektrischer und elektronischer Haushalts- und Bürogeräte im Aus-Zustand, im Bereitschaftszustand und im vernetzten Bereitschaftsbetrieb gemäss der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 1275/2008 und (EG) Nr. 107/2009 der Kommission (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 103/29 vom 18. April 2023.

¹⁸ Richtlinie (EU) 2023/1791 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September 2023 zur Energieeffizienz und zur Änderung der Verordnung (EU) 2023/955 (Neufassung), (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 231 /1 vom 25. September 2023.

b) Batterien

Die neue EU-Batterieverordnung wurde am 28. Juli 2023 veröffentlicht und trat im August 2023 in Kraft. Sie gilt nach einer Übergangsfrist von sechs Monaten ab dem 18. Februar 2024 unmittelbar in jedem Rechtsstaat der EU, mit einigen Ausnahmen. Die Batterieverordnung, die eine Nachfolgeregelung zur Batterie-Richtlinie (RL 2006/66/EG) darstellt, arbeitet inhaltlich die Vorgaben des *EU-Green Deal* ein. Im Zentrum der Verordnung steht die Stärkung des Binnenmarktes, das Ankurbeln der Kreislaufwirtschaft und das mögliche Entgegenwirken der ökologischen sowie sozialen Auswirkungen von Batterien. Grundsätzlich legt die Verordnung die Anforderungen an die Nachhaltigkeit, Sicherheit, Kennzeichnung und Information hinsichtlich des Inverkehrbringens und der Inbetriebnahme von Batterien in der EU fest. Ferner beinhaltet sie Regelungen zu Mindestvorschriften für die erweiterte Herstellerverantwortung, Sammlung und die Behandlung von Altbatterien sowie zu der Berichterstattung. Einer der Kernpunkte der Batterieverordnung betrifft die Änderung der Definition der Batteriekategorien, wodurch sich eine Neuordnung ergibt. So haben die Gerätebatterien eine neue Unterkategorie *Allzweck-Gerätebatterien* erhalten. Zu den Kategorien *Industriebatterien* und *Starterbatterien* kamen neu *Traktionsbatterien*, welche für Elektrofahrzeuge genutzt werden, sowie *Batterien für leichte Verkehrsmittel*, hinzu. Daneben wurde eine Pflicht zu Angaben des CO₂-Fussabdrucks für Traktionsbatterien, Batterien für leichte Verkehrsmittel und aufladbare Industriebatterien mit einer Kapazität ab zwei kWh eingeführt. Diese müssen eine Erklärung, Kennzeichnungen und QR-Codes aufweisen, welche Informationen zu Kapazität, Leistung, Haltbarkeit, chemischer Zusammensetzung und Pflicht zur korrekten Entsorgung enthalten. Schliesslich werden in Kapitel VI neue Konformitätspflichten der Wirtschaftsakteure geregelt, woraus sich viele neue Pflichten für Hersteller (Erzeuger), Importeure (Einführer) und Händler von Batterien ergeben.¹⁹

c) Gebäudesektor

Das Europäische Parlament hatte, vor den Verhandlungen mit den Mitgliedstaaten über die Neufassung der EU-Gebäuderichtlinie und verpflichtende Sanierungen, eine ehrgeizige Position eingenommen und diese am 14. März 2023 in erster Lesung beschlossen. Nach den beschlossenen Änderungswünschen des Europäischen Parlaments sollen Neubauten ab 2028 emissionsfrei

¹⁹ Verordnung (EU) 2023/1542 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2023 über Batterien und Altbatterien, zur Änderung der Richtlinie 2008/98/EG und der Verordnung (EU) 2019/1020 und zur Aufhebung der Richtlinie 2006/66/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 191/1 vom 28. Juli 2023.

sein. Diese Ziele sollen ab 2026 für Neubauten gelten, die von Behörden genutzt, betriebenen oder besitzt werden. Ausserdem sollen alle Neubauten bis 2028 mit Solaranlagen ausgestattet werden, sofern dies technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist. Bei Wohngebäuden, bei denen grössere Renovierungen nötig sind, ist eine Frist bis 2032 vorgesehen. Zur Ergänzung der EU-Gebäuderechtsvorschriften und als Richtschnur für die Bemühungen der Mitgliedstaaten wurde ausserdem ein neuer nationaler Richtwert von 49% erneuerbarer Energien im Gebäudesektor bis zum Jahr 2030 festgelegt. Die überarbeitete Richtlinie sieht ebenfalls einen schrittweisen Ausbau der erneuerbaren Energien im Wärme- und Kältebereich vor, wobei bis 2025 bzw. 2026 auf nationaler Ebene ein verbindlicher Anstieg von 0,8% pro Jahr und von 2026 bis 2030 von 1% vorgesehen ist.²⁰

d) Gas

Vor dem Hintergrund eines kritischen globalen Gasmarktes ist es für die EU weiterhin von äusserster Priorität, sich frühzeitig auf die Wintermonate vorzubereiten. So bilden die Nachfraggündelung und die gemeinsame Beschaffung der EU-Grundsäulen der sogenannten EU-Energieplattform, welche Mitgliedstaaten und Unternehmen internationale Kontakte zu externen Energielieferanten bieten soll und zudem für die Koordinierung der effizienten Nutzung der EU-Gasinfrastruktur zuständig ist. Gemäss Kommissionsvizepräsident Maroš Šefčovič habe die gemeinsame Reaktion auf die Krisensituation in der Ukraine den Mehrwert Europas verdeutlicht: die Kräfte seien gebündelt worden und die Lösungen für einen Gasmarkt gefunden worden, der nun im Sinne der Haushalte und der Industrie besser funktioniere.²¹

Am 20. März 2023 schlug die Europäische Kommission deshalb vor, die EU-Notstandsgesetzgebung zur koordinierten Senkung der Gasnachfrage über den 31. März 2023 hinaus, um ein Jahr zu verlängern. Beim gemeinsamen Gaseinkauf geht es darum, die Gasspeicher in koordinierter Weise zeitnah zu befüllen und dabei die kollektive Marktmacht zu nutzen, um mit internationalen Lieferanten bessere Preise auszuhandeln. Eine niedrigere und besser gesteu-

²⁰ Vgl. hierzu Europäisches Parlament, Protokoll zur Sitzung vom 13. März 2023 in Strasbourg, abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2023-03-13_DE.html>.

²¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 21. August 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/winter-vorbereitung-eu-erreicht-vorzeitig-das-gas-speicherziel-von-90-prozent-2023-08-21_de>.

erte Nachfrage kann dazu beitragen, die Preisvolatilität zu verringern.²² Mit den Gas-Sparmassnahmen soll den EU-Zielen der Erreichung der Auffüllung der Gasspeicher und der Erhaltung der Versorgungsstabilität gedient werden.

Am 10. Mai 2023 hat die Europäische Kommission den Startschuss für ein neues Verfahren gegeben, um in Vorbereitung auf den nächsten Winter den gemeinsamen Einkauf von Gas auf EU-Ebene vorzubereiten. Über den sogenannten *AggregateEU*-Mechanismus können europäische Unternehmen seither ihren Gasbedarf anmelden. Am 26. Juni 2023 startete die Europäische Kommission die zweite Runde für den gemeinsamen Gaseinkauf über die EU-Energieplattform.²³ Am 21. September folgte sodann die dritte Runde der Anmeldung für Europäische Unternehmen und deren Gasbedarf ab Dezember 2023.²⁴

e) *Wasserstoff*

Wasserstoff als Energieträger wird auch als Schlüssel auf dem Weg zur vollständigen Dekarbonisierung der Wirtschaft sowie als Mittel zur Verringerung der Energieabhängigkeit von Russland betrachtet und gilt somit als tragende Säule des REPowerEU-Plans. Bereits im Rahmen des Pakets *Fit for 55* hatte die Europäische Kommission mehrere Anreize für die Nutzung von Wasserstoff eingeführt, worunter sich verbindliche Ziele für die Industrie und den Verkehrssektor finden. Am 13. Februar 2023 legte die Europäische Kommission dazu eine erste Definition von erneuerbarem Wasserstoff vor. Die Vorschriften dazu hat die Europäische Kommission in zwei Rechtsakten aufgeteilt, um den aufstrebenden Wasserstoffmarkt in Europa zu etablieren. Der erste delegierte Rechtsakt legt fest, unter welchen Bedingungen Wasserstoff, wasserstoffbasierte Kraftstoffe oder andere Energieträger als erneuerbare Brenn- und Kraftstoffe nicht biogenen Ursprungs gelten (*renewable fuels of non-biological origin*, RFNBOs). Mit diesem Rechtsakt wird der in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU dargelegte Grundsatz der „Zusätzlichkeit“ für Wasserstoff präzisiert. Elektrolyseure (Wasserstofftechnologien, die Wasser in seine Bestandteile aufspalten) zur Erzeugung von Wasserstoff müssen demnach an

²² Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 20. März 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/gaseinsparungen-eu-kommission-baut-fur-den-winter-vor-2023-03-20_de>.

²³ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 9. Juni 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/eu-energieplattform-kommission-startet-zweite-runde-fur-gemeinsamen-gaseinkauf-2023-06-26_de>.

²⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 21. September 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/gemeinsamer-gaseinkauf-europaische-unternehmen-konnen-bedarf-fur-dritte-runde-anmelden-2023-09-21_de>.

neue Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen angeschlossen werden. Mit diesem Grundsatz soll sichergestellt werden, dass die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff Anreize dafür schafft, die Menge der im Netz verfügbaren erneuerbaren Energie im Vergleich zur derzeitigen Menge zu erhöhen.²⁵ Der zweite delegierte Rechtsakt enthält die Berechnungsmethode der Lebenszyklustreibhausgasemissionen der RFNBOs. Die Methode berücksichtigt die Treibhausgasemissionen während des gesamten Lebenszyklus der Brenn- bzw. Kraftstoffe, einschliesslich vorgelagerter Emissionen, Emissionen im Zusammenhang mit der Entnahme von Strom aus dem Netz sowie Emissionen im Zusammenhang mit der Verarbeitung und mit der Beförderung dieser Brenn- bzw. Kraftstoffe zum Endverbraucher.²⁶

Der REPowerEU-Plan sieht vor, bis 2030 innerhalb der EU 10 Mio. Tonnen erneuerbaren Wasserstoffs zu erzeugen und weitere 10 Mio. Tonnen zu importieren. In diesem Zuge hat die Europäische Kommission mit Unterstützung von *Team Europe* am 15. Juni 2023 einen Fonds für erneuerbaren Wasserstoff mit Chile aufgelegt. Dieser Fonds soll zunächst mit 225 Mio. EUR ausgestattet sein und zur Diversifizierung der Energielieferanten der EU beitragen, die strategische Partnerschaft stärken und Nachhaltigkeit in der gesamten Wertschöpfkette garantieren.²⁷

Eine weitere strategische Rohstoffpartnerschaft startete die Europäische Kommission beim Afrika-Klimagipfel in Nairobi vom 5. September 2023. Sie betonte, dass die EU im Rahmen der sogenannten *Initiative Global Gateway* Zuschüsse bereitstellen würde, um öffentliche und private Investitionen in die kenianische grüne Wasserstoffindustrie zu fördern und in Sachen Energiewende enger zusammenzuarbeiten.²⁸ Die Europäische Kommission betonte dabei, dass es dabei nicht nur um den Nutzen für die EU gehe, sondern um die strategische Zusammenarbeit, die dem gesamten, weltweiten Klima zugutekäme.

²⁵ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 13. Februar 2023, abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/eu-kommission-legt-definition-von-erneuerbarem-wasserstoff-vor-2023-02-13_de.

²⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 13. Februar 2023, IP/23/594.

²⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 15. Juni 2023, abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/von-der-leyen-chile-strategische-rohstoff-partnerschaft-fonds-fur-grunen-wasserstoff-2023-06-15_de.

²⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 5. September 2023, abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/afrika-klimagipfel-strategie-fur-grunen-wasserstoff-aus-kenia-gestartet-2023-09-05_de.

Bereits Anfang des Jahres 2023 wurde die Gründung der Europäischen Wasserstoffbank von der Europäischen Kommission angekündigt. Ziel dieser neuen Bank ist es, Investitionen in die erneuerbare Wasserstoffherzeugung zu unterstützen und einen Beitrag zu den Europäischen Wasserstoffkapazitäten für Importe und Exporte zu leisten. Die erste Pilotauktion startete am 23. November 2023. Im Rahmen der ersten Auktion sollen bis zu 800 Mio. EUR an Hersteller von grünem Wasserstoff im Europäischen Wirtschaftsraum vergeben werden. Die Förderung selbst erfolgt in Form einer festen Prämie in EUR pro Kilogramm des über einen Zeitraum von zehn Betriebsjahren erzeugten erneuerbaren Wasserstoffs. Bieter können sich demnach bis zum 8. Februar 2024 mit ihren Projekten bewerben. Die Europäische Kommission plant währenddessen für das Frühjahr 2024 bereits die zweite Auktionsrunde. Ziel ist es, die Lücke zwischen den Produktionskosten und der Zahlungsbereitschaft der Nachfrage zu schließen. Mit diesem Auktionsmechanismus soll die Palette der Unterstützungsmechanismen erweitert werden, die der Europäische Innovationsfonds derzeit in Form von Zuschüssen, Projektentwicklungshilfe und anderen gemischten Finanzierungsinstrumenten für die Dekarbonisierung der Wirtschaft bereitstellt.²⁹

²⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 23. August 2023, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/erste-auktion-der-europaischen-wasserstoffbank-800-mio-euro-fur-produktion-von-erneuerbarem-2023-11-23_de>.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

Die Stossrichtung der Energiepolitik in der EU und in der Schweiz ist mit gewissen Differenzierungen grundsätzlich dieselbe: Umbau des Energiesystems mit den Ziel Netto Null. Seit 2022 noch verstärkt in den Fokus gerückt sind die Energieversorgungssicherheit sowie die Strom- und Gaspreise.

Wie in der EU soll angesichts der sich seit 2021/22 immer klarer abzeichnenden Energieknappheit mit entsprechenden Preissignalen auch in der Schweiz einerseits der Zubau der erneuerbaren Energieproduktion forciert und sollen andererseits die 2022 kurzfristig getroffenen Massnahmen zur Absicherung der Versorgungssicherheit einstweilen verlängert werden. Die allgemeine Stossrichtung der Energie- und Klimapolitik und der damit einhergehenden Rechtsentwicklung bleibt somit grundsätzlich dieselbe, wenn auch mit zu beschleunigendem Tempo. Die Situation der Schweiz akzentuiert sich sodann dadurch, dass sie für ihre Energieversorgungssicherheit Strom und Gas als Nichtmitgliedstaat von Importen aus ihren Nachbarländern bzw. von der EU abhängig ist.

Was die ergriffenen Massnahmen betrifft,³⁰ gibt es allerdings signifikante Unterschiede: So hat die Schweiz im Gegensatz zur EU etwa auf Energiepreissenkungen für Haushalte und Industrie verzichtet. Auch in Bezug auf Wasserstoff, der in der EU als Schlüssel zur vollständigen Dekarbonisierung der Wirtschaft sowie als Mittel zur Verringerung der Energieabhängigkeit von Russland betrachtet wird, schlägt die Schweiz einen deutlich zurückhaltenderen Weg ein.

Ein grosses Massnahmenpaket betreffend die Bereiche Energiegesetzgebung und Strommarktgesetzgebung des Bundes wurde mit der klaren Annahme des sog. Mantelerlasses über die sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien durch das Parlament in der Schlussabstimmung vom 29. September 2023 verabschiedet. Es handelt sich allerdings weniger um einen grossen konzeptionellen Wurf als vielmehr um das Resultat einer politischen Kompromissfindung.

Entgegen der Absicht des Bundesrates, der sich noch für eine volle Strommarktöffnung ausgesprochen hatte, wird es bis auf weiteres bei einer Teilmarktöffnung mit Grundversorgungstarifen – wenn auch je nachdem mit gewissen Anpassungen³¹ – bleiben. Die Räte schätzten die innenpolitische

³⁰ Vgl. dazu vorn [Teil I](#).

³¹ Vgl. dazu hinten, [Ziff. 2a](#)).

Akzeptanz einer vollständigen Marktliberalisierung nach den Höchstpreisen 2022 als gering ein und wollten das Risiko eines Referendums gegen die Vorlage möglichst klein halten.

Es ist nun anders gekommen: Zum einen kommt es am 9. Juni 2024 zur Referendumsabstimmung über den Mantelerlass und es droht bereits weiteres Ungemach in Form von Initiativen und Vorstössen.

Zum andern kam 2023 wieder mehr Dynamik in das Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU: Nach Sondierungsgesprächen seit 2022 verabschiedete der Bundesrat im Juni 2023 zunächst die Eckwerte und Ende 2023 dann das Verhandlungsmandat für neue bilaterale Verhandlungen mit der EU auf der Basis eines breiten Paketansatzes, welcher namentlich auch den Abschluss eines Strom- bzw. Energieabkommens mitumfasst. Diese Verhandlungen sollen möglichst noch mit der EU-Kommission in ihrer bestehenden Zusammensetzung bis Mitte 2024 geführt oder zumindest begonnen werden. Eine *conditio sine qua non* seitens der EU für ein Stromabkommen ist nach wie vor die volle Marktöffnung. Allerdings dürften die Positionen in Bezug auf die Tarifregulierung – Wahlmodell abgesicherte Stromversorgung auf Schweizer und Absicherung der EU-Bürgerinnen und -Bürger vor Preisschwankungen, -spitzen und Marktmanipulationen auf EU-Seite³² – nicht mehr so weit auseinander liegen wie auch schon.

Es bleibt also spannend.

Was den Mantelerlass betrifft, hat der Bund die Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsstufe im Februar 2024 vorgelegt und in die Vernehmlassung geben. Damit soll gegebenenfalls ein Inkrafttreten des Mantelerlasses mitsamt revidierte Verordnungsbestimmungen per 1. Januar 2025 gewährleistet sein.

Parallel zum Mantelerlass legiferiert der Bund mit thematischen Paketen – Solarexpress, Windexpress, Beschleunigungsvorlage, Netzexpress –, wenn es darum geht, den Zubau der Produktion aus erneuerbaren Energien rascher als bisher voranzutreiben. Und schliesslich erhält vor dem Hintergrund der drohenden Stromversorgungslücke auch in der Schweiz die Diversifizierung namentlich mittels fossiler Reservekraftwerke sowie auch Technologiediskussion ganz allgemein wieder neuen Schwung, und zwar in Form einer weiteren Volksinitiative „Blackout stoppen“, mit dem Ziel einer erneuten Öffnung der Option Kernkraft für die Zukunft.

³² Vgl. dazu vorn [1.2c](#).

I. Energie- und Klimapolitik

a) *Energiengesetzgebung*

Der Mantelerlass als zentrale energiepolitische Vorlage des Bundes, welche vom Bundesrat mit Botschaft vom 18. Juni 2021³³ ans Parlament übergeben und von letzterem am 29. September 2023 verabschiedet wurde, deckt die Themenbereiche Stärkung der Stromversorgungssicherheit insbesondere im Winter, beschleunigter und verstärkter Ausbau der Erneuerbaren Energien im Rahmen der Ausrichtung des Stromsystems auf das Netto-Null-Klimaziel, Stärkung der Energieeffizienz sowie Systemintegration der dezentralen Energiequellen und Stärkung der Innovation ab.

Der Mantelerlass enthält, was den angestrebten *Zubau der erneuerbaren Stromproduktion* betrifft, namentlich die folgenden wichtigen Neuerungen:

- Verbindliche Ziele für Produktionszubau sowie für Verbrauch
- Richtwert für Import im Winterhalbjahr (max. 5 TWh)
- Verankerung der Energiereserve für kritische Stromversorgungssituationen
- Zubau Stromproduktion im Winter bis 2040 um mind. 6 TWh, davon mind. 2 TWh sicher abrufbar; zu erreichen mit Speicherwasserkraftwerken (Liste mit 15 Projekten vom runden Tisch Wasserkraft plus KW Chlus im Anhang 2 zum Erlass) und Solar- und Windkraftanlagen von nationalem Interesse, je mit Erleichterungen (kein Bedarfsnachweis, standortgebunden, grundsätzlicher Vorrang gegenüber anderen Interessen)
- Festlegung von Eignungsgebieten für Wind- und Wasserkraft sowie neu für Solaranlagen von nationalem Interesse in kantonaler Richtplanung
- Vereinfachte Bewilligungsfähigkeit für Anlagen ausserhalb der Bauzone im Raumplanungsgesetz und Waldgesetz
- Ausweitung des (bereits mit der vorgezogenen Teilrevision vom 1. Oktober 2021 verlängerten) Förderinstrumentariums mit Projektierungsbeiträgen und gleitender Marktprämie
- Solarpflicht bei Gebäuden

Was die Stossrichtung *Systemintegration* der erneuerbaren Produktion angeht, enthält der Mantelerlass die folgenden neuen Regelungen:

³³ Bundesrat, Botschaft vom 18. Juni 2021 zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, BBl 2021 1666.

- Detailliertere Regelung der Abnahme- und Vergütungspflicht für eingesperte dezentrale Produktion aus Erneuerbaren
- In der Grundversorgung wird ein Mindestanteil an Eigenproduktion erneuerbarer Energien aus Anlagen im Inland vorgesehen; dementsprechend muss das Standardstromprodukt auf der Nutzung von inländischen erneuerbaren Energien basieren
- Die Netzverstärkungskosten werden weitergehend als bisher solidarisiert und umfassen neu auch die Verstärkung von Erschliessungsleitungen aufgrund neuer EE-Anlagen
- Die Netznutzungsentgelte müssen neu auch Anreize für einen stabilen und sicheren Netzbetrieb setzen. Dies erlaubt dynamische Netztarife und gibt auch in Bezug auf Leistungspreise und Grundpreise etwas mehr Raum als bisher.
- Speicher und Umwandlungsanlagen werden vom Netzentgelt befreit
- Die Flexibilitätsnutzung wird gesetzlich geregelt; es sollen Flexibilitätsmärkte entstehen
- Neu sind virtuelle ZEV und lokale Elektrizitätsgemeinschaften zulässig
- Ebenso sollen die neuen Regelungen zum Messwesen die Systemintegration begünstigen; neu sieht das StromVG auch den Datenaustausch sowie eine zentrale Datenplattform vor

Sodann soll mit dem Mantelerlass auch die *Energieeffizienz* mit einem zusätzlichen Ziel betreffend die Reduktion des Winterstromverbrauchs um 2 TWh bis 2035, einer Erweiterung der wettbewerblichen Ausschreibungen sowie der Einführung eines Effizienzdienstleistungsmarktes weiter verbessert werden.

Die für die Umsetzung des Mantelerlasses erforderlichen *Verordnungen* wurden im Februar 2024 in die Vernehmlassung gegeben.

Weitere Revisionsvorhaben im Bereich der Energiegesetzgebung 2023 umfassen insbesondere:

- Den Erlass der Ordnungsbestimmungen zu dem im Oktober 2022 vom Parlament lancierten *Solarexpress* im März 2023³⁴;
- Den im Juni 2023 vom Bundesrat mit einem weiteren neuen Artikel in den Übergangsbestimmungen des EnG lancierte *Windexpress*³⁵;

³⁴ Vgl. dazu die Medienmitteilung des BFE vom 17. März 2023, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-93760.html>.

³⁵ Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Energiegesetzes vom 23. Juni 2023, abrufbar unter: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/1602/de>. Der Bundesrat hat dazu am 15. Dezember 2023 noch eine Verordnungsanpassung per 1. Februar 2024 verabschiedet;

- Den ebenso im Juni 2023 ans Parlament übergebene sog. *Beschleunigungserlass*³⁶ welcher unter anderem vorsieht, Bewilligungsverfahren und Rechtsmittelverfahren für grosse Anlagen zu straffen und den Planungsprozess für den Ausbau des Stromnetzes zu vereinfachen.
- Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 29. November 2023 sodann verschiedene Teilrevisionen von Verordnungen im Energiebereich verabschiedet. Sie betreffen insbesondere die Förderung von Photovoltaikanlagen, Präzisierungen der Regelungen für Photovoltaik-Grossanlagen, den Schutz vor Cyberbedrohungen bei Rohrleitungen und Anpassungen bei der Haftpflichtversicherungsdeckung für Kernanlagen im Stilllegungsprozess. Die revidierten Verordnungen traten per 1. Januar 2024 in Kraft.³⁷

Im November 2023 veröffentlichte das BFE die Resultate seines kontinuierlichen Monitorings der 2018 in Kraft gesetzten Energiestrategie 2050.³⁸ Dieser fünfte Monitoringbericht bestätigt das Voranschreiten der ES 2050, aber ebenso, dass es noch weiterer Anstrengungen bedarf, um die im EnG verankerten neuen Inlandproduktions- und Verbrauchsziele mit einem höheren jährlichen Zuwachs als bisher zu erreichen.

Die *Transformation zu erneuerbaren Gasen* soll im Rahmen des geplanten Gasversorgungsgesetzes, welches im August 2024 vorliegen und an das Parlament gehen soll, geregelt werden.³⁹

Ein grosses Thema in der EU ist der *Wasserstoff*, welcher als Schlüssel zur vollständigen Dekarbonisierung der Wirtschaft sowie als Mittel zur Verringerung der Energieabhängigkeit von Russland betrachtet wird.⁴⁰ In der Schweiz ist die künftige Rolle des Wasserstoffs erst in der Abklärung; auf Druck des Parlaments will der Bund 2024 eine Wasserstoffstrategie vorlegen. In einer Medien-

vgl. Medienmitteilung vom 15. Dezember 2023, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-99410.html>, mit Link zu den Dokumenten.

³⁶ Vgl. dazu die Website des ARE, abrufbar unter: <https://www.aren.admin.ch/aren/de/home/raumentwicklung-und-raumplanung/raumplanungsrecht/erneuerbare-energien/beschleunigungsvorlage.html>.

³⁷ Vgl. dazu die Medienmitteilung auf der Website des BFE, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-99024.html>.

³⁸ Vgl. dazu die Website des BFE mit Link zum Dokument, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-99208.html>.

³⁹ Vgl. zum geplanten GasVG und den entsprechenden Vorarbeiten die Website des BFE, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/gasversorgung/gasversorgungsgesetz.html>.

⁴⁰ Vgl. dazu vorn [1.3.e](#).

mitteilung vom 15. November 2023 lässt sich der Bundesrat dazu einstweilen wie folgt vernehmen: „Wasserstoff dient heute vorwiegend als Rohstoff in industriellen und chemischen Prozessen. Er kann einen wichtigen Beitrag leisten, die Treibhausgasemissionen bis 2050 auf Netto-Null zu reduzieren. Wasserstoff wird im Energiesystem in den nächsten Jahren deshalb zunehmend an Bedeutung gewinnen. Er wird insbesondere dort zum Einsatz kommen, wo es keine anderen erneuerbaren Alternativen gibt, beispielsweise für die Erzeugung von Hochtemperaturprozesswärme, im Land-, Luft- und Schiffsverkehr oder als saisonaler Energiespeicher zur Stromproduktion. Ineffizient ist hingegen die Rückverstromung von Wasserstoff. Derzeit sind Abklärungen zum künftigen Wasserstoffbedarf in der Schweiz im Gang. Bis ein europäisches Wasserstoffnetz aufgebaut und die Produktion weltweit hochgefahren ist, wird der Wasserstoffbedarf in der Schweiz durch die inländische Produktion gedeckt werden müssen. Wasserstoff kann bei bestehenden Kraftwerken produziert werden oder bei Industrieunternehmen, die den Wasserstoff direkt vor Ort nutzen oder weitertransportieren. Zur Speicherung braucht es grosse Gasspeicher, die es in der Schweiz noch nicht gibt, oder der Wasserstoff wird in flüssige synthetische Energieträger umgewandelt. Langfristig werden jedoch Importe aus der EU und Drittstaaten kostengünstiger als die inländische Produktion, so dass dann der Anteil an Wasserstoffimporten kontinuierlich zunehmen dürfte. Der Transport von Wasserstoff erfolgt in umgerüsteten oder neu gebauten Gasleitungen und auf der Strasse. Voraussichtlich ab 2035 wird die Transport- und Verteilinfrastruktur in Europa so ausgebaut sein, dass Importe in die Schweiz möglich sein werden. Für den Wasserstoff-Markthochlauf in der Schweiz braucht es eine enge Zusammenarbeit von Wirtschaft, Bund, Kantonen, Städten und Gemeinden. Mit dem Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, dem Klimaschutz- und Innovationsgesetz, der Revision des CO₂-Gesetzes sowie der Beschleunigungsvorlage zur Produktion von erneuerbaren Energien sind bereits verschiedene Anreize für den Aufbau eines Heimmarktes vorgesehen. Der Bundesrat wird voraussichtlich im zweiten Halbjahr 2024 die nationale Wasserstoffstrategie vorlegen. Dazu werden weitere Rahmenbedingungen geprüft, mit denen der Aufbau eines Wasserstoffmarktes in der Schweiz unterstützt werden kann, so etwa auch die Sicherstellung der Anbindung der Schweiz an das künftige europäische Wasserstoffnetz.“

b) Klimagesetzgebung

Mit dem Bundesgesetz über die Ziele im Klimaschutz, die Innovation und die Stärkung der Energiesicherheit (kurz: Klima- und Innovationsgesetz; KIG)⁴¹ gibt sich der Bund einen klaren Fahrplan zur Reduktion der fossilen Energieträger wie Erdöl und Erdgas. Bis ins Jahr 2050 soll der Ausstoss schädlicher Klimagase unter dem Strich auf null gesenkt werden.

Nach dem Scheitern des revidierten CO₂-Gesetzes in der Referendumsabstimmung 2021 wird nun auch die Übergangsregelung Ende 2024 auslaufen. Das CO₂-Gesetz für die Zeit nach 2024 wurde vom Bundesrat mit Botschaft vom 16. September 2022 ans Parlament übergeben. 2024 wird sich als Zweitrat der Nationalrat damit befassen.⁴² In Sachen Emissionshandelssystem wurde beantragt, die kostenlose Zuteilung der Emissionsrechte zu reduzieren. Dank dieser und weiteren Anpassungen soll das Schweizer Emissionshandelssystem mit jenem der EU kompatibel bleiben.

2. Marktöffnung

a) Strom

In der Schweiz mit ihrer bestehenden Teilmarktöffnung führten die hohen Preise 2022 dazu, dass freie Industrie- und Gewerbetunden vom Markt wieder zurück in die unter diesen Vorzeichen günstigere Grundversorgung durch den Verteilnetzbetreiber wechseln wollten. Der Zusammenschluss zum Eigenverbrauch wurde zum Vehikel, sodass die entsprechende Wechselmöglichkeit mit der Inkraftsetzung einer entsprechenden Verordnungsbestimmung (Art. 11 Abs. 2^{bis} StromVV) per 1. Januar 2023 eingeschränkt werden musste.

Der Ende Oktober 2023 vom Parlament verabschiedete Mantelerlass sieht auch *weiterhin lediglich eine Teilmarktöffnung* für Kunden mit einem Verbrauch ab 100 MWh pro Jahr vor.

Um zu vermeiden, dass sich die Regelungen betreffend die Grundversorgung in Art. 6 StromVG und namentlich die von der ElCom basierend auf Absatz

⁴¹ Vgl. dazu die Medienmitteilung des UVEK vom 21. April 2023, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-94360.html>>.

⁴² Vgl. zum Stand der Debatte die Website des Parlaments, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20220061>>.

5 dieser Bestimmung entwickelte Durchschnittspreismethode⁴³ und die entsprechenden Wahlmöglichkeiten für die Verteilnetzbetreiber bei nunmehr hohen Marktpreisen – und damit unter seit 2022 veränderten Vorzeichen – weiterhin zuungunsten der grundversorgten Endverbraucherinnen und Endverbraucher auswirken können, hat das Parlament *bei der regulierten Grundversorgung eine Reihe von Anpassungen* vorgenommen:

- Aufhebung Durchschnittspreismethodik, mit neu getrennten Portfolien Grundversorgung – Marktkunden mit ex-ante Zuordnung
- Mindestanteil an Eigenproduktion erneuerbarer Energien, der zu Gesteungskosten an grundversorgte Kundinnen abgegeben werden soll (Bundesrat legt fest⁴⁴)
- Mindestanteil an Energie aus Anlagen im Inland; reicht die Eigenproduktion nicht: Pflicht zur Beschaffung über mittel- und langfristige Bezugsverträge
- Pflicht für Standardstromprodukt (HKN), welches insbesondere auf der Nutzung von inländischen erneuerbaren Energien basiert
- Grundsatz der strukturierten, längerfristigen Beschaffung: Absicherung der grundversorgten Kundinnen und Kunden gegen Preisausschläge
- Ausnahme der Strombeschaffung von der Ausschreibungspflicht

Mit der Verankerung der *Sunshine-Regulierung* im StromVG wird sodann eine verhältnismässig milde Form der Anreizregulierung eingeführt, wie sie von der ElCom seit 2015 im Testlauf bereits praktiziert wird,⁴⁵ jedoch bisher ohne Publikation der Ergebnisse. Damit soll ein Selbstregulierungsprozess ausgelöst werden, der insbesondere zu einer Compliance- und Effizienzsteigerung führen soll.

Von einem eigentlichen neuen Marktdesign kann aber nicht gesprochen werden, sondern eher von punktuellen Anpassungen vor veränderten Vorzeichen.

Was sodann die *Aufsicht und Transparenz des Marktes* anbelangt, soll das dringlich erlassene FiReG (dringliches Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen) durch das BATE (Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz in den Energiegrosshandelsmärkten) ersetzt werden. Der Bundesrat hat an sei-

⁴³ Vgl. dazu die entsprechenden Dokumente auf der Website der ElCom, abrufbar unter: <<https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/suche.html#durchschnittspreismethode>>.

⁴⁴ Das entsprechende Verordnungspaket wurde vom Bundesrat am 21. Februar 2024 in die Vernehmlassung gegeben; <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-100112.html>>.

⁴⁵ Vgl. dazu die Website der ElCom, abrufbar unter: <<https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/themen/strompreise/sunshine.html>>.

ner Sitzung vom 29. November 2023 die entsprechende Botschaft zuhanden des Parlaments verabschiedet.⁴⁶ Eine weitere Vorlage, welche organisatorische Vorgaben im Bereich Risikomanagement, die Liquidität und Kapitalausstattung der Unternehmen sowie das Business Continuity Management regeln soll, befindet sich in Vorbereitung.

Mit dem Mantelerlass kommt ebenso wenig wie zu einer Marktöffnung zu einer Liberalisierung des Messwesens, welches jedoch detaillierter geregelt als bisher, namentlich um die Systemintegration der Erneuerbaren Energien zu begünstigen.

b) Gas

Die Vorlage eines *Gasversorgungsgesetzes* befindet sich in der Vorbereitung und soll bis Ende August 2024 vorliegen, um anschliessend an das Parlament überwiesen zu werden. Sie wird gemäss Angaben des BFE eine *Teilmarktöffnung* für Endkunden ab 300 MWh Jahresverbrauch vorsehen.

Die mit dem BATE zu regelnde *Marktaufsicht und -transparenz*⁴⁷ wird künftig auch den Gasbereich umfassen.

3. Versorgungssicherheit

a) Strom

Die zentrale Herausforderung für den schweizerischen Strommarkt liegt in der *Gewährleistung der Versorgungssicherheit im Winterhalbjahr bei zunehmender Importabhängigkeit*.⁴⁸

Eine der Stossrichtungen des Ende Oktober 2023 verabschiedeten Mantelerlasses ist die Stärkung der Stromversorgungssicherheit namentlich im (kritischen) Winterhalbjahr:

- Die Winterreserve-Verordnung vom Februar 2023 wird via Mantelerlass ins StromVG integriert. Dazu gehören die *Wasserkraftreserve und die er-*

⁴⁶ Vgl. Medienmitteilung vom 29. November 2023, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-99014.html>>.

⁴⁷ Vgl. dazu vorangehende [lit. a](#)).

⁴⁸ Dies die Einschätzung des Präsidenten der Strommarktregulierungsbehörde ElCom am ElCom-Forum 2023, abrufbar unter: <<https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/veranstaltungen/elcom-foren.html>>, mit Link zum Dokument.

gänzende Reserve in Form von Reservekraftwerken, gepoolte Notstromgruppen sowie WKK-Anlagen.

Um die Stromversorgung im Winter 2023/24 kurzfristig gewährleisten zu können, hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 29. November 2023 noch einmal eine Verordnung über den Betrieb von Reservekraftwerken und Notstromgruppen bei einer unmittelbar drohenden oder bereits bestehenden Mangellage im Winter und Frühling 2023/24 vorgesehen.⁴⁹ Diese wird jedoch erst dann in Kraft gesetzt, wenn eine schwere Strommangellage unmittelbar droht.

b) *Gas*

Die im Gefolge des Kriegs gegen die Ukraine vom Bundesrat angeordnete Pflicht zur Haltung einer *Wintergasreserve* wird für den Winter 2023/24 verlängert. Der Bundesrat hat die Gasversorger verpflichtet, bereits auch für den übernächsten Winter Reserven zu sichern. Mit Optionen auf italienisches Gas, das via die Transitgasleitung durch die Schweiz fließt, stärkt er die Schweizer Gasversorgung zusätzlich. Die dazu nötigen Verordnungsänderungen hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 29. September 2023 beschlossen.⁵⁰ Zum Kauf der Optionen beim italienischen Energieunternehmen ENI werden die vier Regionalgesellschaften verpflichtet, die mit der Transitgasleitung verbunden sind. Die Optionen können nur ausgelöst werden, falls die Gasflüsse aus Deutschland in die Schweiz eingeschränkt sind oder ausfallen. Bei diesem Element der Schweizer Gasversorgungssicherheit entfällt das Risiko, dass dieses Gas von Exportrestriktionen betroffen sein könnte. Zum Zeitpunkt des Bezugs wäre es nämlich bereits in der Transitgasleitung und damit auf Schweizer Staatsgebiet. Die Schweiz und Italien unterzeichneten dazu am 6. Juli 2023 eine gemeinsame Absichtserklärung.⁵¹ Der Auftrag zum Kauf der Italien-Optionen gilt bereits für den kommenden Winter 2023/24.

⁴⁹ Vgl. dazu die Medienmitteilung vom 29. November 2023 auf der Website des BFE, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-99029.html>>, mit Link zum Entwurf der Betriebsverordnung sowie den Erläuterungen dazu. Angemerkt sei an dieser Stelle, dass gegen die mit Verfügung vom 20. März 2023 bestätigte Betriebsbewilligung des UVEK Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben worden war, welche wegen mangelnder Gesetzeskonformität der Betriebsbewilligung gutgeheissen wurde; vgl. Urteil A-1706/2023 vom 19. Februar 2024.

⁵⁰ Vgl. dazu die Medienmitteilung vom 29. September 2023, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-97996.html>>.

⁵¹ Vgl. dazu die Medienmitteilung auf der Website des BFE, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-96514.html>>.

Die seit 2022 dringlich geregelte Gasversorgungssicherheit soll mit dem Erlass des geplanten GasVG⁵² institutionalisiert und die Verantwortung an einen Marktgebietverantwortlichen sowie an die ElCom, die damit zur EnCom wird, übertragen werden.

c) *Energieinfrastrukturen*

Mit dem Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze („Strategie Stromnetze“) gelten seit 2019 neue Rahmenbedingungen für den rascheren und koordinierten Ausbau der Stromnetze in der Schweiz.⁵³ Die Bewilligungsverfahren konnten damit jedoch nicht wesentlich beschleunigt werden. Viele Leitungsprojekte im Übertragungsnetz von Swissgrid brauchen auch jetzt noch rund 15 Jahre bis zur Realisierung. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 22. November 2023 eine Aussprache über weitere Massnahmen zur *Beschleunigung der Bewilligungsverfahren für den Um- und Ausbau der Stromnetze* geführt. Er hat das Departement für Umwelt, Verkehr und Kommunikation (UVEK) beauftragt, diese Massnahmen vertieft zu prüfen und ihm bis Ende März 2024 eine Vernehmlassungsvorlage mit den nötigen gesetzlichen Anpassungen auf Gesetzesstufe vorzulegen. Parallel prüft das UVEK Anpassungen auf Verordnungsstufe und unterbreitet dem Bundesrat bis Ende November 2024 eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage.⁵⁴

Im Hinblick auf die Systemintegration der erneuerbaren Produktion hat das Parlament im Rahmen des Mantelerlasses vorgesehen, dass die Netznutzungstarife neu auch *Anreize für einen stabilen und sicheren Netzbetrieb* setzen sollen, indem bspw. dynamische Tarife eingeführt werden können.

Mit dem Mantelerlass werden sodann auch die Eckpunkte der *Nutzung von Flexibilität* der Endverbraucher, Erzeuger und Speicherbetreiber geregelt, welche namentlich auch *netzdienlich* erfolgen kann (Art. 17c StromVG).

Zudem hat das Parlament die bisherige *Befreiung vom Netznutzungsentgelt* für Kraftwerke (Eigenbedarf und Pumpen) auch *auf Speicheranlagen ohne Endverbrauch ausgedehnt* (neuer Art. 14a StromVG). Dort vorgesehen ist zudem eine *Rückerstattungsmöglichkeit des Netznutzungsentgelts für Speicher mit Endver-*

⁵² Vgl. dazu vorn [II.2.b](#)).

⁵³ Vgl. dazu die Website des BFE.

⁵⁴ So der Bundesrat in seiner Medienmitteilung vom 22. November 2023, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-98784.html>.

brauch und Anlagen zur Umwandlung von Strom in Wasserstoff, synthetische Gase oder Brennstoffe im Umfang des zurückgespeisten Stroms., ebenso eine Rückerstattung für P D Anlagen im Umfang von 200 MW.

2023 wurde die Rohrleitungsverordnung, Art. 1 dahingehend ergänzt, dass sie auch Rohrleitungsanlagen zur Beförderung von Wasserstoff umfasst, die damit ebenfalls der Bundesaufsicht unterstellt werden.

d) Kernenergie

In der Schweiz wird Strom zu 36.4% nach wie vor aus Kernkraft produziert.⁵⁵ Die Schweiz hat mit der Energiestrategie 2050 zwar ein Verbot zur Erteilung neuer Rahmenbewilligungen für die Erstellung von Kernkraftwerken im Gesetz verankert (Art. 12a Kernenergiegesetz). Dessen ungeachtet geht man mittlerweile davon aus, dass die *bestehenden vier Reaktoren länger betrieben* werden müssen, solange der sichere Betrieb gewährleistet bleibt. Das 2019 ausser Betrieb genommene Kernkraftwerk Mühleberg befindet sich in der Phase I der Stilllegung. Die entsprechende Energieproduktion fehlt im kritischen Winterhalbjahr und hat die Importabhängigkeit noch verstärkt.

Das ENSI beurteilt den *sicherheitstechnischen Zustand der Schweizer Kernkraftwerke* für das Jahr 2022 als gut. Beim Betrieb der Schweizer Kernanlagen wurden die gesetzlichen Anforderungen an die nukleare Sicherheit eingehalten. Zu diesem Ergebnis kommt das ENSI in seinem am 30. Juni 2023 publizierten jährlichen Aufsichtsbericht 2022.

Die harzige politische Auseinandersetzung um die Interessenabwägung beim Zubau der erneuerbaren Produktion sowie um die Beschleunigung der langen Verfahren führt nun dazu, dass die Kernenergie – wie in einigen Ländern der EU – wieder in den Fokus der öffentlichen Diskussion gelangt. 2024 soll eine Initiative lanciert werden mit dem Ziel, die *Option Kernenergie für die Zukunft* wieder zu öffnen.

e) Energieaussenpolitik

Der Bund strebt zur Absicherung der Strom- und Gasversorgungssicherheit der Schweiz unverändert bilaterale Verträge mit den Nachbarländern an. Mit der Unterzeichnung einer Absichtserklärung mit Italien im Juni 2023⁵⁶ ist ihm

⁵⁵ Vgl. zum Strom-Liefer- und Produktionsmix 2022 die Medienmitteilung des BFE vom 7. September 2023, abrufbar unter: <

⁵⁶ Vgl. dazu vorn, [lit. b](#).

dies in Bereich Gas zumindest in einem Fall gelungen. Laut dem Schweizer Energieminister, BR Albert Röstli, hat die Schweiz im Hinblick auf den Winter 2023/24 sowohl von Deutschland und Italien als auch von Frankreich Stromlieferungen zugesichert bekommen.⁵⁷ Offenbar steht auch der Abschluss eines technischen (Strom-)Abkommens mit der Kapazitätsberechnungsregion CORE kurz vor dem Abschluss.⁵⁸

Zudem steht die Möglichkeit des Abschlusses eines Strom- bzw. Energieabkommens mit der EU nach Sondierungen im Jahr 2022 erneut auf der Agenda des Bundesrats. Der Bundesrat hat im Sommer 2023 die Ausarbeitung eines Verhandlungsmandats für die sog. (sektoriellen) Bilateralen III in Auftrag gegeben. An seiner Sitzung vom 15. Dezember 2023 hat der Bundesrat den entsprechende Mandatsentwurf für Verhandlungen mit der EU verabschiedet.⁵⁹ Das Mandat enthält die Leitlinien für die Verhandlungen. Letztere sollen beginnen, sobald das Mandat nach Konsultation des Parlaments und der Kantone definitiv verabschiedet worden ist. Gemäss einem gemeinsamen Dokument der Schweiz und der EU, welches die Sondierungsgespräche zusammenfasst, sollen die Verhandlungen bereits im Frühjahr 2024 aufgenommen und noch im selben Jahr abgeschlossen werden.⁶⁰

Die Schweiz pflegt sodann auch weiterhin ihre länderübergreifende Zusammenarbeit im Rahmen des sog. Penta-Forums. Dort wurde im Dezember 2023 eine gemeinsame Erklärung zur Dekarbonisierung des Stromsystems verabschiedet.⁶¹

⁵⁷ Vgl. dazu das Interview mit BR Albert Röstli, Unser Strom ist auch ohne Brüssel sicher, in: NZZ am Sonntag vom 12. November 2023, S. 1 sowie auch 10 f.

⁵⁸ Vgl. Meldung im energate messenger.ch vom 18. Januar 2024.

⁵⁹ Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrats vom 15. Dezember 2023, Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 15. Dezember 2023 den Entwurf eines Mandates für Verhandlungen mit der Europäischen Union (EU) verabschiedet. Das Mandat enthält die Leitlinien für die Verhandlungen. Diese sollen beginnen, sobald das Mandat nach Konsultation des Parlaments und der Kantone definitiv verabschiedet worden ist.

⁶⁰ Vgl. dazu der Artikel von Fabian Schäfer, Siehe da – auch die Schweiz will die Gespräche mit der EU rasch beenden, in: NZZ vom 16. Dezember 2023, S. 10.

⁶¹ Vgl. dazu die Medienmitteilung des UVEK vom 19. Dezember 2023, abrufbar unter: <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-99485.html>.

Steuerrecht

René Schreiber/Jana Fischer/Jochen Meyer-Burow*

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ JOCHEN MEYER-BUROW)	185
1.	Entwicklungen bei den direkten Steuern	185
a)	Gesetzliche Entwicklungen	185
aa)	ATAD 3	185
bb)	Rat der EU verabschiedet Richtlinie zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen nationalen Steuerbehörden	186
cc)	Update zur Liste nicht kooperativer Länder und Gebiete für Steuerzwecke	187
b)	Beihilfeverfahren	187
aa)	Steuervorbescheide Luxemburg: Staatliche Beihilfe für Engie?	187
bb)	Beschluss der EU-Kommission zugunsten deutscher Rettungsbeihilfe an Lufthansa für nichtig erklärt	188
cc)	Steuervorbescheide aus Luxemburg keine verbotene Beihilfe	189
dd)	EuGH: Bestätigung, dass luxemburgische Steuervorbescheide an Amazon keine staatliche Beihilfe darstellen	190
ee)	Steuervergünstigungen an belgische Konzerngesellschaften rechtswidrig	190
c)	Entscheide des Europäischen Gerichtshofs	191
aa)	Portugiesische Sonderregelung zu Zinszahlungen aus Schuldverschreibungen und Schuldtiteln zwischen der Schweiz und Portugal unionsrechtswidrig	191
bb)	Fondbesteuerung nach dem InvStG 2004 nicht mit Unionsrecht vereinbar	193
cc)	Hinzurechnung von Streubesitzdividenden aus Auslandsbeteiligungen in 2001 nicht unionsrechtswidrig	193
dd)	Französische Schachtelstrafe unionsrechtswidrig	194
ee)	Steuerbefreiung auf konzerninterne Veräußerung im Vereinigten Königreich verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit	195
2.	Entwicklungen bei den indirekten Steuern	197
a)	Gesetzliche Entwicklungen	197
aa)	Richtlinienentwurf „VAT in the Digital Age“ (ViDA)	197
bb)	„CESOP“: Inkrafttreten zum 1.1.24 in den EU-Mitgliedstaaten	199

* Die Autoren danken MLaw Tim Reipen für seine wertvolle Unterstützung bei der Verfassung dieses Beitrags.

b)	Ausgewählte Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs	200
aa)	EuGH zur Organschaft und anhängiges Verfahren zu Innenumsätzen	200
bb)	EuGH zur Betriebsstätte / Cabot Plastics – Cabot Plastics	201
cc)	EuGH Anhängiges Verfahren zur Betriebsstätte: C-533/22 – Adient	202
dd)	EuGH zum Mehrwertsteuerbetrug: C-512/21 – Aquila Part	202
ee)	EuGH zu „Subscription Gifts“: C-505/22 – Deco Proteste – Editores Lda	203
ff)	EuGH zu Unternehmereigenschaft Verwaltungsrat: C-288/22 – Administration de l’Enregistrement	204
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (RENÉ SCHREIBER)	206
1.	Entwicklungen bei den direkten Steuern	206
a)	OECD Mindestbesteuerung	206
b)	Besteuerung von Trusts	208
c)	Urteil 9C_678/2021 des Bundesgerichts vom 17. März 2023	208
d)	Limited Qualified Investor Fund (L-QIF)	210
e)	Bundesgesetz über die Tonnagesteuer auf Seeschiffen	211
2.	Entwicklungen bei den indirekten Steuern	211
a)	Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer	211

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2023

Im Folgenden werden die wichtigsten steuerrechtlichen Entwicklungen des Jahres 2023 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 bedeutendsten gesetzlichen Entwicklungen fanden im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit nationaler Steuerbehörden statt. Keine Einigung konnte bisher bei der geplanten Einführung der Unshell Richtlinie erzielt werden.

aa) ATAD 3

Am 17. Januar 2023 veröffentlichte das EU-Parlament einen Abänderungsantrag¹ zum Richtlinienentwurf² zur Verhinderung der steuerlich missbräuchlichen Nutzung sogenannter „Briefkastenfirmen“ (ATAD3 beziehungsweise Unshell Directive), der u.a. Verschärfungen beim Kreis der meldepflichtigen Unternehmen vorsieht. Das EU-Parlament schlägt beispielsweise eine Senkung der Kriterien zur Identifikation vor (z.B. Umsatzgrenze der relevanten Passiveinkünfte 65% statt 75% etc.) und möchte die Ausnahme für Gesellschaften mit 5 Full Time Equivalents streichen. Es ist allerdings nicht zwingend zu erwarten, dass der Abänderungsantrag in dieser Form seinen Niederschlag in der finalen Richtlinie finden wird. Das Europäische Parlament ist im an-

¹ Europäisches Parlament, Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 17. Januar 2023 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von Vorschriften zur Verhinderung der missbräuchlichen Nutzung von Briefkastenfirmen für Steuerzwecke und zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU (COM(2021)0565 – C9-0041/2022 – 2021/0434(CNS)), abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0004_DE.html>.

² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von Vorschriften zur Verhinderung der missbräuchlichen Nutzung von Briefkastenfirmen für Steuerzwecke und zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU vom 22. Dezember 2021, COM(2021) 565 final.

zuwendenden besonderen Gesetzgebungsverfahren nur anzuhören, sodass es sich aus praktischer Sicht lediglich um Vorschläge handelt, die vom Europäischen Rat nicht übernommen werden müssen.

Der ursprüngliche Entwurf sah eine Umsetzungspflicht bis 30. Juni 2023 und eine Anwendung ab 1. Januar 2024 vor. Bisher kam es jedoch noch nicht zu einer Einigung unter den Mitgliedsstaaten.

bb) Rat der EU verabschiedet Richtlinie zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen nationalen Steuerbehörden

Am 17. Oktober 2023 verabschiedete der Rat die Richtlinie zur Änderung der EU-Vorschriften über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung (DAC 8).³ Die Änderungen betreffen die Meldung und den automatischen Austausch von Informationen über Einnahmen aus Geschäften mit Kryptowerten und Informationen über Vorbescheide für wohlhabende Einzelpersonen.

Die Kommission hatte am 8. Dezember 2022 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung (DAC 8) vorgelegt.⁴ Ziel der Änderungen ist die Ausweitung des Anwendungsbereichs des automatischen Informationsaustauschs auf Informationen, die Anbieter von Kryptodienstleistungen über Transaktionen von Kryptowerten und E-Geld künftig melden müssen. Darüber hinaus soll der Anwendungsbereich der derzeitigen Vorschriften über den Austausch steuerbezogener Informationen ausgeweitet werden, indem Bestimmungen betreffend den Austausch über grenzüberschreitende Vorbescheide für wohlhabende Einzelpersonen sowie Bestimmungen über den automatischen Informationsaustausch betreffend Dividenden von Unternehmen, deren Anteile nicht in einem Bankdepotkonto verwahrt werden, und ähnliche Einkünfte mit aufgenommen werden. Schliesslich soll eine Reihe weiterer Bestimmungen der geltenden Richtlinie geändert werden, um den Steuerbehörden die Aufgabe zu erleichtern, die betreffenden Steuerpflichtigen zu ermitteln und die entsprechenden Steuern korrekt zu veranlagern.

³ Richtlinie (EU) 2023/2226 des Rates vom 17. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU des Rates über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung, ABl. L, 2023/2226, 24. Oktober 2023.

⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU des Rates über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung vom 8. Dezember 2022, COM(2022) 707 final.

cc) *Update zur Liste nicht kooperativer Länder und Gebiete für Steuerzwecke*

Am 14. Februar 2023 billigte der Wirtschafts- und Finanzrat des Rates der europäischen Union (ECOFIN) die aktualisierten Schlussfolgerungen des Rates zur überarbeiteten EU-Liste der steuerlich nicht kooperativen Länder.⁵ Damit hat der Rat der Liste nicht kooperativer Länder (sogenannte schwarze Liste) die Länder Britische Jungferninseln, Costa Rica, Marshallinseln und Russland hinzugefügt.

b) *Beihilfeverfahren*

Im Jahr 2023 führte die Kommission eine Reihe von Verfahren betreffend staatliche Beihilfen im Steuerbereich weiter und leitete neue ein.

aa) *Steuervorbescheide Luxemburg: Staatliche Beihilfe für Engie?*

Am 21. September 2023 erliess der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-831/21 P (Fachverband Spielhallen e.V. und LM/Kommission).⁶ Der EuGH hob die Entscheidung des EuG vom 22. Oktober 2021 (Rechtssache T-510/20) auf und verwies die Sache an das EuG zurück.

Der zugrunde liegende Beschluss der Kommission vom 9. Dezember 2019 betraf eine Regelung des Spielbankengesetzes, das in Nordrhein-Westfalen bis zum Jahr 2020 galt. Demzufolge unterlagen die Einnahmen von Spielbanken der Spielbankabgabe und der Normalbesteuerung hinsichtlich der nicht aus dem Spielbetrieb erzielten Einnahmen. Im Jahr 2014 hatte die WestSpiel einen Jahresüberschuss in Höhe von EUR 86,4 Mio. Euro erzielt, der aus dem Verkauf von zwei Kunstwerken stammte. Daraus ergab sich nach § 14 SpielbG NRW ein Abschöpfungsbetrag von rund 82 Mio. Euro. Einen Teil des abgeschöpften Gewinns brachte das Land NRW in 2015 wieder in die WestSpiel ein. Darin sah der Fachverband Spielhallen e.V. eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Die Kommission verneinte die Beihilfe mangels selektiven Vorteils und leitete kein förmliches Prüfverfahren ein. Der Vorteil der Spielbanken aus der Verringerung der Bemessungsgrundlage um den Teil der Gewinnabschöpfung sei

⁵ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 14. Februar 2023, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/02/14/taxation-british-virgin-islands-costa-rica-marshall-islands-and-russia-added-to-eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions-for-tax-purposes/>.

⁶ EuGH, Urteil vom 21. September 2023, Fachverband Spielhallen e.V. und LM/Kommission, C-831/21 P, ECLI:EU:C:2023:686.

geringer als der Nachteil aus der Verpflichtung zur Entrichtung der Gewinnabschöpfung.

Das EuG wies die Klage ab. Der Fachverband Spielhallen e.V. und LM beantragten vor dem EuGH die Aufhebung des Beschlusses des EuG.

Der EuGH entschied, dass das EuG einen Rechtsfehler begangen habe, weil es die Argumentation der Rechtsmittelführer nicht geprüft habe, mit der die Ermittlung des Bezugssystems beziehungsweise der „normalen“ Steuerregel seitens der Europäischen Kommission beanstandet wurde. Der EuGH hält den Rechtsstreit deshalb für nicht entscheidungsreif und verwies die Sache an das EuG zurück. Nach Auffassung des EuGH stehen die Ausführungen im Urteil des EuG im Widerspruch zu den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen, wonach die von der Kommission vorzunehmende Prüfung zur Feststellung der Selektivität einer steuerlichen Beihilferegelung hinsichtlich der Ermittlung des „normalen“ Bezugssystems beziehungsweise der „normalen“ Steuerregelung mit der Prüfung zusammenfällt, die zur Feststellung dessen durchzuführen ist, ob die streitige Massnahme den durch sie Begünstigten einen Vorteil verschafft.

bb) Beschluss der EU-Kommission zugunsten deutscher Rettungsbeihilfe an Lufthansa für nichtig erklärt

Am 10. Mai 2023 erliess das EuG sein Urteil in den verbundenen Rechtssachen T-34/21 und T-87/21 (Ryanair/Kommission).⁷ Das EuG erklärte den Beschluss der EU-Kommission für nichtig.

Im Juni 2020 meldete die Bundesrepublik Deutschland eine Rettungsbeihilfe in Form einer Rekapitalisierung in Höhe von 6 Mrd. Euro an, die sie der Lufthansa AG gewährt hatte. Die Rekapitalisierung war Teil eines grösseren Pakets zur Unterstützung der Lufthansa Gruppe im Zusammenhang der durch die Covid-19-Pandemie hervorgerufenen Ausnahmesituation der Unternehmen. Die Kommission stufte die Massnahme als staatliche Beihilfe ein, die allerdings aufgrund des Covid-19-Ausbruchs mit dem Binnenmarkt vereinbar sei. Dagegen hatten Ryanair und Condor Nichtigkeitsklage eingelegt.

Das EuG urteilte, dass der angefochtene Beschluss der EU-Kommission Fehler und Unregelmässigkeiten enthalte und deshalb für nichtig zu erklären sei. Die Kommission habe ohne Prüfung angenommen, Lufthansa sei nicht in der Lage, sich anderweitig zu finanzieren. Zudem fehle ein Anreiz für Lufthansa, die Be-

⁷ EuG, Urteil vom 10. Mai 2023, Ryanair DAC/Kommission, T-34/21 und T-87/21, ECLI:EU:T:2023:248.

teilung so bald wie möglich zurückzukaufen. Weiterhin habe die Kommission fehlerhaft die beträchtliche Marktmacht von Lufthansa an bestimmten Flughäfen verneint. Schliesslich habe die Kommission bestimmte Verpflichtungen akzeptiert, die nicht gewährleisten, dass ein wirksamer Wettbewerb gewahrt wird.

cc) *Steuervorbescheide aus Luxemburg keine verbotene Beihilfe*

Am 5. Dezember 2023 erliess der EuGH sein Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-451/21 P (Luxemburg/Kommission) und C-454/21 P (Engie Global LNG Holding u.a./Kommission).⁸ Der EuGH hob die Entscheidung des EuG vom 12. Mai 2021 und damit den Beschluss der Kommission vom 20. Juni 2018 auf.

Der streitgegenständliche Beschluss der Kommission betraf Steuervorbescheide, die Luxemburg der Engie-Gruppe im Rahmen von Umstrukturierungen gewährt hatte. Danach blieben nahezu alle in Luxemburg erzielten Gewinne von zwei Tochtergesellschaften unbesteuerter, weil die Muttergesellschaft in den Genuss der Steuerbefreiung für Beteiligungserträge kam. Die Kommission sah darin einen selektiven Vorteil in Abweichung vom luxemburgischen Steuerrecht.

Der EuGH weist darauf hin, dass zur Feststellung einer Beihilfe insbesondere dargelegt werden müsse, dass die nationale Massnahme ihrem Empfänger einen selektiven Vorteil verschafft. Dazu müsse zunächst das Bezugssystem, also die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltende „normale“ Besteuerung ermittelt werden. Anschliessend müsse dargelegt werden, dass die Massnahme von dem Bezugssystem abweicht, weil sie Unterscheidungen zwischen Unternehmen einführt, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden.

Die Kommission sei hier bereits von einem falschen Referenzrahmen ausgegangen, da sie angenommen hatte, dass das im Streitjahr geltende luxemburgische Steuerrecht ein Korrespondenzprinzip enthalte, also die Steuerbefreiung der Beteiligungserträge auf Ebene der Muttergesellschaft eine Besteuerung der zugrundeliegenden Gewinne auf Ebene der Tochtergesellschaft voraussetze. Eine solche Abhängigkeit der Steuerbefreiung der Beteiligungserträge bestand jedoch nicht ausdrücklich.

⁸ EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2023, Luxemburg u.a./Kommission, C-451/21 P und C-454/21 P, ECLI:EU:C:2023:948.

dd) EuGH: Bestätigung, dass luxemburgische Steuervorbescheide an Amazon keine staatliche Beihilfe darstellen

Mit seinem Urteil vom 14. Dezember 2023 in der Rechtssache C-457/210 P (Kommission/Amazon.com u.a.)⁹ wies der EuGH das Rechtsmittel der Kommission gegen das Urteil des EuG vom 12. Mai 2021 zurück und bestätigte damit die Nichtigerklärung des Kommissionsbeschlusses vom 4. Oktober 2017.

Amazon hatte für Zecke der luxemburgischen Körperschaftsteuer die Genehmigung der Berechnung der Höhe von konzerninternen Lizenzgebühren zweier neu gegründeter Gesellschaften beantragt. Mit Beschluss vom 4. Oktober 2017 hatte die Kommission die an Amazon erteilten Steuervorbescheide der luxemburgischen Steuerbehörden als unzulässige staatliche Beihilfe eingestuft.

Der EuGH bestätigte nun das Urteil des EuG, wonach in den Steuervorbescheiden keine verbotene Beihilfe zu sehen sei. Die Kommission sei bei der Selektivitätsprüfung von einem Bezugsrahmen ausgegangen, der einen allgemein anwendbaren Fremdvergleichsgrundsatz und die OECD-Verrechnungspreisleitlinien einschliesse. Beide könnten jedoch nur dann als Teil des Bezugsrahmens eines Mitgliedsstaats angesehen werden, wenn sie Bestandteil von dessen Steuerrecht seien. Die Kommission habe jedoch keinen Beleg dafür erbracht, dass es in den Streitjahren eine entsprechende Bezugnahme des luxemburgischen Steuerrechts auf den Fremdvergleichsgrundsatz und die OECD-Verrechnungspreisleitlinien gegeben habe.

ee) Steuervergünstigungen an belgische Konzerngesellschaften rechtswidrig

Am 20. September 2023 entschied das EuG in der Rechtssache T-131/16 RENV (Belgien/Kommission)¹⁰, dass die an Gesellschaften multinationaler Konzerne in Belgien gewährten Steuervergünstigungen eine rechtswidrige Beihilferegelung darstellen und bestätigte damit die Entscheidung der Europäischen Kommission aus 2016.

Belgische Unternehmen, die einem multinationalen Konzern angehören, können seit 2005 von den belgischen Steuerbehörden einen Steuervorbescheid erhalten, nach dem Gewinne, die diejenigen Gewinne übersteigen, welche unter vergleichbaren Umständen von eigenständigen Unternehmen erzielt wor-

⁹ EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2023, Kommission/Amazon u.a., C-457/21 P, ECLI:EU:C:2023:985.

¹⁰ EuG, Urteil vom 20. September 2023, Belgien/Kommission, T-131/16 RENV, ECLI:EU:T:2023:561.

den wären (sogenannte „Gewinnüberschüsse“) von der Körperschaftsteuer befreit sind. Voraussetzung dafür ist, dass die Gesellschaften ihre Geschäftstätigkeit in Belgien konzentrieren, Arbeitsplätze schaffen oder Investitionen tätigen.

In 2016 hatte die Kommission das System der Steuerbefreiung als rechtswidrige Beihilfe eingestuft und die Rückforderung der Beihilfen angeordnet. Dagegen hatten Belgien und mehrere Beihilfeempfänger Klage beim EuG erhoben.

Das EuG kam zu dem Ergebnis, die Kommission habe zu Recht angenommen, dass die belgische Steuerbefreiung für Gewinnüberschüsse gegen die unionsrechtlichen Beihilferegeln verstosse. Die Regelung ist nach Auffassung des EuG insoweit selektiv, als mit ihr Wirtschaftsteilnehmer unterschiedlich behandelt werden, die sich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in einer vergleichbaren Situation befinden. Zudem ergebe sich die Selektivität daraus, dass die Regelung weder Gesellschaften, die einem kleinen Konzern angehören, zustehe noch solchen, die sich dafür entschieden, keine Investitionen zu tätigen, ihre Geschäftstätigkeit nicht in Belgien zu konzentrieren oder keine Arbeitsplätze zu schaffen.

c) *Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs*

Im Jahr 2023 fällte der Europäische Gerichtshof folgende Urteile zu den direkten Steuern.

aa) *Portugiesische Sonderregelung zu Zinszahlungen aus Schuldverschreibungen und Schuldtiteln zwischen der Schweiz und Portugal unionsrechtswidrig*

Am 12. Oktober 2023 entschied der EuGH in der Rechtssache C-312/22 (FL/Autoridade Tributária e Aduaneira)¹¹, dass die Regelung des portugiesischen Steuerrechts, wonach Zinserträge, einem progressiven Steuersatz von bis zu 40% unterliegen, wenn sie aus Schuldverschreibungen und Schuldtiteln stammen und von einer Schweizer Zahlstelle gezahlt werden. Demgegenüber ist eine niedrigere Abgeltungsteuer, die in Höhe von 20% auf solche Zinserträge erhoben wird unionsrechtswidrig, wenn die Zinsen von einer gebietsansässigen Zahlstelle gezahlt werden.

Die Klägerin, FL, war eine in Portugal ansässige und unbeschränkt steuerpflichtige Person. Sie bezog in 2005 Zinserträge aus Schuldverschreibungen und Schuldtiteln, die von einer Schweizer Bank gezahlt wurden. Nach Art. 1

¹¹ EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2023, FL/Autoridade Tributária e Aduaneira, C-312/22, ECLI:EU:C:2023:771.

des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind („Abkommen“) war die Schweiz im Fall der Zinszahlungen an einen in einem anderen Mitgliedstaat der EU ansässigen Steuerpflichtigen berechtigt, einen Betrag von den Zinszahlungen als Quellensteuer einzubehalten. Der Quellensteuerabzug konnte jedoch gemäss Art. 2 des Abkommens vermieden werden, indem der Steuerpflichtige seine Zahlstelle in der Schweiz ausdrücklich ermächtigte, die Zinszahlungen an die zuständige Behörde des anderen Mitgliedstaats zu melden.

FL erklärte die Zinserträge entsprechend in ihrer Einkommensteuererklärung in Portugal. Das portugiesische Einkommensteuerrecht sah vor, dass Zinserträge aus Schuldverschreibungen und Termingeschäften, die von einer in Portugal niedergelassenen Einrichtung gezahlt werden, mit einer Abgeltungssteuer von 20% besteuert werden. Für dieselben Zinserträge, die von in Drittländern niedergelassenen Einrichtungen begeben werden, findet jedoch nach den portugiesischen Regelungen eine Hinzurechnung zu den übrigen inländischen Einkünften und eine Besteuerung nach dem progressiven Einkommensteuertarif mit maximal 40% statt. Folglich rechnete das zuständige Finanzamt die aus der Schweiz erhaltenen Zinserträge zu den übrigen Einkünften der FL hinzu und besteuerte diese mit dem sich aufgrund der Einkommenshöhe ergebenden (höchsten) progressiven Steuersatz von 40%.

Der EuGH entschied, dass die portugiesische Regelung die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt. Er stellt zunächst fest, dass der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit unzweifelhaft eröffnet ist. Gleichzeitig sei auch eine Subsumtion unter den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit möglich, da die in Rede stehenden Finanzdienstleistungen durch eine Mittelsperson angeboten werden. Allerdings sei diese im vorliegenden Fall dem freien Kapitalverkehr gegenüber zweitrangig, da die massgeblichen portugiesischen Regelungen schwerpunktmässig an die Ausübung des freien Kapitalverkehrs anknüpfen. Die Wahl der Mittelsperson sei daher nur unvermeidliche Folge der steuerlichen Behandlung der Zinserträge.

Da FL aufgrund der portugiesischen Regelungen bei einem Investment in einem Drittstaat mit einer Besteuerung der Zinserträge von bis zu 40% rechnen müsse, wohingegen die Besteuerung bei einem Investment im Inland mit einer Abgeltungssteuer von 20% erfolge, liege eine Benachteiligung von Zinserträgen vor, die aus einem anderen Mitgliedsstaat oder Drittstaat stammen, gegenüber Zinserträgen, die von in Portugal ansässigen Institutionen gezahlt werden. Diese Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit sah der EuGH als nicht gerechtfertigt an.

bb) Fondbesteuerung nach dem InvStG 2004 nicht mit Unionsrecht vereinbar

Mit Urteil vom 27. April 2023 in der Rechtssache C-537/20 (L Fund)¹² entschied der EuGH, dass die Besteuerung bestimmter ausländischer Spezialimmobilienfonds nach dem alten Investmentsteuergesetz 2004 („InvStG 2004“) einen Verstoss gegen die Kapitalverkehrsfreiheit darstelle.

Das InvStG 2004 differenzierte bei der Besteuerung zwischen inländischen und ausländischen Fonds. Bei inländischen Fonds galt das Transparenzprinzip, wonach sie als Körperschaftsteuersubjekt aufgrund der Anlegerbesteuerung in der Regel von der Körperschaftsteuer befreit waren. Bei inländischen Spezialimmobilienfonds wurden die inländischen Einkünfte des Fonds dem ausländischen Anleger (anteilig) als eigene (beschränkt steuerpflichtige) Einkünfte zugerechnet. Auf Ebene des Fonds bestand eine Quellensteuerabzugspflicht. Für ausländische Spezialimmobilienfonds galt die Befreiung dagegen nicht. Vielmehr unterlag der Fonds einer beschränkten Steuerpflicht und hatte die Einkünfte der aus der Vermietung von im Inland belegenen Immobilien selbst zu versteuern.

Der EuGH sieht in der ungleichen Besteuerung von inländischen und ausländischen Spezialimmobilienfonds nach dem InvStG 2004 eine unzulässige Beschränkung des freien Kapitalverkehrs im Sinne des Art. 63 AEUV, die weder durch die Notwendigkeit zur Gewährung der Kohärenz des innerstaatlichen Steuersystems noch durch die Notwendigkeit einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsrechte zwischen den Mitgliedsstaaten gerechtfertigt sei.

Seit Einführung des InvStG 2018 unterliegen nunmehr sowohl inländische als auch ausländische Fonds grundsätzlich gleichermassen der Körperschaftsteuerpflicht.

cc) Hinzurechnung von Streubesitzdividenden aus Auslandsbeteiligungen in 2001 nicht unionsrechtswidrig

Am 22. Juni 2023 entschied der EuGH in der Rechtssache C-258/22 (Finanzamt Hannover-Nord/H Lebensversicherung)¹³, dass die deutsche Hinzurechnung eines Teils von Streubesitzdividenden aus Auslandsbeteiligungen nach § 8 Nr. 5 GewStG im Erhebungszeitraum 2001 keinen Verstoss gegen die Kapitalverkehrsfreiheit darstellt, wenn und soweit die Dividenden von der Bemessungsgrundlage vorher abgezogen worden sind.

¹² EuGH, Urteil vom 27. April 2023, L Fund/Finanzamt D, C-537/20, ECLI:EU:C:2023:339.

¹³ EuGH, Urteil vom 22. Juni 2023, Finanzamt Hannover-Nord / H Lebensversicherung, C-258/22, ECLI:EU:C:2023:506.

Die Klägerin, H Lebensversicherung, war eine der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer unterliegende Anstalt des öffentlichen Rechts, die ein Lebensversicherungsunternehmen betrieb. Im Jahr 2001 war sie an mehreren ausländischen Kapitalgesellschaften mit Beteiligungsquoten von jeweils weniger als 10% unmittelbar beteiligt und bezog Dividenden.

Im Jahr 2004 übte die Klägerin ein Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen zustehendes Wahlrecht aus, infolgedessen 20% ihrer Dividendeneinnahmen aus Streubesitzbeteiligungen an den ausländischen Kapitalgesellschaften bei der Ermittlung des für die Körperschaftsteuer massgeblichen Gewinns nicht zu berücksichtigen waren.

Aufgrund von § 8 Nr. 5 S. 1 GewStG rechnete das Finanzamt dem Gewerbeertrag diese 20% der zugeflossenen Auslandsdividenden, die für Körperschaftsteuerzwecke ausser Ansatz blieben, wieder hinzu. Folglich unterlagen die Dividenden nach Hinzurechnung der vollen Gewerbesteuer. Demgegenüber unterlagen im Jahr 2001 inländische Dividenden nicht der Körperschaftsteuerbefreiung. Sie mussten deshalb bei der Gewerbesteuer nicht wieder hinzugerechnet werden, da sie bereits in der (gewerbesteuerrechtlichen) Bemessungsgrundlage enthalten waren.

Der EuGH entschied, dass die Ungleichbehandlung nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstosse. Die Kapitalverkehrsfreiheit sei nicht eingeschränkt, wenn bei der Ermittlung der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage ausländische Streubesitzdividenden, die in einem vorangegangenen Ermittlungsschritt von der Bemessungsgrundlage zunächst abgezogen wurden, wieder hinzugerechnet werden, während Dividenden die aus vergleichbaren inländischen Beteiligungen von der Bemessungsgrundlage nicht abgezogen und folglich nicht wieder hinzugerechnet werden. Weil sie im Ergebnis derselben (gewerbe-)steuerlichen Belastung unterlagen, sah der EuGH die Ungleichbehandlung als nicht geeignet an, Steuerpflichtige von Investitionen ihres Kapitals in einem anderen Mitgliedstaat abzuhalten.

dd) Französische Schachtelstrafe unionsrechtswidrig

Am 11. Mai 2023 erliess der EuGH sein Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-497/22 und C-408/22 (Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance/Manitou BF SA und Bricolage Investissement France SA).¹⁴

¹⁴ EuGH, Urteil vom 11. Mai 2023, *Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance/Manitou BF SA und Bricolage Investissement France SA*, C-407/22 und C-408/22, ECLI:EU:C:2023:392.

Die beiden verbundenen Verfahren betrafen jeweils französische Muttergesellschaften, die von in anderen Mitgliedsstaaten ansässigen Tochtergesellschaften Dividenden bezogen. Diese waren aufgrund des französischen Schachtelprivilegs steuerbefreit, unterlagen aber einer pauschalen Besteuerung von 5% der Dividenden als nicht abziehbare Betriebsaufwendungen.

Der EuGH bejahte eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit. In der Sache erweiterte der EuGH mit dem Urteil seine sich aus dem Urteil *Groupe Steria* ergebenden Grundsätze. Danach ist eine Ungleichbehandlung darin zu sehen, wenn bei der Muttergesellschaft die Hinzurechnung eines Anteils für Ausgaben und Aufwendungen, der pauschal 5% des Nettobetrags der Dividenden, die sie von gebietsansässigen Gesellschaften erhält, neutralisiert wird, während ihr eine Neutralisierung für solche Dividenden versagt wird, die sie von Tochtergesellschaften erhält, die in einem anderen Mitgliedsstaat ansässig sind.

ee) Steuerbefreiung auf konzerninterne Veräußerung im Vereinigten Königreich verstösst gegen die Niederlassungsfreiheit

Am 16. Februar 2022 erliess der EuGH sein Urteil in der Rechtssache *C-707/20 (Gallaher Limited/HMRC)*.¹⁵

In dieser Rechtssache geht es um die Frage, ob die Vorschriften des Vereinigten Königreichs für die Übertragung von Unternehmensgruppen, die eine sofortige Steuerbelastung bei der Veräußerung von Vermögenswerten an eine in einem Drittland ansässige Konzerngesellschaft vorsehen, die Niederlassungsfreiheit einschränken, wenn eine solche Veräußerung steuerneutral erfolgen würde, wenn die Konzerngesellschaft, die die Vermögenswerte erhält, in einem EU-Mitgliedstaat ansässig wäre oder eine Betriebsstätte hätte. Der Fall befasst sich auch mit der Frage, ob diese Vorschriften verhältnismässig sind, da die Gesellschaft die Zahlung dieser Steuer nicht aufschieben kann, wenn sie als Gegenleistung für die Veräußerung der Vermögenswerte einen Betrag in Höhe ihres vollen Marktwerts erhalten hat.

Die Rechtssache betrifft *Gallaher (GL)*, eine im Vereinigten Königreich ansässige Gesellschaft, welche indirekt von einer steuerlich in den Niederlanden ansässigen Gesellschaft gehalten wird, die europäische Obergesellschaft der Gruppe. Neben ihren Tochtergesellschaften im Vereinigten Königreich hielt die niederländische Gesellschaft ebenfalls eine Schweizer Tochtergesellschaft namens *JTISA*. Infolge zweier Veräußerungen von Vermögenswerten von der

¹⁵ EuGH, Urteil vom 16. Februar 2023, *Gallaher Limited/HMRC*, C-707/20, ECLI:EU:C:2023:101.

GL an die JTISA und an die niederländische Muttergesellschaft erliessen die Steuerbehörden des Vereinigten Königreichs (HMRC) zwei Teilabschlussbescheide, in denen die Höhe der anrechenbaren Gewinne und Gewinne, die der GL im Zusammenhang mit diesen Veräusserungen entstanden sind, festgelegt wurden. Da die Käufer nicht im Vereinigten Königreich steuerlich ansässig waren, waren die Gewinne aus den Vermögenswerten Gegenstand einer sofortigen Steuerbelastung. Keine Bestimmung des britischen Rechts sieht die Stundung dieser Abgabe oder die Zahlung der Steuer in Raten vor.

In seinem Urteil führt der EuGH aus, dass eine nationale Regelung, die nur für Unternehmensgruppen gilt, nicht in den Anwendungsbereich des freien Kapitalverkehrs fällt. Der EuGH kam zu diesem Ergebnis, indem er auf die bestehende Rechtsprechung verwies, aus der unter anderem hervorgeht, dass nationale Vorschriften, die nur die Beziehungen zwischen Konzerngesellschaften betreffen, in erster Linie die Niederlassungsfreiheit berühren.

Der EuGH verneinte im nächsten Schritt aber auch die Verletzung der Niederlassungsfreiheit. Der EuGH stellte zunächst fest, dass der Fall eine Situation betraf, in der eine Muttergesellschaft (d. h. die niederländische Gesellschaft) von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machte, indem sie eine Tochtergesellschaft im Vereinigten Königreich gründete (GL). Der EuGH entschied, dass die durch die fragliche nationale Regelung auferlegte Steuerpflicht in dem Fall, dass Vermögenswerte von einer im Vereinigten Königreich ansässigen Tochtergesellschaft einer ausserhalb des Vereinigten Königreichs ansässigen Muttergesellschaft in ein Drittland übertragen werden, die gleiche ist wie die Veräusserung von Vermögenswerten durch eine im Vereinigten Königreich steuerlich ansässige Tochtergesellschaft einer im Vereinigten Königreich ansässigen Muttergesellschaft an ein Drittland. Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Sitzes der Muttergesellschaft kann also nicht gegeben sein.

Im Hinblick auf die Übertragung von Vermögenswerten in die Niederlande sah der EuGH zwar grundsätzlich eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit, weil eine Übertragung an eine UK Gesellschaft steuerneutral erfolgen kann, während die Übertragung in einen anderen Mitgliedsstaat steuerpflichtig ist. Er sah die Verletzung zur ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis allerdings als gerechtfertigt an.

Schliesslich äusserte sich der EuGH zur fehlenden Stundungsmöglichkeit dahingehend, dass diese gerechtfertigt sei, weil GL keine Liquiditätseinbussen erlitten hat und die Staaten die Möglichkeit haben müssen, sicherzustellen, dass eine vollständige Zahlung der Steuer geleistet wird.

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

a) Gesetzliche Entwicklungen

aa) Richtlinienentwurf „VAT in the Digital Age“ (ViDA)

Im Laufe des Jahres 2023 war der Entwurf der Richtlinie „VAT in the Digital Age“ (vom Ende 2022) ein vieldiskutiertes Thema.¹⁶ Der Richtlinienentwurf enthält eine Vielzahl einschneidender gesetzlicher Neuerungen. Geplant war eine Umsetzung der einzelnen Massnahmen sukzessive vorwiegend in den Jahren 2025 und 2028. Im Juni 2023 hat sich im Rat für Wirtschaft und Finanzen (ECOFIN) eine breite Zustimmung zu dem Gesetzesvorhaben gefunden. Allerdings haben mehrere Mitgliedstaaten darauf hingewiesen, dass bei den Umsetzungsfristen berücksichtigt werden müsse, dass zunächst noch erhebliche technische Vorbereitungsleistungen erforderlich seien. Auch eine Reihe von inhaltlichen Themen werden zurzeit noch auf EU-Ebene diskutiert, bevor der Vorschlag final umgesetzt werden kann. Mittlerweile deutet sich an, dass ViDA wohl nicht vor 2026 kommen wird. Auf der [ECOFIN-Sitzung am 8. Dezember 2023](#) wurde beschlossen, dass man auf EU-Ebene erst ab Mitte 2024 weiter an den technischen Fragen arbeiten wird.

Wegen der besonderen Bedeutung dieser fest geplanten Reform werden die wesentlichen Punkte des aktuellen Vorschlags an dieser Stelle noch einmal aktualisiert und vertieft, auch wenn sich die Umsetzung verzögert hat und es noch zu Änderungen kommen kann:

- Es sollen neue digitale Meldepflichten und im unternehmerischen Verkehr eine Pflicht zur elektronischen Rechnungsstellung eingeführt werden (binnen zweier Arbeitstage, wobei diese Frist möglicherweise noch verlängert wird). Eine elektronische Rechnung, erweitert um mehrere zusätzliche Rechnungspflichtangaben, wird die Grundlage für die neuen digitalen Meldepflichten bilden.
- Die Europäische Kommission sieht die Lösung zur Bekämpfung des Mehrwertsteuerbetrugs in der EU in der Einführung eines umsatzbasierten Meldesystems, das den Mitgliedstaaten Informationen in nahezu Echtzeit zur Verfügung stellt. Zu diesem Zweck soll ein gemeinsames und verbind-

¹⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG in Bezug auf die Mehrwertsteuervorschriften für das digitale Zeitalter vom 8. Dezember 2022, COM(2022) 701 final.

liches Muster festgelegt werden, das es den Unternehmern ermöglicht, Daten aus elektronischen Rechnungen in Echtzeit zu melden. Der Umfang der zu meldenden Daten ist noch Diskussionsgegenstand.

- Auch das Rechnungsformat muss zukünftig bestimmten EU-weit vereinheitlichenden Vorgaben genügen.
- Da die – aktuell noch bestehende – Möglichkeit, Sammelrechnungen auszustellen, im Widerspruch zum Ziel des neuen digitalen Meldesystems steht (d.h. Informationen über Umsätze nahezu in Echtzeit an die Steuerverwaltungen zu übermitteln), ist es geplant, die Möglichkeit der Ausstellung von zusammenfassenden Rechnungen abzuschaffen.
- Die bisherigen zusammenfassenden Meldungen sollen ebenfalls abgeschafft und durch die neuen digitalen Meldepflichten abgelöst werden.
- Ferner soll zukünftig die Anwendbarkeit der Vereinfachungsregelung für innergemeinschaftliche Dreiecksgeschäfte davon abhängen, dass der mittlere Unternehmer für jede einzelne Lieferung, für die er die Vereinfachungsregelung anwenden möchte, seinen digitalen Meldepflichten nachkommt.
- Für Mehrwertsteuerzwecke soll eine neue fiktive Lieferkette im Bereich der Plattformwirtschaft geschaffen werden. Nach der geplanten Neuregelung sollen Unternehmer, die die kurzfristige Unterkunftsvermietung oder Personenbeförderung über eine elektronische Schnittstelle, wie eine Plattform oder ein Portal, unterstützen, so behandelt werden, als hätten sie diese Dienstleistungen selbst empfangen und erbracht (d.h. obwohl sie zivilrechtlich an der Erbringung der über die Plattform veräusserten Leistung nicht beteiligt sind). Dieser Vorschlag der Europäischen Kommission zielt darauf ab, die bestehenden Mehrwertsteuervorschriften für die Plattformwirtschaft zu aktualisieren, um die Erhebung von Mehrwertsteuer sicherzustellen. Dieses Element der VIDA-Initiative ist allerdings noch sehr umstritten und die finale Umsetzung sollte genau beobachtet werden (gerade auch im Hinblick auf die kurzfristige Vermietung).
- Die **Lieferkettenfiktion** beim Verkauf von Waren über Plattformen soll auf sämtliche EU-Liefervorgänge ausgeweitet werden (und nicht mehr nur wie derzeit auf importierte Waren mit Verkäufen an Privatpersonen unter 150 Euro sowie bestimmte Lieferungen innerhalb der EU unter Beteiligung von Drittlandsunternehmern angewendet werden).
- Nach unserem letzten Kenntnisstand könnte die Umsetzung einiger oder sämtlicher dieser Massnahmen zur Lieferkettenfiktion letztlich sogar vollständig daran scheitern, dass kleinere Marktplätze eine Lieferkettenfiktion für alle Transaktionen im Marktplatzhandel technologisch nicht mit verhältnismässigem Aufwand umsetzen könnten.

- Die Anwendung des bestehenden One-Stop-Shop (OSS) soll auf weitere Umsätze ausgeweitet werden. Auch sind Änderungen beim Import-One-Stop-Shop (IOSS) vorgesehen. Dies soll die Unternehmer dabei unterstützen, bestimmte in mehreren EU- Mitgliedstaaten erbrachte Leistungen in der EU lediglich zentral in nur einem einzelnen EU-Mitgliedstaat erklären zu müssen. Auch zu diesem Punkt werden noch eine Reihe von Detailfragen diskutiert.
- Für das innergemeinschaftliche Verbringen eigener Ware soll ein vereinfachtes Besteuerungsverfahren eingeführt werden und optional ebenfalls in dem OSS-Verfahren erklärt werden dürfen.
- Die Regelungen zu Konsignationslagern sollen abgeschafft werden. Im Zusammenhang mit der Einführung dieses besonderen Besteuerungsverfahrens zur Deklaration von innergemeinschaftlichen Verbringungen wird die bisherige Konsignationslagerregelung entbehrlich. Daher soll diese Regelung nur noch für Warenverbringungen bis zum 31. Dezember 2024 gelten (diese Frist könnte aber noch verlängert werden).
- Die Mitgliedstaaten sollen verpflichtet werden, die Möglichkeit der Verlagerung der Steuerschuld auf den Leistungsempfänger für lokale Leistungen durch nicht ansässige Unternehmer zuzulassen. Damit soll das sogenannte „Reverse-Charge“-Verfahren ausgeweitet beziehungsweise für bestimmte Konstellationen für die Mitgliedstaaten verpflichtend werden (wohingegen die Umsetzung dieser Regeln bisher im freien Belieben der Mitgliedstaaten stand).

bb) „CESOP“: Inkrafttreten zum 1.1.24 in den EU-Mitgliedstaaten

Das neue zentrale elektronische Zahlungsverkehrsinformationssystem (CESOP) beinhaltet neue Aufzeichnungs- und Meldepflichten für Banken und Zahlungsdienstleister und gilt seit dem 1. Januar 2024.

Durch die Speicherung der Informationen in einer zentralen Datenbank soll ein möglicher Umsatzsteuerbetrug im E-Commerce leichter aufgedeckt werden. Mithilfe der Zahlungsinformationen sollen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union den Umsatzsteuerbetrug, insbesondere im Bereich des grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehrs, besser bekämpfen können. Die Finanzverwaltung soll durch den Zugang zu den Zahlungsdaten der Zahlungsdienstleister Informationen erhalten, die bislang nicht oder nicht unmittelbar zur Verfügung standen. Dadurch soll die Finanzverwaltung in die Lage versetzt werden, schneller betrügerische Unternehmen zu ermitteln und festzustellen, in welchem Mitgliedstaat Lieferungen von Gegenständen und die Erbringung bestimmter Dienstleistungen als erfolgt beziehungsweise erbracht gelten.

Fast alle Zahlungsdienstleister, die in einem EU-Mitgliedstaat Zahlungsdienste erbringen, fallen in den Anwendungsbereich (gemäss PSD2 – darunter Banken, Zahlungsdienstleister, Postbanken, E-Geld-Institute).

Betroffene Institute sind zur Übermittlung von Zahlungsinformationen über grenzüberschreitende Zahlungen an die Finanzverwaltungen der Mitgliedstaaten verpflichtet. Die Meldungspflicht umfasst bis zu 15 Datenfelder, die je nach Zahlungsart Unterschiede aufweisen. Bei falscher, unvollständiger oder verspäteter Meldung können Bussgelder von bis zu 5,000 Euro verhängt werden.

Einzelheiten werden in einem aktuellen BMF-Schreiben erläutert („Umsatzsteuer; Besondere Pflichten für Zahlungsdienstleister (§ 22g UStG)“ vom 28. Dezember 2023).

b) Ausgewählte Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

aa) EuGH zur Organschaft und anhängiges Verfahren zu Innenumsätzen

Der EuGH hat seine lang erwarteten Entscheidungen zu den Rechtsfolgen der deutschen umsatzsteuerlichen Organschaft getroffen (C-141/20 (Norddeutsche Diakonie)¹⁷ und C-269/20 (S/FA T)).¹⁸

Der EuGH akzeptiert, dass ein Mitgliedstaat nicht die Mehrwertsteuergruppe selbst, sondern lediglich ein Mitglied dieser Gruppe (den Organträger) zum einzigen Steuerpflichtigen für Mehrwertsteuerzwecke bestimmen könne, sofern dieser Organträger in der Lage sei, seinen Willen bei den anderen Mitgliedern dieser Gruppe durchzusetzen (sowie unter der weiteren Voraussetzung, dass diese Bestimmung nicht zur Gefahr von Steuerverlusten führt).

Für das Vorliegen der finanziellen Eingliederung nehmen die bisherige deutsche Rechtsprechung und die Finanzverwaltung an, dass der Organträger über die Stimmrechtsmehrheit an der jeweiligen Organgesellschaft verfügen müsse. Der EuGH sieht dies anders und stellt fest, dass der Organträger über die Mehrheitsbeteiligung hinaus nicht zusätzlich die Stimmrechtsmehrheit innehaben müsse. Allgemein stellt der EuGH fest, dass ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen den Gruppenmitgliedern zwar die für die Eingliederung

¹⁷ EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2022, Finanzamt Kiel gegen Norddeutsche Gesellschaft für Diakonie mbH, C-141/20, ECLI:EU:C:2022:943.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2022, Finanzamt T gegen S, C-269/20, ECLI:EU:C:2022:944.

rung erforderliche „enge Verbindung“ herbeiführen könnte. Das im deutschen Recht bisher notwendige Über- und Unterordnungsverhältnis sei aber keine notwendige Voraussetzung für eine solche enge Verbindung.

Es ist zudem auf eine noch anhängige, neue Vorlagefrage des deutschen BFH zum EuGH hinzuweisen (EuGH anhängig C-184/23;¹⁹ die Vorlage stammt aus dem Verfahren C-269/20. Der BFH fragt sinngemäss, ob Innenumsätze –anders als bisher vom BFH angenommen– dem Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer unterliegen und damit steuerbar sind beziehungsweise ob das zumindest dann der Fall sein müsse, wenn der Leistungsempfänger nicht (oder nur teilweise) zum Vorsteuerabzug berechtigt sei, da ansonsten die Gefahr von Steuerverlusten bestehe. Der BFH möchte demnach geklärt haben, ob an der bisherigen Annahme der Nichtsteuerbarkeit von Innenumsätzen der Organshaft festgehalten werden kann. Der BFH stellt fest, dass aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH keine eindeutige Antwort hergeleitet werden könne und dass sogar unterschiedliche Beurteilungen durch die Generalanwaltschaft in unterschiedlichen EuGH-Verfahren vorlägen.

bb) EuGH zur Betriebsstätte / Cabot Plastics – Cabot Plastics

Nach einer neuen Entscheidung des EuGH²⁰ unterhält ein steuerpflichtiger Dienstleistungsempfänger, der den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit ausserhalb der Europäischen Union hat, in dem der von ihm rechtlich unabhängige Erbringer der betreffenden Dienstleistungen ansässig ist, keine feste Niederlassung (umsatzsteuerliche Betriebsstätte), wenn er dort nicht über eine von der personellen und technischen Ausstattung her geeignete Struktur verfügt, die eine solche feste Niederlassung bilden könnte. Dies gilt auch dann, wenn der steuerpflichtige Dienstleistungserbringer Lohnveredelungsleistungen sowie eine Reihe von Neben- oder Zusatzleistungen, die zur wirtschaftlichen Tätigkeit des steuerpflichtigen Dienstleistungsempfängers in diesem Mitgliedstaat beitragen, in Erfüllung einer exklusiven vertraglichen Verpflichtung für diesen steuerpflichtigen Dienstleistungsempfänger erbringt.

Der Umstand, dass der Lohnveredeler Cabot Belgien und seine Leistungsempfängerin Cabot Switzerland miteinander verbundene Unternehmen waren, führte laut EuGH allein nicht zur Annahme einer festen Niederlassung. Die zentrale Frage nach der potentiellen Zurechnung fremder Ausstattung (hier der Cabot Belgien) als Betriebsstätte zu einem ausländischen Unternehmen (hier der Cabot Switzerland) hat den EuGH schon mehrfach beschäftigt (etwa

¹⁹ EuGH, Vorabentscheidungsersuchen vom 22. März 2023, Finanzamt T gegen S, C-184/23.

²⁰ EuGH, Urteil vom 29. Juni 2023, Cabot Plastics Belgium SA gegen État belge, C-232/22, ECLI:EU:C:2023:530.

in Welmory, DFDS, Dong Yang, und zuletzt in den Fällen Titanium und Berlin Chemie). Das vorliegende Urteil entwickelt die dort herausgearbeiteten Kriterien weiter. Demnach ist die bloss enge gesellschaftsrechtliche Verflechtung und die wirtschaftliche Abhängigkeit eines Subunternehmers allein nicht hinreichend zur Begründung einer festen Niederlassung des Auftraggebers. Selbst wenn eine juristische Person nur einen einzigen Kunden hat, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie die ihr zur Verfügung stehende technische und personelle Ausstattung für ihren eigenen Bedarf einsetzt. Der EuGH hatte bereits in vorangehenden Urteilen klargestellt, dass ein und dieselbe technische oder personelle Ausstattung nicht gleichzeitig der Erbringung und dem Empfang derselben Leistung dienen kann. Wenn das lokale Unternehmen die Ausstattung zur Erbringung seiner eigenen Dienstleistung benötigt, kann die Ausstattung demnach nicht gleichzeitig dem ausländischen Stammhaus als Betriebsstätte zugerechnet werden.

cc) *EuGH Anhängiges Verfahren zur Betriebsstätte: C-533/22 – Adient*

Die Adient-Unternehmensgruppe hat ihren Hauptsitz in Europa. Das grösste Unternehmen der Gruppe ist die Adient Ltd & Co. KG Deutschland. Die Gruppe ist ein globaler Zulieferer für die grössten Hersteller der Automobilindustrie und verfügt über ein weltweites Netz von Produktions- und Montagewerken, die Erstausrüster mit kompletten Sitzsystemen, Modulen und Komponenten beliefern.

Eine der acht Vorlagefragen zielt darauf ab, ob eine eigenständige gebietsansässige juristische Person allein deshalb als feste Niederlassung einer gebietsfremden Einheit eingestuft wird, weil beide Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören.²¹

dd) *EuGH zum Mehrwertsteuerbetrug: C-512/21 – Aquila Part*

Die Gesellschaft Aquila stand im Verdacht, sich an einem Mehrwertsteuerbetrug beteiligt zu haben beziehungsweise alternativ, dass sie den durch einen Vertragspartner begangenen Betrug zumindest hätte erkennen können. Bejahendenfalls würde dies zum Ausschluss des Vorsteuerabzugs von Aquila aus bestimmten Eingangsrechnungen führen. Der Vorwurf beruhte vor allem auf der Verletzung von Vorschriften des nationalen Rechts zur Sicherheit der Lebensmittelkette, auf den von diesen Unternehmen angewandten geringen Handelsspannen und dem unangemessenen geschäftlichen Verhalten einiger dieser Unternehmen.

²¹ EuGH, Vorabentscheidungsersuchen vom 9. August 2022, C-533/22.

Der EuGH stellt in seinem Urteil²² u.a. fest, dass bei Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Steuerhinterziehung vom Steuerpflichtigen eine erhöhte Sorgfalt erwartet werden. Es kann jedoch nicht von ihm verlangt werden, dass er komplexe und umfassende Überprüfungen durchführt, wie sie von der Steuerverwaltung vorgenommen werden können. Die Frage, ob der Steuerpflichtige mit hinreichender Sorgfalt gehandelt hat, wenn er insbesondere nachweist, dass er interne Beschaffungsregelungen zur Überprüfung der Situation seiner Partner aufgestellt hat und keine Barzahlung akzeptiert, fällt unter die Würdigung des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens und damit in die alleinige Zuständigkeit der nationalen Gerichte. Ein Verstoss gegen Vorschriften des nationalen Lebensmittelrechts ist für sich genommen kein Beweis für diese Tatbestände, kann aber neben anderen ein Indiz für das Vorliegen einer solchen Hinterziehung sein und einen Gesichtspunkt darstellen, der im Rahmen einer umfassenden Beurteilung aller Gesichtspunkte und tatsächlichen Umstände des Einzelfalls herangezogen werden kann, um nachzuweisen, dass der Steuerpflichtige an dieser Hinterziehung beteiligt war (und zwar auch dann, wenn dieser Verstoss zuvor nicht von der insoweit zuständigen Verwaltungsbehörde festgestellt worden war).

Das Urteil des EuGH geht auch auf die Möglichkeit der Zurechnung der (entsprechenden betrugsrelevanten) Kenntnis eines beauftragten Dritten für den Steuerpflichtigen ein. Da viele Unternehmen gerade im Einkaufs- oder Verkaufsprozess externe Dienstleister beauftragen, kann eine solche Zurechnung sehr risikobehaftet sein und etwa zur Versagung des Vorsteuerabzugs führen. Zur Absicherung müssen die Unternehmen womöglich konkrete Vorgaben machen, welche Überprüfungen der Geschäftspartner (durch externe Dritte) zur Abwehr von Mehrwertsteuerbetrug vorzunehmen und zu dokumentieren sind. Auch zusätzliche eigene Prüfungen durch den Steuerpflichtigen könnten je nach Einzelfall erforderlich werden.

ee) *EuGH zu „Subscription Gifts“: C-505/22 – Deco Proteste – Editores Lda*

Die Gewährung einer Abo-Prämie als Gegenleistung für den Abschluss eines Zeitschriftenabonnements stellt eine (umsatzsteuerliche unselbständige) Nebenleistung zu der in der Lieferung von Zeitschriften bestehenden Hauptleistung dar (Lieferung von Gegenständen gegen Entgelt).²³ Die Abo-Prämie ist in dem Fall keine unentgeltliche Zuwendung von Gegenständen. Die por-

²² EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2022, Aquila Part Prod Com SA gegen Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága, C-512/21, ECLI:EU:C:2022:950.

²³ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2023, Deco Proteste - Editores Lda gegen Autoridade Tributária e Aduaneira, C-505/22, ECLI:EU:C:2023:731.

tugiesischen Finanzbehörden waren allerdings von „Zuwendungen“ ausgegangen, welche sodann wegen Überschreitens bestimmter Freigrenzen zusätzliche Umsatzsteuer auslösen sollten. Der Ansatz des EuGH sollte demgegenüber dazu führen, dass die Umsatzsteuer für die Abo-Prämie bereits mit der Zahlung für die Zeitschrift mit abgegolten ist. Diese Grundsätze könnten auch für andere Prämien und ähnliche Vorgänge Beachtung finden, wobei zunächst die genaue Begründung des EuGH stets auf ihre Übertragbarkeit auf weitere Fälle zu prüfen wäre.

ff) *EuGH zu Unternehmereigenschaft Verwaltungsrat: C-288/22 – Administration de l'Enregistrement*

Der EuGH hat entschieden, dass das Mitglied des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft nach luxemburgischem Recht eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne dieser Bestimmung ausübt, wenn es dieser Gesellschaft eine Dienstleistung gegen Entgelt erbringt und diese Tätigkeit einen nachhaltigen Charakter aufweist und gegen eine Vergütung ausgeübt wird, deren Festsetzungsmodalitäten vorhersehbar sind.²⁴

Die Frage, ob eine Tätigkeit eines Organs gegen Entgelt als selbständige und wirtschaftliche Tätigkeit zu betrachten ist, war in den bisherigen EuGH-Rechtssachen für ein Mitglied eines Aufsichtsrates und einen Geschäftsführer beantwortet worden, nicht aber für ein Mitglied eines Verwaltungsrates.

Für den EuGH ist die Beurteilung der Steuerbarkeit aufwendiger als etwa die recht einfache Abgrenzung der deutschen Finanzverwaltung, die variable Vergütungen als umsatzsteuerbar behandelt und feste Vergütungen nicht. Nach dem EuGH-Urteil dürfte demgegenüber eine variable Vergütung nicht notwendig die Selbstständigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit herbeiführen. Das Aufsichtsratsmitglied muss vielmehr auch das Verlustrisiko der Gesellschaft mittragen. Der EuGH geht recht umfassend auf die für die Selbstständigkeit notwendigen Elemente der (auch zeitlichen) Nachhaltigkeit der Tätigkeit und der Angemessenheit der Vergütung ein.

Darüber hinaus muss bei Aufsichtsratsmitgliedern aus Sicht des EuGH aber auch vorgelagert geprüft werden, ob überhaupt eine wirtschaftliche Tätigkeit erbracht werde. Entscheidendes Kriterium sei die Nachhaltigkeit der Tätigkeit und der Vergütung. Für die Wahrung dieses nachhaltigen Charakters ist es wichtig, dass, falls die Tantiemen nach Massgabe der von der betreffenden

²⁴ EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2023, TP gegen Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA, C-288/22, ECLI:EU:C:2023:1024.

Gesellschaft erzielten Gewinne gewährt werden, den Verwaltungsratsmitgliedern auch in den Geschäftsjahren, in denen die Gesellschaft keine Gewinne erzielt hat, Tantiemen gewährt werden können.

Die Europarichter bejahen im Ergebnis zwar eine wirtschaftliche Tätigkeit, verneinen jedoch eine Selbständigkeit der Tätigkeit des Verwaltungsratsmitglieds der AG. Die Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungsrats sei nicht selbständig im Sinne dieser Bestimmung, wenn dieses Mitglied zwar die Modalitäten der Ausübung seiner Arbeit frei regelt, das Entgelt (Einkommen) selbst vereinnahmt, im eigenen Namen handelt und keinem hierarchischen Unterordnungsverhältnis unterliegt, solange das Mitglied allerdings weder für eigene Rechnung noch in eigener Verantwortung handelt und das mit seiner Tätigkeit einhergehende wirtschaftliche Risiko nicht trägt.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

I. Entwicklungen bei den direkten Steuern

a) OECD Mindestbesteuerung

Auf Ebene der OECD wurde die als zweite Säule des sogenannten BEPS 2.0 Projektes bekannte globale Mindeststeuer im Jahr 2021 von ca. 140 Staaten verbindlich beschlossen. Am 20. Dezember 2021 veröffentlichte die OECD detaillierte Regeln zu dieser tiefgreifenden Reform des internationalen Steuersystems.²⁵ Künftig sollen grosse, international tätige Unternehmensgruppen mindestens 15% Steuern auf ihrem Gewinn bezahlen. Die sogenannten GloBE-Regeln sollen insbesondere garantieren, dass die davon betroffenen Konzerne die Mindeststeuer auf den von ihnen erzielten Gewinnen neuerdings in all denen Ländern entrichten, in denen sie ihre Tätigkeit ausüben. Die OECD erhofft sich auf diesem Weg pro Jahr schätzungsweise USD 150 Milliarden zusätzliche globale Steuereinnahmen.²⁶ Die Umsetzung der Mindestbesteuerung bedarf in der Schweiz einer Verfassungsänderung. Dieser hat das Schweizer Volk am 18. Juni 2023 per Volksabstimmung zugestimmt, womit der Bundesrat die Mindestbesteuerung nun umsetzen kann, zunächst mittels Erlasses einer entsprechenden Verordnung.²⁷ Die Vernehmlassungsfrist lief am 14. September 2023 ab²⁸ und die Mindeststeuerverordnung (MindStV) ist plangemäss am 1. Januar 2024 in Kraft getreten. Innerhalb von sechs Jahren muss der Bundesrat dem Parlament ein Gesetz vorlegen, das die Verordnung ablöst.²⁹

²⁵ Schreiber René/Fischer Jana/Meyer-Burow Jochen/Jürgens Eva, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 212; Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Umsetzung der OECD-Mindeststeuer in der Schweiz, abrufbar unter: <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/steuern/steuern-international/umsetzung-oecd-mindeststeuer.html>>.

²⁶ Schreiber/Fischer/Meyer-Burow/Jürgens, 213.

²⁷ Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Umsetzung der OECD-Mindeststeuer in der Schweiz, abrufbar unter: <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/steuern/steuern-international/umsetzung-oecd-mindeststeuer.html>>.

²⁸ Steuerverwaltung des Kantons Bern, OECD Säule 2: Umsetzung der OECD-Mindeststeuer, abrufbar unter: <https://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfo/OECD_Saeule_2_Umsetzung_der_OECD-Mindeststeuer>.

²⁹ Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Mindestbesteuerungsverordnung (MindStV) des Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD) vom 24. Mai 2023, 5 f.; Art. 129a i.V.m. 197 Ziff. 15 Abs. 8 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101).

Die Übergangsbestimmung in der Bundesverfassung sieht zur Umsetzung der Mindestbesteuerung eine sogenannte Ergänzungssteuer vor. Mittels dieser soll die Schweiz auf ihrem Gebiet die Mindestbesteuerung der betroffenen Unternehmensgruppen und Geschäftseinheiten sicherstellen.³⁰

Bei der Ergänzungssteuer handelt es sich gemäss Übergangsbestimmungen des Bundesbeschlusses um eine Bundessteuer. Der Vollzug erfolgt indessen durch die Kantone. Dem Bund stehen 25% und den Kantonen 75% der Einnahmen zu. Das ermöglicht es den Kantonen und ihren Gemeinden, weiterhin attraktive Standortbedingungen anzubieten. Gleichzeitig werden die zusätzlichen Steuereinnahmen der Kantone im Nationalen Finanzausgleich berücksichtigt.³¹

Gemäss Schätzung des Bundesrates sind in der Schweiz lediglich einige Hundert inländische Gesellschaften sowie ausserdem eine grössere Anzahl internationaler Unternehmensgruppen von der Mindeststeuer betroffen. Rund 99% der in der Schweiz ansässigen Unternehmen sind von der Reform nicht direkt betroffen und ihre Besteuerung erfolgt wie bisher unverändert.

Die internationale Ergänzungssteuer („IIR“) wird bemessen auf den Gewinnen von steuerlich nicht der Schweiz zugehörigen Geschäftseinheiten einer Unternehmensgruppe, deren oberste Muttergesellschaft gemäss ihrer konsolidierten Jahresrechnung einen jährlichen Umsatz von 750 Millionen Euro erreicht (Art. 10 Abs. 1 und 2 MindStV).

Die Einführung der IIR ist im Unterschied zur schweizerischen Ergänzungssteuer gemäss Art. 40 Abs. 2 MindStV allerdings erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehen. Der Grund für dies aufgeschobene Einführung der IIR liegt darin, dass vor einer Anwendung der Sekundärergänzungssteuerregelung (UTPR) durch die ausländischen Jurisdiktionen, die IIR aller Voraussicht nach zu einer Steuererhöhung für die betroffenen Unternehmen führen würde, ohne entsprechende höhere Belastung im jeweiligen ausländischen Staat. Ziel der Schweiz war und ist indessen nicht, Steuern im Ausland abzuschöpfen. Bis zur Einführung der IIR kann die Schweiz somit ihre Attraktivität als Holdingstandort im Jahr 2024 (und möglicherweise darüber hinaus) weiterhin erhalten. Dies aus dem Grund, dass Tochtergesellschaften von Schweizer Unternehmensgruppen sowie Schweizer Zwischenholdings von Unternehmens-

³⁰ Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Mindestbesteuerungsverordnung (MindStV) des Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) vom 24.Mai2023, 6 f; Art. 129a i.V.m. 197 Ziff. 15 Abs. 2 Bst. b. BV, BBl 2022 1700, 29.

³¹ BBl 2022 1700, 3; Schreiber/Fischer/Meyer-Burow/Jürgens, 214.

gruppen aus Staaten ohne IIR im Ausland vorderhand weiterhin von einer tieferen Besteuerung profitieren können, vorausgesetzt, die betroffenen Staaten setzen die OECD-Mindestbesteuerung (noch) nicht um.³²

b) *Besteuerung von Trusts*

Aktuell werden in der Schweiz Trusts praxismässig gestützt auf die allgemein geltenden steuerlichen Grundsätze und zwei verschiedene Kreisschreiben besteuert. Dies wird bis auf Weiteres auch so bleiben. Am 12. Januar 2022 teilte der Bundesrat mit, dass er, im Auftrag des Parlaments, die Einführung des Trusts als neues Rechtsinstitut im Obligationenrecht vorschläge.³³ Dazu eröffnete er selbigen Tags die entsprechende Vernehmlassung, die bis zum 30. April 2022 dauerte.³⁴ Die wichtigste vorgesehene Neuerung aus fiskaler Sicht war die explizite Behandlung von Trusts im Gesetz. Bei einem widerrieflichen Trust (revocable trust) sollte eine Zurechnung des Trusteinkommens an dessen Begründer erfolgen. Mit Medienmitteilung vom 15. September 2023 konstatierte der Bundesrat die derzeitige Einführung eines Schweizer Trust als nicht mehrheitsfähig. Es besteht kein ausreichender politischer Konsens und insbesondere die steuerrechtlichen Regelungen seien in der Vernehmlassung deutlich abgelehnt worden. Entsprechend wird auf die Ausarbeitung einer Botschaft verzichtet und die Abschreibung der Motion wurde beantragt.³⁵

c) *Urteil 9C_678/2021 des Bundesgerichts vom 17. März 2023*

Das Urteil des Bundesgerichts hatte folgenden Sachverhalt zum Gegenstand:

Eine Aktiengesellschaft erwarb eine Hotelliegenschaft, wobei der Erwerbpreis grösstenteils auf ein Erbbaurecht entfiel, welches die erbbauberechtigte natürliche Person und Alleinaktionärin (spätere Beschwerdeführerin) der AG verkaufte. Die AG übernahm zudem Hypothekarschulden der Beschwerdeführerin. Die Liegenschaft wurde daraufhin unter dem Anschaffungswert verbucht. Im Zuge der Liquidation übernahm die Beschwerdeführerin wiederum unentgeltlich die Hypothekarschulden der AG, was diese nicht verbuchte. Das Steu-

³² Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Q&A zur Umsetzung der OECD/G20-Mindestbesteuerung in der Schweiz, Ziff. 4, S. 2, abrufbar unter: <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/steuern/steuern-international/umsetzung-oecd-mindeststeuer.html>>.

³³ Schreiber/Fischer/Meyer-Burow/Jürgens, 215; Kreisschreiben Nr. 30 der Schweizerischen Steuerkonferenz vom 22. August 2007 sowie Kreisschreiben Nr. 20 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 27. März 2008.

³⁴ Schreiber/Fischer/Meyer-Burow/Jürgens, 215.

³⁵ Bundesrat, Medienmitteilung vom 15. September 2023, Die Einführung eines Schweizer Trusts ist derzeit nicht mehrheitsfähig, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-97717.html>>.

eramt des Kantons Nidwalden rechnete daraufhin der Beschwerdeführerin gewisse Liquidationsgewinne als steuerbares Einkommen an, wogegen diese Beschwerde erhob. Das Bundesgericht („BGer“) urteilte letztlich wie folgt:

Von verdeckten – im Unterschied zu offenen – Kapitaleinlagen wird gesprochen, wenn die Kapitaleinlage in den Büchern der empfangenden Gesellschaft nicht oder nicht mit dem tatsächlichen Wert abgebildet wird.³⁶ Die Gesellschaft hat die Befreiung von der Hypothekarschuld durch die Beschwerdeführerin nicht in ihren Büchern abgebildet. Es ist demnach, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin, nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Zahlung der Gesellschaft als Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage betrachtet hat.³⁷

Das BGer hatte bislang nicht zu beurteilen, ob nur offene oder auch verdeckte Kapitaleinlagen nach Art. 20 Abs. 3 DBG steuerfrei zurückbezahlt werden können. Zu diesem Zweck ist Art. 20 Abs. 3 DBG auszulegen.³⁸ In Anbetracht der grammatikalischen, historischen und systematischen Ausgangslage überwiegt in der Literatur die Meinung, dass auch verdeckte Kapitaleinlagen von der Steuerausnahme gemäss Art. 20 Abs. 3 DBG profitieren können müssen.³⁹ Das BGer kam in seinem Urteil zum Schluss, dass sich aus keiner der relevanten Auslegungsmethoden ein überzeugendes Argument dafür ergebe, vom Wortlaut von Art. 20 Abs. 3 DBG abzuweichen und die Steuerfreiheit der Ausschüttung von Kapitaleinlagen an die Bedingung einer separaten Verbuchung bei der Gesellschaft zu knüpfen. Die Vorinstanz hatte demnach zu Unrecht – unter Anwendung von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG – im Ergebnis darauf geschlossen, dass verdeckte Kapitaleinlagen nicht unter Art. 20 Abs. 3 DBG fallen können. Die Vorinstanz hatte überdies für das Bundesgericht verbindlich festgestellt (Art. 105 Abs. 1 BGG), dass die Leistung der Gesellschaft an die Beschwerdeführerin aus einer verdeckten Kapitaleinlage stammt. Folglich verletzte das Urteil der Vorinstanz Bundesrecht, soweit die Vorinstanz die Leistung der Gesellschaft an die Beschwerdeführerin der Einkommenssteuer unterworfen hatte.⁴⁰ Die Bestimmung des kantonalen Steuergesetzes über die Befreiung der Rückzahlung von Kapitaleinlagen (Art. 23 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Nidwalden vom 22. März 2000 über die Steuern des Kantons und der Gemeinden [StG/NW; NG 521.1]) stimmt mit der Regelung von Art. 20 Abs. 3 DBG überein und ist überdies durch Art. 7b StHG (in der bis am 31. Dezember 2019

³⁶ Vgl. Brülisauer/Stocker, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, DBG, 4. Aufl. 2022, N. 15 zu Art. 60 DBG.

³⁷ Urteil 9C_678/2021 des Bundesgerichts vom 17. März 2023 E. 4.2.

³⁸ BGer 9C_678/2021E. 5.2.

³⁹ BGer 9C_678/2021 E. 5.2.5.

⁴⁰ BGer 9C_678/2021, E. 5.4.

gültigen Fassung) harmonisiert. Es kann demnach vollständig auf die Ausführungen zur direkten Bundessteuer verwiesen werden. Auch in Bezug auf die harmonisierten Kantons- und Gemeindesteuern verletzt das angefochtene Urteil Bundesrecht.⁴¹ Weiter lehnt das BGer ebenso das Argument der Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) ab, aufgrund des Sicherungszwecks der Verrechnungssteuer für die Einkommenssteuer bestehe ein enger Zusammenhang zwischen der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuer, weshalb auch für Zwecke der Einkommenssteuer ein Verbuchung der Kapitaleinlagereserven unabdingbar sei.⁴²

Was bedeutet dieser Entscheid nun für die Schweizer Steuerpraxis? Für eine natürliche Person ist der steuerfreie Vermögenszuwachs aus verdeckten Kapitaleinlagen legitim und die Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage einkommenssteuerlich nicht relevant. Dies unabhängig von einer fehlenden Verbuchung der verdeckten Vorteilszuwendung als Kapitaleinlagereserve im Sinne von Art. 4 Abs. 1^{bis} Verrechnungssteuergesetz („VStG“). Zudem macht es aus rein steuersystematischen Überlegungen keinen Sinn, dass in Bezug auf die Rückzahlung von verdeckten Kapitaleinlagen andere Steuerfolgen gelten sollen als bei der Rückführung von offenen Kapitaleinlagen an die Anteilinhaber.⁴³ Derzeit sind einige Fragen über die konkreten Auswirkungen dieses wegweisenden Urteils offen und entsprechende Verwaltungsanweisungen noch ausstehend. Die offenen Punkte betreffen insbesondere die Transponierung (Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG), die bei der Einbringung von Beteiligungsrechten in eine selbst beherrschte Kapitalgesellschaft regelmässig von Bedeutung ist.

d) *Kollektivanlagengesetz. Limited Qualified Investor Fund (L-QIF)*

Um die Attraktivität und Innovationsfähigkeit des Fondplatzes Schweiz zu erhöhen soll der Limited Qualified Investor Fund (L-QIF) als neue Fondskategorie eingeführt werden. Er untersteht nicht der Aufsicht der Finma und stellt für qualifizierte Anleger eine Alternative zu ähnlichen ausländischen Fondsprodukten dar. L-QIF mit direktem Grundbesitz sollen steuerrechtlich wie Immobilienfonds mit direktem Grundbesitz behandelt werden. Als Anleger für solche L-QIF mit direktem Grundbesitz sind Privatkunden, welche als qualifizierte Anleger gelten können, ausgeschlossen. Dies soll potentielle Minder-

⁴¹ BGer 9C_678/2021, E. 6.

⁴² von Ah Julia, Balaban Branko, Einkommenssteuerfreie Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage an den Aktionär, in zsis) 2/2023, A5, abrufbar unter: <publ.zsis.ch/A5-2023>.

⁴³ von Ah, Balaban, a.a.O., N 25.

einnahmen im Bereich der direkten Steuern vermeiden. Die Gesetzesvorlage wurde von den eidgenössischen Räten am 17. Dezember 2021 in den Schlussabstimmungen verabschiedet.⁴⁴

e) *Bundesgesetz über die Tonnagesteuer auf Seeschiffen*

Die Gesetzesvorlage sieht vor, dass Gewinne aus dem Betrieb von Seeschiffen künftig pauschal anhand der Nettoraumzahl (Ladekapazität) besteuert werden können.⁴⁵ Nachdem der Nationalrat als Erstrat bereits am 13. Dezember 2022 beschlossen hatte, auf die Vorlage einzutreten, ist das Geschäft derzeit bei der über Wirtschaft und Abgaben des Ständeratskommission hängig. Insbesondere seitens der Sozialdemokratischen Partei wie auch der Grünen Partei wird die Einführung einer Tonnagesteuer heftig bekämpft. Es ist anzunehmen, dass das Gesetz erst im Jahr 2025 in Kraft tritt.⁴⁶

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

a) *Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer*

Mit Annahme der Reform AHV 21 durch Volk und Stände am 25. September 2024 wurde eine Erhöhung der Mehrwertsteuersätze angenommen. Mit Sitzung vom 9. Dezember 2022 legte der Bundesrat das Inkrafttreten der Reform auf Anfang 2024 fest:

Ab dem 1. Januar 2024 gelten die neuen Mehrwertsteuersätze. Der Normalsatz wurde auf 8,1% (ehemals 7.7%) erhöht, während der reduzierte Satz und der Sondersatz für Beherbergung auf 2,6% (ehemals 2,5%) resp. 3,8% (ehemals 3.7%) erhöht wurde.⁴⁷

⁴⁴ WAK-S, Medienmitteilung vom 20. April 2021, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-s-2021-04-20.aspx>>.

⁴⁵ Bundesrat, Medienmitteilung vom 4. Mai 2022, Seeschiffahrtsunternehmen sollen anhand der Tonnage besteuert werden können, abrufbar unter: <[https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88638.html#:~:text=Bern,04.05.2022-Der,\(Ladekapazität\)besteuert werden können](https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88638.html#:~:text=Bern,04.05.2022-Der,(Ladekapazität)besteuert%20werden%20k%C3%B6nnen)>.

⁴⁶ Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV), Gesetzgebungs- und Verordnungsänderungen 2024-2027, abrufbar unter: <<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/die-estv/steuerpolitik/inkrafttreten-neuerungen/2024-2026.html>>.

⁴⁷ Bundesrat, Medienmitteilung vom 9. Dezember 2022, Reform AHV 21 tritt am 1. Januar 2024 in Kraft – Vernehmlassung zu Verordnungsänderungen, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92108.html>>.

Die neuen Steuersätze sind erstmals anwendbar für das 3. Quartal 2023, für das 2. Semester 2023 und für den Monat Juli 2023.⁴⁸ Bis zum 31. Dezember 2023 erbrachte (Teil-)Leistungen unterliegen den bisherigen Steuersätzen. Ab dem 1. Januar 2024 erbrachte (Teil-)Leistungen unterliegen den neuen Steuersätzen.⁴⁹ D.h. bei periodischen Leistungen, welche sich über den Zeitpunkt der Steuersatzerhöhung hinaus erstrecken, ist der Preis *pro rata temporis* auf den alten und neuen Steuersatz aufzuteilen.⁵⁰

Die Steuersatzerhöhung wirkt sich erhöhend auf die Saldosteuersätze und die Pauschalsteuersätze aus (vgl. Tabelle):

Saldo- und Pauschalsteuersätze bis 31. Dezember 2023	Saldo- und Pauschalsteuersätze ab 1. Januar 2024
0.1%	0.1%
0.6%	0.6%
1.2%	1.3%
2.0%	2.1%
2.8%	3.0%
3.5%	3.7%
4.3%	4.5%
5.1%	5.3%
5.9%	6.2%
6.5%	6.8%

Zusammenfassend hat die Erhöhung der Mehrwertsteuer einige praktische Auswirkungen. Für Unternehmungen gilt es, die Vorlagen ihrer Standardrechnungen entsprechend anzupassen und bei allfälligen Rechnungen über periodenübergreifende (Teil-)Leistungen müssen diese explizit zum alten Steuer-

⁴⁸ Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV), Erhöhung der Steuersätze bei der MWST per 1. Januar 2024, abrufbar unter: <<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/mehrwertsteuer/mwst-steuersaetze/erhoehung-steuersaetze-2024.html>>.

⁴⁹ Schweizerische Eidgenossenschaft, Praxispublikationen, MWST-Infos, abrufbar unter: <<https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/taxInfos/cipherDisplay.xhtml?componentId=1003638&publicationId=1003601&lang=de>>.

⁵⁰ Schweizerische Eidgenossenschaft, Praxispublikationen, MWST-Infos, abrufbar unter: <<https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/taxInfos/cipherDisplay.xhtml?publicationId=1003601&componentId=1003696>>; Schweizerische Eidgenossenschaft, Praxispublikationen, MWST-Infos, abrufbar unter: <<https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/taxInfos/cipherDisplay.xhtml?componentId=1003649&publicationId=1003601&lang=de>>.

satz ausgewiesen werden.⁵¹ Nebst dieser ganzen systematischen Integration und etwa der Schulung der Mitarbeiter bedarf es letztlich der Anpassung der Preislisten.

⁵¹ Schweizerische Eidgenossenschaft, Praxispublikationen, MWST-Infos, abrufbar unter: <https://www.gate.estv.admin.ch/mwst-webpublikationen/public/pages/taxInfos/cipherDisplay.xhtml?componentId=1003649&publicationId=1003601&lang=de>.

Immaterialgüterrecht

Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (ULRIKE I. HEINRICH)	216
1.	Patentrecht	216
a)	Einheitspatent-System eingeführt	216
b)	Neuer Rahmen für standardessentielle Patente	216
c)	Patentanmeldungen 2023	217
d)	Gentechnik in der Landwirtschaft	217
2.	Markenrecht	218
a)	EU-Kommission fördert Marken- und Designanmeldungen	218
b)	Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel	218
c)	Green Claims-Richtlinie	219
d)	EU-weiter Schutz für geographische Angaben handwerklicher und industrieller Erzeugnisse	220
3.	Urheberrecht	220
a)	Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie	220
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (ULRIKE I. HEINRICH)	221
1.	Allgemeine Entwicklungen	221
a)	Öffnung der Domain .swiss für natürliche Personen	221
2.	Patentrecht	221
a)	Schweizer Patentanmeldungen 2022	221
b)	Teilrevision des Patentgesetzes	221
c)	Vereinfachte Verwaltung von Schutzrechten	222
d)	Schweizer Erfindungen im Kampf gegen Krebs	222
e)	Mehr Transparenz bei Patenten im Bereich Pflanzenzucht	223
3.	Markenrecht	223
a)	Vereinfachtes Verfahren zur Vernichtung von Fälschungen in Kleinsendungen	223
b)	Gebührensenkung für Markenschutz	224
c)	BVGer: Anwendbarkeit des Staatsabkommens DE-CH betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz trotz Aufkündigung	224
d)	Klassierung von virtuellen Waren	224
4.	Urheberrecht	225
a)	Schutz für journalistische Veröffentlichungen	225

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2023

i. Patentrecht

a) *Einheitspatent-System eingeführt*

Seit dem 1. Juni 2023 ist das einheitliche Patentsystem endlich in Kraft.¹ Dieses umfasst ein europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung und das Einheitliche Patentgericht für die teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten. Ein Einheitspatent kann für jedes europäische Patent beantragt werden, das am oder nach dem Tag des Inkrafttretens des EPG-Übereinkommens erteilt wird. Bislang haben 17 Mitgliedstaaten des EPG-Übereinkommen ratifiziert.² Langfristig wird man durch das europäische Patent mit einheitlicher Wirkung mit Stellung eines Antrags beim Europäischen Patentamt (EPA) Patentschutz in 25 EU-Mitgliedstaaten erlangen können. Die EU-Mitgliedstaaten Spanien, Polen und Kroatien werden am neuen Patentsystem nicht teilnehmen; hier und in Grossbritannien kann Patentschutz – wie bisher – durch nationale Validierungen erwirkt werden.

b) *Neuer Rahmen für standardessentielle Patente*

Angesichts der geplanten Einführung des Einheitspatents und dem damit einhergehenden Wandel des EU-Patentrechts hatte sich die Europäische Kommission das Ziel gesetzt, den Marktteilnehmern den Zugriff auf wichtige Technologien bestmöglich zu erleichtern.³ Ihre am 27. April 2023 vorgelegten Vorschläge für neue Patentvorschriften⁴ betreffen neben Zwangslizenzierungen und ergänzenden Schutzzertifikaten auch die standardessentiellen Patente (SEP). SEP sind Patente, die Technologien schützen, welche für die Implementierung eines Standards erforderlich sind. Um den freien Wettbewerb nicht zu behindern, müssen Inhaber von SEP diese zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen an Benutzer des jeweiligen Standards lizenzieren.

¹ Webseite des EPO, abrufbar unter: <<https://www.epo.org/de/applying/european/unitary/unitary-patent/start>>.

² Zum Stand der Ratifizierung vgl. Webseite der EU, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2013001>>.

³ Ausführlicher hierzu Tisli Selim, Immaterialgüterrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 220 ff.

⁴ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 27. April 2023, IP/23/2454.

Zur Verbesserung der SEP-Lizenzierungsrahmen will die EU-Kommission die Transparenz bei Lizenzverhandlungen erhöhen und Transaktionskosten senken. Ihre Vorschläge umfassen insbesondere die Einrichtung eines Registers für SEP mit Wesentlichkeitsprüfungen ausgewählter und repräsentativer Stichproben von SEP, die Einführung eines Verfahrens zur Festlegung unverbindlicher Gesamtlizenzgebühren und ein vorgerichtliches Schlichtungsverfahren zur Festlegung von FRAND-Lizenzgebühren. Mit der Durchführung dieser Aufgaben soll ein neues Kompetenzzentrum innerhalb des Europäischen Amtes für geistiges Eigentum (EUIPO) betraut werden.

c) *Patentanmeldungen 2023*

Für das Jahr 2022 verzeichnete das EPA mit 193'460 Patentanmeldungen einen neuen Rekordwert (+2.5% im Vergleich zum Vorjahr).⁵ Die meisten Anmeldungen stammten auch 2022 aus den Gebieten Digitale Kommunikation (16705; +11.2%), Medizintechnik (15683; +1%) und Computertechnik (15193; +1.8%). Die Liste der grössten Patentanmeldeländer führte wieder die USA an (48'088 Anmeldungen europäischer Patente; +2.9% im Vergleich zum Vorjahr), gefolgt von Deutschland (24'684; -4.7%), Japan (21'576; -0.4%), China (19'041; +15.1%) und Frankreich (10'900; +1.9%).

Beim Ranking der Patentanmelder stand wie bereits im Vorjahr das chinesische Technologieunternehmen Huawei an der Spitze (5'505 Patentanmeldungen). Patente sind aber längst nicht mehr nur für grosse Unternehmen von Interesse: 2022 kamen 20 Prozent der europäischen EPA-Anmeldungen von einer Einzelperson oder einem kleinen bzw. mittleren Unternehmen.⁶

d) *Gentechnik in der Landwirtschaft*

In der EU gibt es bisher keine klare Linie zu Nutzung, Import und Anbau gentechnisch modifizierter Pflanzen. Das EU-Parlament will nun die Vorschriften für den Einsatz neuer Gentechnik in der Landwirtschaft lockern, fordert aber, dass alle Lebensmittel aus Gentechnik im Supermarkt gekennzeichnet werden.⁷

⁵ EPA, Patent Index 2022, Statistics and indicators, abrufbar unter: <<https://report-archive.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2022/statistics.html>>.

⁶ Pressemitteilung des EPA vom 28. März 2023, Innovationskraft ungebremst: Patentanmeldungen in Europa nehmen 2022 weiter zu.

⁷ Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 7. Februar 2024, New Genomic Techniques: MEPs back rules to support green transition of farmers.

2. Markenrecht

a) EU-Kommission fördert Marken- und Designanmeldungen

Seit 2021 fördert die EU-Kommission mit dem *Ideas Powered for business SME Fund*⁸ kleine und mittlere Unternehmen beim Zugang zu Rechten des Geistigen Eigentums, indem sie Marken-, Patent- bzw. Designanmeldungen mit einem Zuschuss von bis zu 2.350 Euro unterstützt. Im Berichterstattungszeitraum waren die Fördergelder aufgrund der Rekordzahl an Anträgen bereits im November ausgeschöpft.

b) Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel

Im Zuge des ökologischen Wandels bewerben Unternehmen ihre Produkte vermehrt mit umweltbezogenen Aussagen bspw. als *nachhaltig*, *umweltfreundlich* oder auch *klimateutral*. Besondere Nachweise müssen hierfür nicht erbracht werden – bislang sind Bezeichnungen mit konkretem Bezug zu Nachhaltigkeit gesetzlich noch nicht definiert.

Zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken, die die Verbraucher daran hindern, die richtigen Entscheidungen für umweltfreundlichere oder stärker an der Kreislaufwirtschaft orientierte Produkte und Dienstleistungen zu treffen, hat die EU-Kommission bereits am 30. März 2022 einen Vorschlag für eine *Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel* vorgelegt.⁹ Diese enthält strenge Anforderungen an umweltbezogene Werbeaussagen, Prüfpflichten und Strafen bei Verstößen.

Am 19. September 2023 erzielten der Rat der Europäischen Union und das EU-Parlament eine vorläufige politische Einigung über die Richtlinie,¹⁰ die den ursprünglichen Entwurf noch um weitere verbotene Geschäftspraktiken ergänzt hat. So soll bspw. die Werbung mit Aussagen auf Basis von Kompensationsmassnahmen komplett verboten werden. Die Einigung sieht darüber hinaus strengere Massnahmen gegen frühzeitige Obsoleszenz vor, die Präzisierung der Haftung von Unternehmern in bestimmten Fällen und die Einführung ei-

⁸ Vgl. Webseite EUIPO, abrufbar unter: <<https://www.euipo.europa.eu/en/discover-ip/sme-fund/overview>>.

⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen.

¹⁰ Pressemitteilung des Rats der Europäischen Union Nr. 666/23 vom 19. November 2023, Rat und Parlament erzielen vorläufige Einigung zum Thema *Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel*.

nes harmonisierten Formats, um die Sichtbarkeit der freiwilligen gewerblichen Haltbarkeitsgarantie zu erhöhen, sowie Verbesserungen beim Hinweis auf das gesetzliche Gewährleistungsrecht.

In diesem Sinne ergänzt der vom Rat der Europäischen Union mit Schreiben vom 25. Oktober 2023¹¹ an den Vorsitzenden des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz übersandte Vorschlag zur Änderung der *Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel* den bisherigen Richtlinienentwurf um weitere verbotene Geschäftspraktiken. So wurden bspw. Aussagen über die Klimaneutralität von Produkten bzw. Dienstleistungen auf der Grundlage von Treibhausgas- und insbesondere CO₂-Kompensation in die Liste unlauterer Praktiken aufgenommen.

Das EU-Parlament hat der Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel (COM(2022) 143) am 17. Januar 2024 zugestimmt, der Rat der Europäischen Union am 20. Februar 2024. Die EU-Mitgliedsstaaten müssen die neuen Vorgaben nun binnen zwei Jahren in nationale Gesetze umsetzen.

c) *Green Claims-Richtlinie*

Parallel zur *Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel* arbeitet die EU an einer *Richtlinie über Umweltaussagen* (Green Claims-Richtlinie). Der am 22. März 2024 von der EU-Kommission vorgelegte Richtlinienentwurf¹² zielt ebenfalls darauf ab, die Rolle der Verbraucher bei der Beschleunigung des ökologischen Wandels zu stärken.¹³ Dazu soll u.a. ein komplexes System zur Bewertung und Überprüfung von ausdrücklichen Umweltaussagen geschaffen werden. Zusätzlich enthält die Green Claims-Richtlinie umfangreiche Informationspflichten im Falle ausdrücklicher Umweltaussagen.

Auch wenn die *Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel* und die *Green Claims-Richtlinie* grundsätzlich nebeneinander anwendbar sein sollen, soll Letztere in ihrem Anwendungsbereich Vorrang haben (*lex specialis*).

¹¹ Abrufbar unter: <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14685-2023-INIT/en/pdf>>.

¹² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Begründung ausdrücklicher Umweltaussagen und die diesbezügliche Kommunikation (Richtlinie über Umweltaussagen) COM(2023) 166 final vom 22. März 2023.

¹³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 22. März 2023, IP/23/1692.

d) *EU-weiter Schutz für geographische Angaben handwerklicher und industrieller Erzeugnisse*

Am 9. Oktober 2023 billigte nach dem EU-Parlament (12. September 2023) auch der Rat der Europäischen Union die neue *Verordnung über den Schutz geografischer Angaben für handwerkliche und industrielle Erzeugnisse*.¹⁴ Ab dem Inkrafttreten der Verordnung geniessen geografische Angaben für industrielle Erzeugnisse, die mit ihrem geografischen Erzeugungsgebiet in Verbindung gebracht werden können (wie bspw. Schneidwaren aus Albacete, Böhmisches Glas und Porzellan aus Limoges), einen ähnlichen Schutz wie regional erzeugte Lebensmittel oder Getränke.¹⁵ Dieser Schutz ergänzt den bestehenden EU-Schutz für geografische Angaben im Agrarbereich.

3. Urheberrecht

a) *Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie*

Am 15. Februar 2023 hat die EU-Kommission beschlossen, sechs Mitgliedstaaten vor dem Europäischen Gerichtshof zu verklagen, weil sie der Kommission noch keine Umsetzungsmassnahmen zu zwei Richtlinien in Bezug auf das Urheberrecht mitgeteilt haben.¹⁶ Die Frist zur Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie ist am 7. Juni 2021 abgelaufen.

¹⁴ Pressemitteilung des Europäischen Rats vom 9. Oktober 2023, EUCO 719/23.

¹⁵ Handwerklichen oder industriellen Erzeugnissen wie bspw. Murano-Glas war ein europaweiter Schutz bislang verwehrt.

¹⁶ Medienmitteilung der Europäischen Kommission vom 15. Februar 2023, Europäische Kommission beschliesst, elf Mitgliedstaaten vor dem Gerichtshof der Europäischen Union zu verklagen, weil sie das EU-Urheberrecht nicht vollständig in nationales Recht umgesetzt haben.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

1. Allgemeine Entwicklungen

a) *Öffnung der Domain .swiss für natürliche Personen*

Am 2. Juni 2023 hat der Bundesrat eine Revision der Verordnung über Internet-Domains (VID)¹⁷ verabschiedet.¹⁸ Damit können ab dem ersten Halbjahr 2024 neu auch natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz oder mit Schweizer Staatsbürgerschaft einen Domain-Namen mit der Endung .swiss erwerben.

2. Patentrecht

a) *Schweizer Patentanmeldungen 2022*

Erfinderinnen und Erfinder sowie Unternehmen aus der Schweiz konnten mit 9008 europäischen Patentanmeldungen ihr Vorjahresergebnis noch übertreffen (+5,9%).¹⁹ Damit belegte die Schweiz für 2022 in Bezug auf die Zahl der eingereichten Patentanmeldungen den 7. Platz im internationalen Vergleich und den 3. Rang in Europa. Mit 1031 Anmeldungen pro Million Einwohner bleibt die Schweiz weiterhin das Land mit der höchsten Erfindungsdichte.²⁰

b) *Teilrevision des Patentgesetzes*

Das Schweizer Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) soll internationalen Standards angepasst und besonders für KMU und Einzel-erfinder attraktiver werden.²¹ Hierzu hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 16. November 2022 die Teilrevision des PatG zuhanden des Parlaments verabschiedet. Im Berichtsjahr hat nach dem Ständerat²² auch die Kommission für

¹⁷ Verordnung über Internet-Domains (VID), SR 784.104.2.

¹⁸ Medienmitteilung des UVEK vom 28. Juni 2023, Öffnung der Domain .swiss für natürliche Personen.

¹⁹ EPA, Patent Index 2022, European patent applications, abrufbar unter: <<https://report-archive.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2022/statistics/patent-applications.html#tab5>>.

²⁰ EPA, Patent Index 2022, European patent applications (Fn. 19).

²¹ Heinrich Ulrike I., Immaterialgüterrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 229.

²² Am 21. Dezember 2023 hat der Ständerat die Revision des Patentgesetzes einstimmig angenommen, vgl. SDA-Meldung vom 21. Dezember 2023, Ständerat einverstanden mit Änderungen im Patentgesetz.

Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats (WBK-N) die Änderung des PatG einstimmig gutgeheissen.

Während sich der Ständerat noch eng an den Entwurf des Bundesrats gehalten hat,²³ hat die WBK-N vor allem das im Patenterteilungsverfahren vorgesehene Beschwerderecht diskutiert. Dieses sieht vor, dass Beschwerden gegen Entschiede des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) direkt beim Bundespatentgericht eingereicht werden können. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder möchte die Beschwerdegründe dahingehend ergänzen, dass alle im Patenterteilungsverfahren berücksichtigten bzw. falsch oder nicht genügend berücksichtigten Kriterien vom Bundespatentgericht überprüft werden können sollen. Zudem sollen alle Drittbeschwerden grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben.²⁴ Der Nationalrat wird die Vorlage voraussichtlich in der Frühjahrsession 2024 beraten.²⁵

c) *Vereinfachte Verwaltung von Schutzrechten*

Im Berichtsjahr hat das IGE seine Online-Services zur vereinfachten Verwaltung von Schutzrechten weiter ausgebaut. Neu bietet das Institut für alle Schutzrechte neue Datenbanken und verschiedene digitale Services mit dem Ziel, den Kunden die Verwaltung der Schutztitel und das Bezahlen von Gebühren zu vereinfachen.²⁶

d) *Schweizer Erfindungen im Kampf gegen Krebs*

Am 4. Februar 2023 veröffentlichte das EPA eine neue Studie zu Patenten und Innovationen im Kampf gegen Krebs.²⁷ Mit fast 5000 angemeldeten internationalen Patentfamilien in den vergangenen 20 Jahren liegt die Schweiz bei Patenten in der Onkologie europaweit auf Platz 4 und international auf Platz 8 und leistet damit einen wesentlichen Beitrag im Kampf gegen Krebs.

²³ Allerdings soll die im Entwurf des Bundesrats vorgesehene ideelle Verbandsbeschwerde durch eine Popularbeschwerde ersetzt werden und solche Beschwerden sollen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben, um die Patentinhaber nicht zu blockieren.

²⁴ Medienmitteilung der WBK-N vom 12. Januar 2024, Die Schweiz als Weltmeisterin für Patente stärkt den Innovationsstandort.

²⁵ Medienmitteilung der WBK-N vom 12. Januar 2024 (Fn. 24).

²⁶ Ausführlich hierzu vgl. Webseite des IGE, abrufbar unter: <<https://www.ige.ch/de/uebersicht-dienstleistungen/newsroom/news/news-ansicht/das-ige-vereinfacht-die-verwaltung-von-schutzrechten-mit-neuen-online-services>>.

²⁷ EPA, Patents and innovation against cancer, Februar 2024, abrufbar unter: <[https://www.epo.org/en/service-support/publications?size=n_10_n&filters\[0\]\[field\]=node_id&filters\[0\]\[values\]\[0\]\[0\]=1074440&filters\[0\]\[type\]=any&sort-field=publication_date_content&sort-direction=desc](https://www.epo.org/en/service-support/publications?size=n_10_n&filters[0][field]=node_id&filters[0][values][0][0]=1074440&filters[0][type]=any&sort-field=publication_date_content&sort-direction=desc)>.

e) *Mehr Transparenz bei Patenten im Bereich Pflanzenzucht*

Die am 15. März 2022 durch die Wissenschaftskommission des Ständerats eingereichte Motion *Mehr Transparenz bei den Patenten im Bereich Pflanzenzucht*²⁸ beauftragt den Bundesrat, die patentrechtlichen und – sofern notwendig – sortenschutzrechtlichen Grundlagen so anzupassen, dass im Bereich der Pflanzenzucht die Transparenz betreffend Patentrechte verbessert wird.

Das IGE prüft derzeit Lösungsoptionen für die Umsetzung der Kommissionsmotion, mit dem Ziel, bis zum Ende des zweiten Quartals 2024 einen Revisionsvorschlag in die öffentliche Vernehmlassung zu geben.²⁹

3. Markenrecht

a) *Vereinfachtes Verfahren zur Vernichtung von Fälschungen in Kleinsendungen*

Produktfälschungen, die in Kleinsendungen (bis zu drei Gegenstände) in die Schweiz gelangen, sollen dank eines neuen Verfahrens einfacher vernichtet werden können.³⁰

Künftig sollen Rechteinhaber bei Kleinsendungen mit Fälschungen zwischen der Vernichtung der Kleinsendung nach dem bisherigen ordentlichen Verfahren und dem neuen vereinfachten Verfahren wählen können.³¹ Im vereinfachten Verfahren wird zunächst nur jene Person über den Aufgriff an der Grenze informiert, die die Ware bestellt hat. Nur wenn der Besteller bzw. die Bestellerin der Waren deren Vernichtung ablehnt, wird der Rechteinhaber zur Einleitung weiterer Schritte informiert. Für das vereinfachte und auch für das ordentliche Verfahren soll neu das IGE zuständig sein. Das bislang zuständige Bundesamt für Zoll- und Grenzsicherheit stellt die eingezogenen Fälschungen dem IGE zu, das anschliessend das weitere Verfahren bis zur Vernichtung der Waren in die Wege leitet.

²⁸ Motion 22.301 Transparenz bei den Patentrechten im Bereich Pflanzenzucht, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20223014>>.

²⁹ IGE, Erhöhung der Transparenz bei Patenten in der Pflanzenzucht, abrufbar unter: <<https://www.ige.ch/de/recht-und-politik/immaterialgueterrecht-national/patent-recht/transparenz-bei-patenten-auf-pflanzen>>.

³⁰ Bei über 90 Prozent der an der Grenze aufgegriffenen Fälschungen handelt es sich um Kleinsendungen mit bis zu drei Gegenständen, vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 26. April 2023, *Mehr Effizienz im Kampf gegen Fälschungen*.

³¹ Ausführlich hierzu IGE, *Einführung eines vereinfachten Verfahrens zur Vernichtung von Fälschungen in Kleinsendungen*, abrufbar unter: <<https://www.ige.ch/de/recht-und-politik/immaterialgueterrecht-national/markenrecht/revision-zollhilfe>>.

In der Berichtsperiode haben Ständerat (12. Dezember 2023) und Nationalrat (19. Dezember 2023)³² die Vorlage³³ verabschiedet. Mit dem Abschluss der parlamentarischen Debatte zur Gesetzesrevision folgen nun die internen Umsetzungsarbeiten und die Revision der Verordnungen.

b) *Gebührensenkung für Markenschutz*

Markenschutz wird günstiger. Seit dem 1. Juli 2023 kostet die Hinterlegung einer Marke beim IGE 450 Franken (bisher 550 Franken) und der Tarif für den Schutz einer internationalen Marke in der Schweiz für drei Produktklassen wurde um 50 Franken gesenkt. Zudem gewährt das IGE neu einen Rabatt von 100 Franken, wenn das Gesuch elektronisch eingereicht wird. Ab 1. Juli 2024 wird die Gebühr für die Verlängerung des Markenschutzes von 700 auf 550 Franken gesenkt.

c) *BVGer: Anwendbarkeit des Staatsabkommens DE-CH betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz trotz Aufkündigung*

Mit Urteil vom 22. Mai 2023³⁴ hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass der durch Deutschland aufgekündigte Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz bei Lösungsverfahren nach Art. 35a Markenschutzgesetz³⁵ auch in Zukunft anwendbar ist, sofern die im konkreten Fall massgebliche Gebrauchsperiode vor der Vertragskündigung vom 31. Mai 2022 liegt.³⁶

d) *Klassierung von virtuellen Waren*

Per 1. Februar 2024 hat das IGE seine Praxis zur Klassifizierung von virtuellen Waren geändert. Neu enthalten die Richtlinien in Markensachen ein Kapitel zur Klassifizierung virtueller Waren, NFTs und in virtuellen Umgebungen erbrachter Dienstleistungen (Ziffer 4.16).³⁷

³² Aufgrund kleinerer Änderungen und Präzisierungen am Gesetzestext musste der Entwurf formell nochmals vom Nationalrat verabschiedet werden.

³³ Entwurf zum Bundesgesetz über die Einführung eines vereinfachten Verfahrens zur Vernichtung von Kleinsendungen im Immaterialgüterrecht, abrufbar unter: <[https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/77442.pdf](https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/77442.pdf)>.

³⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1139/2022 vom 22. Mai 2023.

³⁵ Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 2023, (Markenschutzgesetz, MSchG SR 232.11).

³⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1139/2022 vom 22. Mai 2023, E. 4.2.

³⁷ Die aktualisierten Richtlinien in Markensachen sind auf der Webseite des IGE abrufbar unter, <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/d/richtlinien/marken/Richtlinien_Marken_D_2024_01.pdf>.

4. Urheberrecht

a) *Schutz für journalistische Veröffentlichungen*

Medienunternehmen sollen auch hierzulande für die Nutzung journalistischer Leistungen durch grosse Online-Dienste eine Vergütung erhalten. Hierzu hat der Bundesrat Ende 2021 das EJPD beauftragt, in Zusammenarbeit mit BAKOM und SECO zu prüfen, wie eine rechtliche Regelung zum Schutz journalistischer Veröffentlichungen ausgestaltet werden könnte.³⁸ Von der Vergütung der Medienunternehmen sollen auch die Medienschaffenden profitieren.³⁹

Vom 24. Mai bis 15. September 2023 hat der Bundesrat die vom IGE ausgearbeitete Vorlage zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes in die Vernehmlassung geschickt. Die Eingaben werden derzeit ausgewertet.

³⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. Dezember 2021, Bundesrat plant neuen Schutz für journalistische Veröffentlichungen.

³⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 24. Mai 2023, Online-Dienste sollen die Nutzung journalistischer Leistungen vergüten.

Verbraucherrecht

Alexander Brunner

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (ALEXANDER BRUNNER)	228
1.	Allgemeines	228
2.	Sicherheit und Gesundheit	228
a)	Neue Allgemeine Produktsicherheits-Verordnung	228
b)	Neues EU-Safety Gate-System (vormals „Rapex“)	229
3.	Information	229
a)	Delegierte Verordnung „Greenwashing“ (Information über Finanzprodukte)	229
b)	Vorschlag einer Richtlinie über Umweltaussagen	230
c)	Kontextueller Exkurs: Konzern-Haftung im Rahmen von Lieferketten.	231
4.	Wirtschaftliche Interessen	232
a)	Neue Richtlinie zur Produkthaftung	232
b)	Zivilrechtliche Haftung für künstliche Intelligenz (RL-Vorschlag)	232
c)	Förderung der Reparatur von Waren (RL-Vorschlag)	232
d)	Neue Richtlinie zum Verbraucherkredit	233
5.	Rechtliche Interessen (Verbandsklagen)	234
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (ALEXANDER BRUNNER)	235
1.	Allgemeines (Rechtsbegriff und Rechtsgebiete)	235
2.	Sicherheit und Gesundheit	236
a)	Anpassung des Produktsicherheitsgesetzes (PrSG)	236
b)	Lebensmittelgesetz bzw. Lebensmittelverordnung (LGV)	236
c)	Heilmittelgesetz (HMG) und Medizinprodukteverordnung (MepV)	237
d)	Psychologieberufegesetz (PsyG)	238
3.	Information	238
4.	Wirtschaftliche Interessen	239
a)	Allgemeines	239
b)	Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)	240
c)	Wettbewerbsrecht (UWG)	240
d)	Konsumkredit (KKG)	241
5.	Rechtliche Interessen	241

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2023

1. Allgemeines

Im Verbraucherrecht der Europäischen Union haben sich 2023 wesentliche Anpassungen ergeben. Nach wie vor 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,¹ was aufgrund der weit verstreuten und komplexen Querschnittsbereiche 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 *neue EU-Verordnung vom 10. Mai 2023 über die allgemeine Produktsicherheit*² hinzuweisen. Mit dieser neuen Verordnung zur Produktsicherheit erfolgt eine Konsolidierung bisherigen Europäischen Rechts, insb. werden mehrere Richtlinien aufgehoben und deren Normenbestand in die neue Verordnung integriert.

a) *Neue Allgemeine Produktsicherheits-Verordnung*

Die neue EU-Verordnung vom 10. Mai 2023 über die allgemeine Produktsicherheit zielt darauf ab, die Verbraucher und ihre Sicherheit zu schützen. Gefährliche Produkte können sich in erheblicher Weise negativ auf Verbraucher und Bürger auswirken. Alle Verbraucher, einschliesslich besonders schutzbedürftiger wie etwa Kinder, ältere Menschen und Menschen mit Behinderungen

¹ Diese Systematik des Verbraucherrechts, das als Querschnitt-Rechtssmaterie sehr komplex ist und sowohl horizontal als auch vertikal über zahllose Norm-Erlasse verstreut ist, wurde seinerzeit von der European Consumer Law Group ECLG diskutiert und entwickelt. Der Autor des vorliegenden Beitrags hat als Vizepräsident der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK 1992-2008) eng mit den Kollegen und Experten der ECLG zusammengearbeitet. Die Systematik liegt daher auch dem nachfolgenden Bericht zum Schweizer Recht zugrunde.

² Verordnung (EU) 2023/988 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 über die allgemeine Produktsicherheit, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 87/357/EWG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 135 vom 23. Mai 2023, 1.

haben das Recht auf sichere Produkte. Den Verbrauchern sollten ausreichende Mittel zur Verfügung stehen, um dieses Recht durchzusetzen, ebenso wie den Mitgliedstaaten geeignete Instrumente und Massnahmen zur Verfügung stehen sollten, um diese Verordnung durchzusetzen.³

b) *Neues EU-Safety Gate-System (vormals „Rapex“)*

In diesem Kontext ist die rasche *grenzübergreifende Information* über fehlerhafte Produkte zur Sicherheit der Verbraucher von entscheidender Bedeutung. Das bisherige EU-RAPEX-System⁴ wird damit verbessert und in das EU-SAFETY GATE-System⁵ überführt. Während einer gewissen Übergangszeit empfiehlt es sich, die Bezeichnung *Rapex/Safety Gate-System* zu verwenden, um keine Unklarheiten zu schaffen, denn das Vorgehen grenzüberschreitender Information bleibt grundsätzlich gleich, wird aber aktualisiert. Die Verordnung geht davon aus, dass das verbesserte neue System mit der neuen Bezeichnung eindeutiger benannt ist und die Verbraucher damit besser erreicht werden können.⁶ Denn der Einsatz von Technologien und digitaler Prozesse ermöglicht neu eine automatische Identifizierung und Übermittlung gemeldeter gefährlicher Produkte und die Durchführung automatischer Stichprobenkontrollen im Safety-Gate-Portal.

3. Information

Im Bereich der Information der Verbraucher kann auf die bisherigen Jahresberichte hingewiesen werden mit dem ausgebauten Informationsrecht der Verbraucher im Europäischen Recht. Im Berichtsjahr 2023 waren darüber hinaus wesentliche Ergänzungen zu verzeichnen.

a) *Delegierte Verordnung „Greenwashing“ (Information über Finanzprodukte)*

Aufgrund der wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Klimaentwicklung mit ihren politischen Implikationen neuer gesellschaftlichen Bewegungen⁷ auch in

³ Erwägung (5) Verordnung (EU) 2023/988 zur Produktsicherheit.

⁴ Erwägung (8) Verordnung (EU) 2023/988 zur Produktsicherheit.

⁵ Leitlinien für das EU-System zum raschen Informationsaustausch „Safety Gate“ (ehemals RAPEX); vgl. dazu: Durchführungsbeschluss (EU) 2019/417 der Kommission vom 8. November 2018 zur Festlegung von Leitlinien für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Systems zum raschen Informationsaustausch „RAPEX“ gemäss Artikel 12 der Richtlinie 2001/95/EG über die allgemeine Produktsicherheit und für das dazugehörige Meldesystem (ABl. L 73 vom 15. März 2019, 121-187).

⁶ Erwägung (68) Verordnung (EU) 2023/988 zur Produktsicherheit.

⁷ Der Berichtersteller des vorliegenden Beitrags kann dazu eine persönliche Anmerkung nicht unterlassen. Bereits vor über 50 Jahren und damit zwei Generationen vor der heuti-

Europa hat das Unionsrecht eine Präzisierung zur kommerziellen Kommunikation vorgenommen. Am 1. März 2023 trat die DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) 2022/1288 DER KOMMISSION zum sogenannten Greenwashing⁸ in Kraft. Damit sollen die Anleger bei der Nachfrage von Finanzprodukten nach Art. 4 Abs. 1 der delegierten VO über die wichtigsten nachteiligen Auswirkungen von Investitionsentscheidungen auf Nachhaltigkeitsfaktoren aufgeklärt werden. Mit diesen „Nachhaltigkeitsbezogenen Offenlegungen“ (Art. 23 der delegierten VO) sollen *unlautere Verkaufspraktiken und „Greenwashing“ verhindert* werden.

Diese kurzen Hinweise zum „Greenwashing“, bei dem von komplexen Zusammenhängen auszugehen ist, soll für den vorliegenden Jahresbericht genügen. Allerdings kann damit namhaft gemacht werden, dass (auch) Verbraucher bei ihren Marktentscheidungen in die Verantwortung genommen werden. Bei ausreichender Information über die Folgen ihres Handelns unterliegen nicht nur Unternehmen, vielmehr auch die Verbraucher einer ethischen Pflicht, die nach einer rechtsstaatlich-liberalen Rechtsauffassung von jedem Einzelnen autonom wahrgenommen werden muss.

b) *Vorschlag einer Richtlinie über Umweltaussagen*

Damit hängt auch die ausreichende Information zuhanden der Verbraucher zusammen. Mit dem *Vorschlag der Kommission vom 22. März 2023*⁹ über die Begründung ausdrücklicher Umweltaussagen und die diesbezügliche Kom-

gen „Klima-Jugend“ und Umwelt-Konferenzen erschien das Werk: *Donella Meadows, Dennis Meadows, Jørgen Randers, William W. Behrens III: The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind.* Universe Books, New York 1972, ISBN 0-87663-165-0. Es entfachte bereits damals eine grundlegende Diskussion zum Umwelt- und Verbraucherrecht mit weitreichenden Folgen bei Erlassen der UNO, der OECD und der EU sowie weiteren Staaten, einschliesslich der USA und der Schweiz.

⁸ Delegierte Verordnung (EU) 2022/1288 der Kommission vom 6. April 2022 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf technische Regulierungsstandards zur Festlegung der Einzelheiten des Inhalts und der Darstellung von Informationen in Zusammenhang mit dem Grundsatz der Vermeidung erheblicher Beeinträchtigungen, des Inhalts, der Methoden und der Darstellung von Informationen in Zusammenhang mit Nachhaltigkeitsindikatoren und nachteiligen Nachhaltigkeitsauswirkungen sowie des Inhalts und der Darstellung von Informationen in Zusammenhang mit der Bewerbung ökologischer oder sozialer Merkmale und nachhaltiger Investitionsziele in vorvertraglichen Dokumenten, auf Internetseiten und in regelmässigen Berichten (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 196 vom 25. Juli 2022, 1.

⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über die Begründung ausdrücklicher Umweltaussagen und die diesbezügliche Kommunikation (Richtlinie über Umweltaussagen), vom 22. März 2023, COM(2023) 166 final.

munikation (Richtlinie über Umweltaussagen) sollen zusätzlich unlautere Geschäftspraktiken verhindert werden, die Verbraucher davon abhalten, nachhaltige Konsumentenscheide zu treffen. Das betrifft v.a. Verhaltensweisen von Anbietern, die eine frühzeitige *Obsoleszenz von Produkten* fördern oder die Verwendung von *nicht transparenten und nicht glaubwürdigen* Nachhaltigkeitssiegel enthalten.

Der Vorschlag zur „RL-Umweltaussagen“ setzt damit bei der Möglichkeit rationaler Konsumenten-Entscheide im Endverbrauchsmarkt an, womit umweltfreundliche Produkte eher nachgefragt werden und im Wettbewerb Produkte verdrängen, die den neuen Umwelt-Standards nicht entsprechen. Es handelt sich hier um ein *Kernstück des Informationsrechts im Rahmen der Markttheorie*. Die Beratungen zu diesem weiteren Vorschlag der Kommission zum sogenannten **Green Deal** sind im Verlauf des Berichtjahres 2023 intensiv gefördert worden.

c) *Kontextueller Exkurs: Konzern-Haftung im Rahmen von Lieferketten*

Einen sehr *engen Bezug zu den Normzielen* der vorerwähnten delegierten Verordnung betr. Nachfrage von Finanzprodukten (Greenwashing) und des RL-Vorschlags unlautere Geschäftspraktiken bei Umweltaussagen hat die *Konzern-Haftung im Rahmen von Lieferketten der Unternehmen*.

Auch wenn diese Rechtsmaterie nicht primär zum Verbraucherrecht¹⁰ gehört, hat sie einen *wesentlichen indirekten Einfluss* auf die Realisierung all der vorstehenden Bemühungen um den *neuen Green Deal*. Im Berichtjahr konnten der Rat und das EU-Parlament am 14. Dezember 2023 eine Einigung zum Schutz der Umwelt und der Menschenrechte¹¹ erzielen. Die Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen¹² regelt die Pflichten grosser Unternehmen hinsichtlich der tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen ihrer Tätigkeiten auf die Umwelt und die Menschenrechte. Diese Sorgfaltspflicht erstreckt sich auf die gesamte Kette ihrer Aktivitäten und betrifft vorgelagerte Geschäftspartner des Unternehmens sowie teilweise die nachgelagerten Tätigkeiten wie Vertrieb oder Recycling.

¹⁰ Verbraucherrecht als Gesetzesnormen für wirtschaftsrechtliche Beziehungen B2C, mithin zwischen Unternehmen als betriebliche Anbieter und Verbrauchern als private Abnehmer; vgl. zum Rechtsbegriff: Brunner Alexander, Wirtschaftsrechtliche Grundlagen, in: Trüten/Baumgartner/ Brunner (Hrsg.), Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union, Zürich, Baden-Baden, Wien 2017, 1 ff., 5 (Diagramm).

¹¹ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung 1026/23 vom 14. Dezember 2023.

¹² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 23. Februar 2022, COM(2022) 71 final.

Auf diese Einigung vom Dezember 2023 wird nachfolgend im Rahmen des Berichts zur Schweiz ebenfalls kurz einzugehen sein.

4. Wirtschaftliche Interessen

a) *Neue Richtlinie zur Produkthaftung*

Im Bericht zum Vorjahr konnte auf den am 28. September 2022 publizierten Vorschlag der EU-Kommission¹³ für eine revidierte Richtlinie über Produkthaftung hingewiesen werden. Am 14. Dezember 2023 haben sich nun Rat und Europäisches Parlament geeinigt,¹⁴ womit Haftungsvorschriften dem digitalen Zeitalter und der Kreislaufwirtschaft angepasst werden sollen. Mit der Richtlinie soll erreicht werden, dass Verbraucher eine faire Chance haben, auch in komplexen Fällen Schadenersatz zu erhalten. Es ist abzusehen, dass die neue Richtlinie zur Produkthaftung bald definitiv verabschiedet wird.

b) *Zivilrechtliche Haftung für künstliche Intelligenz (RL-Vorschlag)*

Ebenfalls am 28. September 2022 hatte die EU-Kommission den Vorschlag¹⁵ für eine Richtlinie publiziert zur Anpassung der Vorschriften über ausservertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (*Richtlinie über KI-Haftung*). Die Beratungen dazu konnten im Berichtsjahr 2023 noch nicht abgeschlossen werden.

c) *Förderung der Reparatur von Waren (RL-Vorschlag)*

Die Kommission unterbreitete schliesslich am 22. März 2023 einen Vorschlag¹⁶ über gemeinsame Vorschriften zur *Förderung der Reparatur von Waren* und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828. Sie begründet dies wie folgt: „Wenn Konsumgüter de-

¹³ 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. Vgl. dazu das Corrigendum der Kommission vom 24. März 2023 zum Vorschlag, COM(2022) 495 final/2 Annex.

¹⁴ Europäischer Rat, Pressemitteilung 1040/23 vom 14. Dezember 2023.

¹⁵ 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. Vgl. dazu den Vorjahresbericht.

¹⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828 vom 22. März 2023, COM(2023) 155 final.

fekt werden, bemühen sich Verbraucher oft nicht um eine Reparatur, sondern entsorgen diese Güter vorzeitig, obwohl sie repariert und länger verwendet werden könnten. Das passiert sowohl im Rahmen der gesetzlichen Garantie der Richtlinie über den Warenkauf¹⁷, wenn Verbraucher einen Ersatz statt der Reparatur wählen, als auch ausserhalb der gesetzlichen Garantie, wenn Verbraucher aufgrund suboptimaler Reparaturmöglichkeiten und -bedingungen von einer Reparatur absehen. In diesem Zusammenhang werden überholte Waren ebenfalls nur begrenzt genutzt, sodass das Potenzial für die Wiederverwendung von Waren durch verschiedene Nutzer unausgeschöpft bleibt. – Die vorzeitige Entsorgung von reparierbaren Waren, die von Verbrauchern gekauft wurden, führt zu mehr Abfall, verursacht Treibhausgasemissionen und lässt die Nachfrage nach wertvollen Ressourcen bei der Herstellung neuer Waren ansteigen.“

Es ist un schwer festzustellen, dass mit diesem RL-Vorschlag die Normziele des neuen **Green Deal** (vgl. vorstehend) unterstützt werden sollen.

d) *Neue Richtlinie zum Verbraucherkredit*

Einen sehr grossen Schritt macht die neue Richtlinie (EU) 2023/2225 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/48/EG.¹⁸ Dieser grosse Schritt ist kurz zu begründen.

Das Europäische Verbraucherkreditrecht war ursprünglich reines Informationsrecht, womit die Verbraucher instandgesetzt werden sollten, rationale Konsumentscheide zu fällen. Die Frage der möglichen *Überschuldung der Privathaushalte* kam damit nicht ins Blickfeld.

Mit der neuen RL zum Verbraucherkredit regelt nun auch die Europäische Union das Problem der zunehmenden Überschuldung, die durch unüberlegte und ökonomisch nicht indizierte Aufnahme von Krediten einher gehen kann. Die Schweiz hat diese gesetzgeberische Lösung bereits von einem Vierteljahrhundert eingeführt, weshalb heute von einer „Helvetisierung“ des Euro-

¹⁷ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG (Text von Bedeutung für den EWR.), ABl. L 136 vom 22. Mai 2019, 28 ff.

¹⁸ Richtlinie (EU) 2023/2225 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/48/EG, ABl. L, 2023/2225, 30. Oktober 2023.

päischen Rechts¹⁹ gesprochen werden kann: Verbraucherrecht als ökonomisch begründetes Wirtschaftsrecht.

Erwägung 54 der neuen Richtlinie²⁰ zum Verbraucherkredit hält dazu unmissverständlich und zutreffend fest: „Es ist unerlässlich, vor Abschluss eines Kreditvertrags die Fähigkeit und Neigung des Verbrauchers zur Rückzahlung des Kredits zu beurteilen und zu überprüfen. Diese Prüfung der Kreditwürdigkeit sollte verhältnismässig sein und im Interesse des Verbrauchers erfolgen, um unverantwortliche Kreditvergabepraktiken und Überschuldung zu verhindern, und alle notwendigen und relevanten Faktoren berücksichtigen, die die Fähigkeit des Verbrauchers zur Rückzahlung des Kredits beeinflussen könnten. Der Tilgungsplan sollte auf die spezifischen Bedürfnisse und die Rückzahlungsfähigkeit des Verbrauchers zugeschnitten sein. In Fällen, in denen der Kreditantrag von mehr als einem Verbraucher gemeinsam gestellt wird, könnte die Prüfung der Kreditwürdigkeit auf der Grundlage der gemeinsamen Rückzahlungsfähigkeit erfolgen. Eine positive Prüfung sollte die Vertragsfreiheit des Kreditgebers in Bezug auf die Gewährung von Krediten unberührt lassen. Die Mitgliedstaaten sollten zusätzliche Leitlinien zu weiteren Kriterien und Methoden zur Prüfung der Kreditwürdigkeit eines Verbrauchers herausgeben können, indem beispielsweise Obergrenzen für das Verhältnis zwischen Kredithöhe und Gegenwert oder zwischen Kredithöhe und Einkommen festgelegt werden.“

5. Rechtliche Interessen (Verbandsklagen)

Die auch im Vorjahresbericht 2023 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 bleibt nach wie vor von unvermittelter Aktualität. Die *nationalen Umsetzungsnormen* zu dieser Richtlinie waren ab 25. Juni 2023 anzuwenden.

¹⁹ Es geht um die unabdingbare *Kreditfähigkeitsprüfung* als Instrument, das rein ökonomisch indiziert ist und die Überschuldung von Privathaushalten verhindern soll. Vgl. dazu Brunner Alexander, *Neue Entwicklungen im Konsumrecht*, SJZ 2001, 241 ff., insb. 246: „Mit Bezug auf diese Gesetzesrevision als echt schweizerische und ökonomisch vernünftige Lösung kann wohl die Behauptung gewagt werden, dass die Richtung der Rechtsangleichung im Verhältnis zwischen der Europäischen Union und der Schweiz sich für einmal umkehren könnte und zu einer Helvetisierung des europäischen Konsumkreditrechts führen wird.“

²⁰ Vgl. a.a.O. alle Erwägungen dazu 54-57.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

I. Allgemeines (Rechtsbegriff und Rechtsgebiete)

Das *europäische Verbraucherrecht* hat einen massgebenden Einfluss auf das *Schweizer Konsumrecht*. Im Berichtsjahr 2023 haben sich denn auch keine Veränderungen dieses „Status quo“ ergeben. Der Einfluss betrifft sowohl die Definition der Rechtsbegriffe als auch die Systematisierung des Wirtschafts- und Konsumrechts.

Zum *allgemeinen Rechtsbegriff des Verbrauchers bzw. Konsumenten* ist auf einen neuen EuGH-Entscheid hinzuweisen. In diesem Urteil wird die im Wirtschafts- und Konsumrecht entscheidende Zwecktheorie²¹ angewendet und für den Rechtsbegriff des Verbrauchers die Zuständigkeit des Unionsrechts und des nationalen Rechts abgegrenzt, was wegen der Rechtsmaterie auch für die Schweiz relevant ist. Das Urteil²² erging in einem Vorabentscheidverfahren zur strittigen Anwendbarkeit des Verbraucherrechts nach der EuGVVO²³. Bei der Abgrenzung nach der Zwecktheorie im Verbraucherrecht verweist das Kollisionsrecht der EuGVVO auf das jeweils anwendbare nationale materielle Recht. Gemäss Tenor in Ziff. 3 hat dieses die *Beweislast zu verteilen* unter Beizug des im zu beurteilenden Fall massgeblichen Sachverhalts. Der EuGH-Entscheid ist auch für das Schweizer Konsumrecht von Bedeutung, denn mit dem LugÜ-Parallelabkommen²⁴ stellen sich die gleichen kollisionsrechtlichen Abgrenzungsfragen. Beweisrecht ist bei aller Rechtsvereinheitlichung vorwiegend noch nationales Zivilprozessrecht. Die EuGH-Rechtsprechung zeigt dabei einmal mehr, dass die Autonomie der nationalen Rechtsordnungen gewahrt bleibt.

²¹ Begründung der Zwecktheorie bei der Entwicklung des Schweizer Konsumrechts, *Alexander Brunner*, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591 ff., insb. 593 ff. und 605 Fn. 94 mit Hinweis auf die Abgrenzungsfunktion der Zwecktheorie bei der Rechtsanwendung. Zur Zwecktheorie im Europarecht, vgl. *Alexander Brunner*, Wirtschaftsrechtliche Grundlagen, in *Trüten/ Baumgartner/ Brunner* (Hrsg.), *Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union*, Zürich, Baden-Baden, Wien 2017, 1 ff., 4 ff.

²² EuGH, Urteil vom 9. März 2023, C-177/22, ECLI:EU:C:2023:185 (RIW 2023, 281).

²³ EuGVVO, Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABl. L 351 vom 20. Dezember 2012, 1 ff.

²⁴ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ SR 0.275.11).

Das Rechtsgebiet des Konsumrechts 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 2023 folgt erneut der bewährten Einteilung des Schweizer Konsumrechts²⁵ in (2) Sicherheit und Gesundheit, (3) Information, (4) wirtschaftliche Interessen und (5) rechtliche Interessen.

2. Sicherheit und Gesundheit

Wegen der Aktualisierung des Schweizer Datenschutzrechts sind im Bereich Sicherheit und Gesundheit mehrere Gesetze und Verordnungen entsprechend angepasst worden.

a) *Anpassung des Produktsicherheitsgesetzes (PrSG)*

Zwecks Durchführung und Realisierung der Ziele des PrSG ist die (auch grenzüberschreitende) Amtshilfe der Behörden indiziert. Am 1. September 2023 wurde daher Art. 13 Abs. 1 PrSG²⁶ angepasst, womit die Vollzugsorgane berechtigt sind, Personendaten, einschliesslich Daten über administrative und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen, zu bearbeiten. Die Vollzugsorgane können diese Daten elektronisch aufbewahren und, soweit für den einheitlichen Vollzug des Gesetzes erforderlich, untereinander austauschen.

b) *Lebensmittelgesetz bzw. Lebensmittelverordnung (LGV)*

Die Lebensmittelverordnung²⁷ wurde wegen des zunehmenden Foodwaste angepasst, womit in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 32 LGV neu die Umverteilung von Lebensmitteln definiert wird als die Rückgewinnung, das Einsammeln, das Lagern und das Verteilen von überschüssigen und sicheren Lebensmitteln, die sonst

²⁵ Vgl. vorstehend Fn. 1. Mit Bezug auf die Quellen kann für die folgende Dokumentation insbesondere auf die Website der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) sowie auf das Büro für Konsumentenfragen (BfK) der Bundesverwaltung hingewiesen werden, abrufbar <www.konsum.admin.ch>.

²⁶ Bundesgesetz über die Produktsicherheit vom 25. September 2020 (SR 930.11 PrSG), Fassung gemäss Anhang 1 Ziff. II 74 des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020, in Kraft seit 1. September 2023;; Siehe hierzu Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941.

²⁷ Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV, SR 817.02) Anpassungen in Kraft ab dem 1. Februar 2024, AS 2024, 9.

entsorgt würden. Solche Lebensmittel können damit wieder zum Verbrauch durch Konsumenten zugelassen werden. Vorgesehen in Art. 8 Abs. 4 der LGV ist eine besondere EDI-Departements-Verordnung.

Interessant ist auch die Anpassung der LGV an das Aufkommen neuartiger Lebensmittel und deren Sicherheit für den Verbrauch. Sie werden nach Art. 15 Abs. 1^{bis} LGV definiert als solche, die (a.) weder aus der Schweiz noch aus einem Mitgliedstaat der EU stammen; (b.) in der Schweiz oder in einem Mitgliedstaat der EU gemäss Absatz 1 Buchstaben b und d-f als neuartig gelten; (c.) aus der Primärproduktion nach Art. 8 LMG stammen; und (d.) eine Verwendungsgeschichte als sicheres Lebensmittel in einem anderen Land als der Schweiz oder einem Mitgliedstaat der EU haben. In diesem Kontext ist auch auf den allgemein zugänglichen Kodex Alimentarius²⁸ hinzuweisen, der u.a. die Sicherheit und Gesundheit beim Verbrauch von Lebensmitteln zum Inhalt hat.

c) *Heilmittelgesetz (HMG) und Medizinprodukteverordnung (MepV)*

Bekanntlich sind die Kosten im Gesundheitswesen in stetem Steigen begriffen, was komplexe Ursachen hat und zu den Sorgen breiter Konsumentenkreise zählt. In diesem Zusammenhang wurde daher das Zulassungsverfahren für Heilmittel vereinfacht. Es gehört zu einer der Massnahmen zur Kostendämpfung (Kompetenzen des Swissmedic-Instituts). Nach Art. 14 Abs. 3 HMG²⁹ sieht das Institut im Rahmen des Zulassungsverfahrens für Arzneimittel, die im Rahmen von Parallelimporten eingeführt werden, Vereinfachungen in Bezug auf die Kennzeichnung und die Arzneimittelinformation vor. Sodann wurde mit Inkraftsetzung vom 1. September 2023 Art. 62b Abs. 1 HMG dem Datenschutzrecht angepasst, womit das Institut und das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG) nach einer Interessenabwägung berechtigt ist, dem Inhaber einer Betriebsbewilligung oder einer Zulassung für Arzneimittel sowie jeder Person, die ein Medizinprodukt in Verkehr bringt, nach diesem Gesetz gesammelte, vertrauliche Daten im Einzelfall bekannt zu geben, einschliesslich besonders schützenswerter Daten nach Artikel 5 Buchstabe c Ziffer 5 des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020, sofern diese Massnahme für notwendig erachtet wird, um einen mutmasslichen illegalen Heilmittelhandel aufzudecken und zu bekämpfen.³⁰

²⁸ Vgl. hierzu Webseite, abrufbar unter: <www.codexalimentarius.org>.

²⁹ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21) Heilmittelgesetz, Anpassung per 1. Januar 2024, AS 2023, 630.

³⁰ Fassung gemäss Anhang 1 Ziff. II 74 des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020, in Kraft seit 1. September 2023; Siehe hierzu Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941.

Schliesslich wurde die Medizinprodukteverordnung³¹ in Art. 4, Art. 13, Art. 15 und Art. 21 MepV mit dem Recht der EU im Bereich der Medizinprodukte in Übereinstimmung gebracht, womit Rechtsbegriffe angepasst, Konformitätskennzeichen, Klassifizierung, Produktinformation und Produktidentifikation sowie die *Konformitätsbewertung* geklärt und vereinfacht werden.

Es bleibt zu hoffen, dass diese Anpassungen und Harmonisierungen v.a. mit der EU zu den gewünschten Kostensenkungen beitragen können.

d) *Psychologieberufegesetz (PsyG)*

Der Vollständigkeit halber ist schliesslich im Rahmen der Sicherheit und Gesundheit der Konsumenten auf das Psychologieberufegesetz³² hinzuweisen. Es bezweckt (Art. 1 PsyG) den *Gesundheitsschutz, den Schutz vor Täuschung und Irreführung* von Personen, die Leistungen auf dem Gebiet der Psychologie in Anspruch nehmen und bestimmt die Anforderungen für das Angebot von psychologischen Dienstleistungen. Das Gesetz musste seinerzeit erlassen werden, weil zunehmend Scharlatane ohne anerkannte Hochschulabschlüsse in Psychologie am Beratungsmarkt auftraten.

Für den *psychischen Gesundheitsschutz* entscheidend ist das vom EDI geführte Register der Personen, die in der Schweiz und im Ausland zum Beruf zugelassen sind und Gewähr für die qualitative Ausübung der Psychotherapie bieten. Das Gesetz wurde hinsichtlich des Registers für zugelassene Anbieter in Art. 38 ff. PsyG³³ aufgrund der Aktualisierung des Datenschutzes am 1. September 2023 angepasst.

3. Information

Beim vorstehenden Bericht zum Europarecht (Ziff. I.3.c) wurde im Rahmen der Information der Verbraucher neben der kommerziellen Kommunikation zu Umweltbelangen von Waren und Dienstleistungen (Greenwashing von Fi-

³¹ Medizinprodukteverordnung vom 1. Juli 2020 (MepV SR 812.213).

³² Bundesgesetz über die Psychologieberufe vom 18. März 2011 (Psychologieberufegesetz, PsyG SR 935.81).

³³ Fassung gemäss Anhang 1 Ziff. II 74 des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020, in Kraft seit 1. September 2024; Siehe hierzu Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941.

nanz- und anderen Produkten) auch der kontextuelle Exkurs zur Konzernhaftung im Rahmen von Lieferketten erwähnt. Die gleiche Frage beschäftigt auch die Schweiz.³⁴

Inzwischen ist das Obligationenrecht mit Art. 964a ff. OR³⁵ ergänzt worden und gestützt darauf ist die *Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange* erlassen worden.³⁶ Wie im Bericht zum Europarecht erwähnt, entfalten diese Rechtsnormen eine indirekte Wirkung auf das Konsumrecht. Die Konsumenten dürfen bei der Nachfrage von Waren und Dienstleistungen darauf vertrauen, dass die Gross-Unternehmen die Vorgaben im Bereich ihrer Lieferketten einhalten und die Pflicht zur Berichterstattung über Klimabelange korrekt erfüllen. Damit ist Gewähr, dass bei der kommerziellen Kommunikation kein Greenwashing erfolgt. Markttheoretisch sind aber auch die Konsumenten in der Pflicht, solche Produkte nachzufragen, die konform sind mit einer verantwortungsvollen Berücksichtigung der Umwelt und der Einhaltung der Menschenrechte³⁷. Es ist absehbar, dass das Schweizer Recht aufgrund der Entwicklungen im Europarecht noch wird angepasst werden müssen.

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 2023 kann auf Entwicklungen hingewiesen werden, die für Konsumenten ins Gewicht fallen.

³⁴ Botschaft des Bundesrates vom 15. September 2017 zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“, BBl 2017, 6335 ff., Brunner Alexander, Konzernverantwortung. Das Parlament ist gefordert, Handelszeitung Nr. 26 / 27. Juni 2019, S. 17.

³⁵ Eingefügt durch Ziff. I und III 1 des BG vom 19. Juni 2020 (Indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt“), in Kraft seit 1. Januar 2022, AS 2021, 846; BBl 2017 399.

³⁶ Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange vom 23. November 2022 (SR 221.434).

³⁷ Vgl. dazu Knobloch Ulrike, Theorie und Ethik des Konsums. Reflexion auf die normativen Grundlagen sozialökonomischer Konsumtheorien, Diss. St. Gallen, Bern 1994; Brunner Alexander (Hrsg.) Konsumentenverhalten, Bern 2009.

b) *Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*

Am 29. November 2023 hat der Schweizer Bundesrat gestützt auf Art. 60 KG die Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von *vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor* erlassen.³⁸ Nach Art. 2 Abs. 1 der KFZV gilt die Verordnung für vertikale Wettbewerbsabreden beim Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen und Ersatzteilen sowie bei der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen. Nach Art. 3 KFZV gelten vertikale Abreden, die nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden, als *qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs*, wenn sie eine der in den Art. 4–8 KFZV aufgeführten Beschränkungen zum Gegenstand haben, insbesondere betreffend Bestimmungsort, Vertrieb von Ersatzteilen und Wartungsdienstleistungen, Beschränkungen des Mehrmarkenvertriebs und der Vertragsauflösung.

Die KFZV behebt eine jahrzehntelange Problemlage der Vertragshändler bekannter Marken beim Vertrieb von KFZ in der Schweiz. Die bisher geduldeten kartellrechtswidrigen Praktiken hatten zur Folge, dass die Nachfrager von KFZ und von Dienstleistungen (v.a. Reparaturen mit Ersatzteilen) überhöhte Preise in Kauf nehmen mussten. Zum damit zusammenhängenden Phänomen der relativen Marktmacht kann auf den Vorjahresbericht zum Kartellrecht verwiesen werden.

c) *Wettbewerbsrecht (UWG)*

Das Datenschutzrecht hat bisher den Vollzug und die Durchsetzung der Ziele des Lauterkeitsrechts im transnationalen Bereich teilweise behindert, was mit der Novelle zum DSG behoben wird. Bei der *Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden* nach Art. 21-22 UWG ist es nun seit dem 1. September 2023 nach Art. 22 Abs. 2 UWG³⁹ für Schweizer Behörden möglich, Daten bekannt geben, wenn die Datenempfänger zusichern, dass sie Gegenrecht halten und die Daten nur zur Bekämpfung unlauteren Geschäftsgebarens bearbeiten. Anwendbar sind dabei die Art. 16-17 DSG.

³⁸ Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Verordnung, KFZV, SR 251.6.).

³⁹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, (UWG, SR 241) Fassung des zweiten Satzes von Art. 22 Abs. 2 UWG gemäss Anhang 1 Ziff. II 23 des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020, in Kraft seit 1. September 2023 (AS 2022 491; BBl 2017 6941).

d) *Konsumkredit (KKG)*

Das revidierte DSG hat auch Einfluss auf das KKG. Die Informationsstelle für Konsumkredit nach Art. 23 KKG soll präventiv beitragen, dass Privathaushalte sich nicht durch ökonomisch unvermeidbare Kreditaufnahmen überschulden. Im Bericht zum Europarecht (vorstehend Ziff. I.4.d) wurde darauf hingewiesen, dass die neue Verbraucherkredit-RL diese Schweizer Lösung nunmehr analog regelt. Für die Verwirklichung der Überschuldungsprävention sind allerdings auch Datenbearbeitungen notwendig. Die Absätze 3-4 von Art. 23 KKG wurden entsprechend angepasst.⁴⁰ Die Informationsstelle gilt als Bundesorgan im Sinne von Art. 5 lit. i DSG und vorbehaltlich der Zuständigkeit gemäss dem Datenschutzgesetz untersteht die Informationsstelle der Aufsicht des Departements.

5. **Rechtliche Interessen**

Das Parlament hat am 17. März 2023⁴¹ die Revision der Schweizer Zivilprozessordnung verabschiedet. Dabei wurde Art. 32 ZPO (Zuständigkeit beim Konsumentenvertrag) unverändert gelassen. Auch das vereinfachte Verfahren erfuhr bis auf eine Verbesserung der Säumnisfolgen für unbedarfte Unkenntnis von Konsumenten (Art. 245 ZPO) keine wesentliche Änderung.

Die von der Revision der ZPO abgespaltene Frage des kollektiven Rechtsschutzes harrt nach wie vor der Bearbeitung durch das Parlament. Es kann diesbezüglich auf die Vorjahresberichte verwiesen werden.

⁴⁰ Fassung des UWG gemäss Anhang 1 Ziff. II 19 des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020.

⁴¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272), Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 17. März 2023 (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), in Kraft ab 1. Jan. 2025, AS 2023 491; BBl 2020 2697.

Internationales Privatrecht

Dirk Trüten

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (DIRK TRÜTEN)	244
1.	Allgemeines	244
2.	Angleichung der Vorschriften über die Elternschaft	244
3.	Erwachsenenschutzverordnung	245
4.	Gegenseitige Anerkennung rechtskräftiger Urteile der Gerichte anderer Mitgliedstaaten	246
5.	Modernisierung der Vorschriften über die aussergerichtliche Streitbeilegung	246
6.	Richtlinie zum Schutz vor strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung	247
7.	Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel-Ia-VO und zum LugÜ	248
a)	Gerichtsstandsvereinbarung in AGB	248
b)	Anforderungen an das verfahrenseinleitende Schriftstück	248
c)	Qualifikation von Quasi-Prozessführungsverboten	249
d)	Qualifikation eines Vorvertrags	249
e)	Streitgenossenschaft bei Verletzung einer Unionsmarke	250
f)	Begriff des anderen Vertragspartners im internationalen Verbraucherrecht	250
g)	Feststellung der Verbrauchereigenschaft	251
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (DIRK TRÜTEN)	252
1.	Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel Ia-VO	252
2.	Revision des IPRG	252
a)	Allgemeines	252
b)	Internationales Erbrecht	252
c)	Internationales Deliktsrecht	253
3.	Beitritt zum Haager Gerichtsstandsübereinkommen	254

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023

1. Allgemeines

Nach wie vor zählt die Fortentwicklung des europäischen IPR nicht zu den ersten Prioritäten der gegenwärtigen EU-Kommission. So fehlen weiterhin Vorschläge für Rechtsakte zum Internationalen Sachenrecht, zum Internationalen Eheschliessungsrecht und zum Personalstatut juristischer Personen. Wünschenswert wäre ausserdem die Kodifikation des Allgemeinen Teils des IPR. Wichtige Hinweise im Hinblick auf die Zukunft des europäischen IZPR erwarten Wissenschaft und Praxis von dem ausstehenden Bericht über die Anwendung der Brüssel Ia-VO. Gemäss Art. 79 Brüssel Ia-VO hätte die Kommission dieses Dokument bis spätestens zum 11. Januar 2022 vorlegen müssen. Fortschritte sind dagegen u.a. im Bereich des Erwachsenenschutzes (vgl. unten 3.), bei der aussergerichtlichen Streitbeilegung in Verbrauchersachen (vgl. unten 5.) und beim Schutz vor strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung (sog. SLAPP-Klagen, vgl. unten 6.) zu verzeichnen.

2. Angleichung der Vorschriften über die Elternschaft

Wie bereits in der Vorausgabe berichtet, hat die EU-Kommission am 7. Dezember 2022 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.

Derzeit befindet sich der Vorschlag im Gesetzgebungsprozess. Dabei hat sich gezeigt, dass das Vorhaben für verschiedene Mitgliedstaaten (etwa im Hinblick auf Kinder aus gleichgeschlechtlichen Ehen) politisch brisant ist. Beispielsweise rügte der französische Senat in seinem Beschluss Nr. 84 vom 22. März

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.

2023, der Vorschlag verletze das aus Art. 5 Abs. 3 EUV folgende Subsidiaritätsprinzip. Auch gehe der Text weit über die Anforderungen hinaus, die der EGMR für die Anerkennung der Abstammung zwischen Kindern und Wunscheltern nach einer Leihmutterschaft aufgestellt habe.² Vor diesem Hintergrund erscheint es unwahrscheinlich, dass sich alle EU-Mitgliedstaaten auf einen einheitlichen Text verständigen können. Da gemäss Art. 81 Abs. 3 AEUV bei familienrechtlichen Vorhaben Einstimmigkeit im Rat erforderlich ist und das Europäische Parlament lediglich angehört werden muss, könnten die Arbeiten – wie zuvor auch schon bei anderen familienrechtlichen Vorhaben – wiederum zu einer Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 326 ff. AEUV unter denjenigen EU-Mitgliedstaaten führen, die sich zu gegebener Zeit auf einen einheitlichen Text einigen können.³

3. Erwachsenenschutzverordnung

Am 31. Mai 2023 hat die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Massnahmen und die Zusammenarbeit in Fragen betreffend den Schutz Erwachsener vorgelegt.⁴ Der Vorschlag betrifft Erwachsene, die aufgrund einer Beeinträchtigung oder der Unzulänglichkeit ihrer persönlichen Fähigkeiten ausserstande sind, ihre eigenen Interessen zu schützen. Dabei kann es sich um eine dauerhafte oder vorübergehende Beeinträchtigung oder Unzulänglichkeit handeln, die körperlicher oder psychosozialer Art ist, die mit einer altersbedingten Krankheit (z.B. Alzheimer) zusammenhängt oder die auf einen Gesundheitszustand (z.B. ein Koma) zurückzuführen ist.

Aus schweizerischer Sicht ist dabei von Interesse, dass der Anwendungsbereich des Haager Erwachsenenschutzübereinkommens (HESÜ)⁵ durch die neue Verordnung nicht eingeschränkt werden soll. Im Gegenteil will die EU-Kommission diejenigen Mitgliedstaaten, die das HESÜ noch nicht ratifiziert haben, ausdrücklich zum Beitritt zu diesem international bewährten Instru-

² Vgl. Webseite IPRax, abrufbar unter: <<https://www.iprax.de/de/aktuelles/neueste-informationen.php>>.

³ Wagner Rolf, Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, NJW 2023, 1779 (1780).

⁴ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Massnahmen und die Zusammenarbeit in Fragen betreffend den Schutz Erwachsener vom 31. Mai 2023, COM (2023) 280 final.

⁵ Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000, SR 0.211.232.1.

ment, dem auch die Schweiz angehört, verpflichten. Dies folgt aus einem separaten Ratsbeschluss, der zeitgleich mit der geplanten Verordnung in Kraft treten soll.

Inhaltlich geht der Verordnungsvorschlag teilweise über die Regelungen des HESÜ hinaus, so dass es innerhalb der EU – wie etwa derzeit schon im internationalen Unterhaltsrecht – zu einem für die Praxis herausfordernden Zusammenspiel beider Regelungen kommen könnte. So soll die Verordnung neuartige Massnahmen wie die Einführung eines europäischen Vertretungszertifikats, die Einrichtung vernetzter Register und die Förderung einer engeren behördenübergreifenden Zusammenarbeit beinhalten.

4. Gegenseitige Anerkennung rechtskräftiger Urteile der Gerichte anderer Mitgliedstaaten

Ebenfalls am 31. Mai 2023 hat Kommission beschlossen, eine Europäische Bürgerinitiative mit dem Titel „Verankerung des Präjudizkonzepts auf der EU-Ebene“ zu registrieren. Die Organisatorinnen und Organisatoren der Initiative fordern die Kommission auf, einen Mechanismus einzuführen, der die gegenseitige Anerkennung rechtskräftiger Urteile der Gerichte anderer Mitgliedstaaten hinsichtlich ähnlicher oder identischer Sachverhalte, die die Anwendung des Unionsrechts erfordern und eine grenzüberschreitende Dimension haben, gewährleistet, sowie die Möglichkeit, sich auf nationale Präzedenzentscheidungen zu berufen, die von den Gerichten des betreffenden Landes getroffen wurden.⁶

5. Modernisierung der Vorschriften über die aussergerichtliche Streitbeilegung

Die Kommission hat am 17. Oktober 2023 einen Vorschlag zur Modernisierung der Vorschriften über die aussergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen vorgelegt.⁷ Damit soll die bestehende Richtlinie 2013/11/EU⁸ an die digitalen Märkte angepasst werden. Der Vorschlag sieht eine Ausweitung des

⁶ Vgl. Webseite der Europäischen Bürgerinitiative, abrufbar unter: <https://citizens-initiative.europa.eu/initiatives/details/2023/000005_de>.

⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/11/EU über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten sowie der Richtlinien (EU) 2015/2302, (EU) 2019/2161 und (EU) 2020/1828 vom 17. Oktober 2023, COM (2023) 649 final.

⁸ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABl. L 165 vom 18. Juni 2013, 63.

Anwendungsbereichs der Richtlinie vor, um u.a. Streitigkeiten im Zusammenhang mit irreführender Werbung, dem Zugang zu Diensten und ungerechtfertigtem Geoblocking aussergerichtlich beilegen zu können.

Die Richtlinie soll auch für Händler ausserhalb der EU – und somit auch für solche mit Sitz in der Schweiz – von Belang sein, da sie unlautere Praktiken wie manipulative Benutzerschnittstellen, manipulative Werbung oder Geoblocking-Vorschriften angeht. Nach Änderung der Richtlinie soll gegen derartige Praktiken, die derzeit nicht in ihren Anwendungsbereich fallen, im Rahmen der alternativen Streitbeilegung vorgegangen werden können. Damit Verbraucherinnen und Verbraucher leichter von dieser Möglichkeit Gebrauch machen können, sollen benannte Stellen wie das Netzwerk der Europäischen Verbraucherzentren ihnen die Verfahren erläutern und bei deren Nutzung helfen. Ein weiteres Ziel des Vorschlags ist die Verfahrensbeschleunigung.

6. Richtlinie zum Schutz vor strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung

Am 30. November 2023 haben das Europäische Parlament und der Rat eine vorläufige politische Einigung über neue EU-Vorschriften zum Schutz vor strategischen Klagen gegen öffentliche Beteiligung (SLAPP-Klagen) erzielt.⁹ Der Zweck solcher missbräuchlicher Klagen besteht in der Regel darin, Kritiker (z.B. Journalisten und Menschenrechtsaktivisten) zu zensurieren, einzuschüchtern und zum Schweigen zu bringen, indem ihnen so lange die Kosten für die Verteidigung aufgebürdet werden, bis sie ihre Kritik oder Opposition aufgeben. Die Richtlinie enthält u.a. Bestimmungen über Verfahrensgarantien, Vorschriften zur vorzeitigen Einstellung offenkundig unbegründeter Gerichtsverfahren und Schutzvorschriften zur Anerkennung von Urteilen aus Drittstaaten.¹⁰ Ist eine in der EU lebende Person von einer SLAPP-Klage in einem Drittland (z.B. in der Schweiz) betroffen, so müssen die EU-Mitgliedstaaten die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils aus diesem Drittland versagen, wenn es in dem betreffenden Mitgliedstaat als offenkundig unbegründet oder

⁹ Europäischer Rat, Pressemitteilung vom 11. November 2023, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/11/30/council-and-eu-parliament-reach-provisional-agreement-on-eu-law-protecting-journalists-and-human-rights-defenders/>.

¹⁰ 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.

missbräuchlich angesehen wird. Der Text muss noch von den Vertretern der Mitgliedstaaten im Rat gebilligt und anschliessend vom Rat und vom Europäischen Parlament förmlich angenommen werden.

7. Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel-Ia-VO und zum LugÜ

a) *Gerichtsstandsvereinbarung in AGB*

Im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen einer belgischen Klägerin und einer schweizerischen Beklagten hatte der EuGH eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung zu beurteilen, auf die ein schriftlich abgeschlossener Vertrag lediglich durch Angabe des Hyperlinks zu einer Website hinwies, ohne dass die Beklagte aufgefordert worden war, die AGB durch Anklicken eines Feldes auf der Website zu akzeptieren. Nach Ansicht des EuGH entspricht diese Gestaltung den formalen Anforderungen von Art. 23 Abs. 1 und 2 LugÜ, da die blossе Möglichkeit, die AGB vor Abschluss des Vertrags zu speichern und auszudrucken, ausreiche, um den Formerfordernissen zu genügen. Der liberale Ansatz des EuGH dient vornehmlich der Förderung digitaler Vertragsabschlüsse, stellt aber neue und erhöhte Anforderungen an beide Vertragsparteien. So muss der AGB-Verwender die jeweils zur Verfügung gestellte Version gesondert dokumentieren, da dies bei Nutzung eines Hyperlinks nicht in jedem Fall automatisch erfolgt. Von Bedeutung ist die Entscheidung aber vornehmlich für die Gegenpartei, da inskünftig sämtliche hinter Hyperlinks versteckten Dokumente zur Kenntnis genommen und rechtlich bewerten müssen.¹¹

b) *Anforderungen an das verfahrenseinleitende Schriftstück*

Nach Art. 34 Ziff. 2 LugÜ wird eine Entscheidung dann nicht anerkannt, wenn „dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück (...) nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte (...)“. Vor diesem Hintergrund hatte sich der EuGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob in einem schweizerischem Betreibungsverfahren bereits der Zahlungsbefehl oder erst die spätere Zahlungsklage als verfahrenseinleitendes Schriftstück zu qualifizieren ist. Insofern geht der Gerichtshof von der Überlegung aus, dass im Fall der Aneinanderreihung zweier Verfahren, an deren Ende jeweils eine vollstreckbare Entscheidung in Bezug auf dieselbe Verpflichtung erwirkt werden kann, der Auslöser des ersten Verfahrens nur dann als verfahrenseinleitendes Schriftstück

¹¹ EuGH, Urteil vom 24. November 2022, Tilman SA, Rs. C-358/21, ECLI:EU:C:2022:923, vgl. dazu NJW 2023, 33 mit Anm. Finkelmeier Max.

des zweiten Verfahrens im Sinne von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ angesehen werden kann, wenn beide Verfahren eine funktionelle Einheit bilden. Da vorliegend die Beseitigung des Rechtsvorschlages nicht beantragt wurde, lehnte der EuGH insoweit das Bestehen einer funktionellen Einheit zwischen dem Betreibungsverfahren und der gerichtlichen Forderungsklage ab. Verfahrenseinleitendes Schriftstück für das Erkenntnisverfahren war also die Klageschrift und nicht bereits der zeitlich frühere Zahlungsbefehl.¹²

c) *Qualifikation von Quasi-Prozessführungsverboten*

Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel I-VO sind Prozessführungsverbote, mit denen einer Partei – in der Regel dem Kläger – unter Androhung von Strafe untersagt wird, ein weiteres Verfahren in einem anderen Staat einzuleiten oder fortzusetzen (sog. anti-suit-injunctions), mit den Grundsätzen des europäischen Zivilprozessrechts unvereinbar.¹³ In seiner jüngsten Entscheidung zu diesem Themenkreis dehnt der EuGH diese Rechtsprechung nun auch auf mitgliedstaatliche Urteile aus, die es dem Kläger lediglich erschweren, ein weiteres Verfahren in einem anderen Staat einzuleiten. Dies gelte insbesondere für Urteile, die eine Partei verpflichten, im Fall der Einleitung oder Fortführung eines Verfahrens bei einem Gericht eines anderen Mitgliedstaats der anderen Partei die Kosten, die dieser durch das Betreiben des Verfahrens entstehen, zu ersetzen. Der Gerichtshof behandelt solche Schadenersatzentscheidungen nunmehr als „Quasi-Prozessführungsverbote“, deren Anerkennung und Vollstreckung mit dem europäisch beeinflussten Ordre public des Anerkennungsmitgliedstaates grundsätzlich unvereinbar ist.¹⁴

d) *Qualifikation eines Vorvertrags*

Der EuGH legt Art. 7 Ziff. 1 lit. b Brüssel Ia-VO (entspricht Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ) dahingehend aus, dass ein über den künftigen Abschluss eines Franchisevertrags geschlossener Vorvertrag, der für den Fall seiner Nichterfüllung eine Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe vorsieht, nicht unter den Begriff „Erbringung von Dienstleistungen“ fällt. Zur Begründung führt der EuGH an, dass die aus einem Vorvertrag resultierende Verpflichtung zum Abschluss eines Hauptvertrags keine gegen ein Entgelt übernommene Handlung zum Gegenstand habe und die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe

¹² EuGH, Urteil vom 30. März 2023, PT, Rs. C-343/22, ECLI:EU:C:2023:276, vgl. dazu EuZW 2023, 473 mit Anm. Loacker Leander D. / Andri Capaul Gian.

¹³ EuGH, Urteil vom 27. April 2004, Gregory Paul Turner, Rs. C-159/02, ECLI:EU:C:2004:228.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 7. September 2023, Charles Taylor Adjusting, Rs. C-590/21, ECLI:EU:C:2023:633.

kein Entgelt für die Eingehung des Hauptvertrags darstelle. Dieses Ergebnis rechtfertige sich auch aus dem Gedanken, dass die besonderen Gerichtsstände der Verordnung als Ausnahmebestimmungen eng auszulegen seien. Im Ergebnis ist die Praxis in entsprechenden Fällen auf die komplexe Tessili-Regel zurückgeworfen. Um dies zu vermeiden, sollten auch Vorverträge vermehrt mit Gerichtsstandsvereinbarungen versehen werden.¹⁵

e) Streitgenossenschaft bei Verletzung einer Unionsmarke

Gemäss Art. 8 Ziff. 1 Brüssel-Ia VO (entspricht Art. 6 Ziff. 1 LugÜ) können mehrere Beklagte, die ihren Sitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten haben, vor dem Gericht des Sitzes eines Beklagten wegen Verletzung derselben Unionsmarke gemeinsam verklagt werden, wenn zwischen ihnen ein Vertriebsvertrag über dieselben Waren besteht. Vorliegend besass die Klägerin Inhaberin mehrere Unionsmarken mit dem Wortbestandteil „Vogue“. Beklagte waren eine deutsche Gesellschaft mit Sitz in Brandenburg, deren Geschäftsführer mit Wohnsitz in Nordrhein-Westfalen, eine polnische Gesellschaft sowie deren polnischen Geschäftsführer, wobei zwischen der deutschen und der polnischen Gesellschaft ein Vertriebsvertrag bestand, auf dessen Basis die deutsche Gesellschaft mit Sitz in Brandenburg mit „Diamant Vogue“ gekennzeichnete Energydrinks von der polnischen Gesellschaft bezog. Zur Begründung weist der EuGH darauf hin, dass ein exklusiver Vertriebsvertrag über Produkte, die unter derselben verletzenden Bezeichnung vertrieben werden, eine Sachlage darstelle, bei der zwischen den Klagen eine so enge Beziehung anzunehmen sei, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheine, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen.¹⁶

f) Begriff des anderen Vertragspartners im internationalen Verbraucherrecht

Der Begriff „anderer Vertragspartner“ in Art. 18 Abs. 1 Brüssel Ia-VO (entspricht Art. 16 Abs. 1 LugÜ) ist nach der jüngsten Präzisierung des EuGH so zu verstehen, dass er ausschliesslich die am streitigen Vertrag beteiligte natürliche oder juristische Person meint. Nicht erfasst sind insbesondere andere zur selben Unternehmensgruppe gehörende Gesellschaften, mit denen der Kläger ebenfalls vertraglich verbunden war, die aber nicht direkt an dem streitgegenständlichen Vertrag beteiligt waren. Insoweit verweist der EuGH zunächst auf

¹⁵ EuGH, Urteil vom 14. September 2023, EXTÉRIA, Rs. C-393/22, ECLI:EU:C:2023:675, vgl. dazu Anm. Pfeiffer Thomas, LMK 2023, 816884.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 7. September 2023, Beverage City Polska, Rs. C-832/21, ECLI:EU:C:2023:250.

den Wortlaut der Bestimmungen der Art. 17-19 Brüssel Ia-VO, die ausdrücklich auf den „Vertrag, den (...) der Verbraucher (...) geschlossen hat“ Bezug nehmen. Eine Ausdehnung des Gerichtsstands auf weitere Personen sei überdies nicht mit dem in Erwägungsgrund 15 Brüssel Ia-VO erwähnten Ziel der Vorhersehbarkeit vereinbar.¹⁷

g) *Feststellung der Verbrauchereigenschaft*

In einer weiteren konsumentenrechtlichen Entscheidung stellt der EuGH fest, dass eine Klägerin, die bei ihrem gutgläubigen Vertragspartner den Eindruck erweckt, sie sei den Vertrag als Unternehmerin eingegangen, davon ausgehen muss, dass sie auf den Schutz der internationalen Zuständigkeitsregeln für Verbraucherverträge verzichtet habe. So benutzte der den Kontakt zum späteren Beklagten aufnehmende Lebensgefährte der Klägerin hierfür seine eigene geschäftliche E-Mail-Adresse, wobei der Kaufvertrag irrtümlich auf „Fa. JA“ anstelle von „Frau JA“ lautete. Ausserdem enthielt der Vertrag die Klausel: „Sondervereinbarungen Händlergeschäft/keine Rücknahme, keine Garantie/Auslieferung erfolgt nach Geldeingang“. Bei seiner Prüfung wendet der EuGH ein zweistufiges Verfahren an, bei dem er auf der ersten Stufe grundsätzlich nur objektive Beweise zur Feststellung des Vertragszwecks berücksichtigt. Der Eindruck, den das Verhalten des Verbrauchers erweckt hat, ist sodann – auf der zweiten Stufe – zu berücksichtigen, wenn der Vertragszweck nicht anhand des objektiven Beweises festgestellt werden kann.¹⁸

¹⁷ EuGH, Urteil vom 14. September 2023, Club La Costa u.a., Rs. C-821/21, ECLI:EU:C:2023:672.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 9. März 2023, Wurth Automotive, Rs. C-177/22, ECLI:EU:C:2023:185, vgl. dazu auch Bens Tess, Die Scheinunternehmerin, der vermittelnde Lebensgefährte und der gutgläubige Vertragspartner: Feststellung der Verbrauchereigenschaft i.S.v. Art. 17 Eu-GVVO, IPRax 2023, 527 ff.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

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 Abschnitt 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. Insbesondere die kürzlich beschlossene Revision des Internationalen Erbrechts geht direkt auf den Einfluss der Europäischen Erbrechtsverordnung (vgl. nachfolgend [b\)](#)) zurück.

b) Internationales Erbrecht

Über die Revision des Internationalen Erbrechts wurde an dieser Stelle bereits berichtet. Hauptziel der Vorlage ist die teilweise Harmonisierung des schweizerischen internationalen Erbrechts mit der EU-Erbrechtsverordnung (Eu-ErbVO).¹⁹ Die Botschaft vom 13. März 2020²⁰ schlug bei acht Bestimmungen des sechsten Kapitels des IPRG Änderungen vor, die vornehmlich der Vermin- derung der Gefahr positiver Kompetenzkonflikte dienen.²¹ Nach einem längeren Differenzbereinigungsverfahren konnte der Ständerat in seiner Sitzung

¹⁹ 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.

²⁰ Vgl. Webseite IPRax, abrufbar unter: <https://www.iprax.de/de/aktuelles/neueste-informationen.php>.

²¹ Wagner Rolf, Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, NJW 2023, 1779 (1780).

vom 12. Dezember 2023 die letzten Unterschiede zum Nationalrat ausräumen. Umstritten war insbesondere der Umgang mit Fällen, in denen der Erblasser per Testament oder Erbvertrag wählt, welches Recht zur Anwendung kommen soll. Der Ständerat favorisierte ursprünglich den Ansatz, dass Schweizerinnen und Schweizer mit mehreren Staatsangehörigkeiten ausschliesslich das Schweizer Recht wählen müssten. National- und Bundesrat vertraten demgegenüber einen liberaleren Standpunkt und stellten sich gegen eine Beschränkung der Rechtswahl. Nach dem inzwischen vom Ständerat akzeptierten Kompromissvorschlag des Nationalrats soll im Gesetz festgehalten werden, dass Schweizerinnen und Schweizer mit mehreren Staatsangehörigkeiten, die sich für ein ausländisches Recht entscheiden, die Pflichtteile gemäss schweizerischem Recht nicht antasten dürfen (Art. 91 rev. IPRG). Diese Lösung wurde an der Schlussabstimmung vom 22. Dezember 2023 von beiden Räten gutgeheissen. Nach Ablauf der Referendumsfrist könnte die Revision frühestens per 1. Januar 2025 in Kraft treten.

c) *Internationales Deliktsrecht*

Per 1. Januar 2022 sind die Kernenergiehaftpflichtgesetzgebung von 2008, das revidierte Übereinkommen von Paris (PÜ)²² sowie die dazugehörigen Protokolle in Kraft getreten.²³ Der revidierte Art. 130 Abs. 1 IPRG verweist für die internationale Zuständigkeit nunmehr direkt auf das PÜ. Nach Art. 13 Abs. 1 PÜ sind für Klagen gemäss den Artikeln 3, 4 und 6 lit. a) PÜ grundsätzlich nur die Gerichte derjenigen Vertragspartei zuständig, in deren Hoheitsgebiet das nukleare Ereignis eingetreten ist. Gemäss Art. 130 Abs. 3 IPRG gilt diese Zuständigkeitsordnung seit dem 1. September 2023 sinngemäss auch für Klagen aus nuklearen Ereignissen, auf die das Übereinkommen nicht anwendbar ist.

Die frühere Zuständigkeitsregelung des Art. 130 Abs. 3 IPRG betreffend Klagen zur Durchsetzung des Auskunftsrechts gegen den Inhaber einer Datensammlung ist seit dem 1. September 2023 in Art. 130a IPRG geregelt. Im Rahmen der zweiten Etappe der Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG)²⁴ wurde der Anwendungsbereich der Bestimmung um Klagen zur Durchsetzung des Einsichtsrechts im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten

²² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Massnahmen und die Zusammenarbeit in Fragen betreffend den Schutz Erwachsener vom 31. Mai 2023, COM (2023) 280 final.

²³ Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000, SR 0.211.232.1.

²⁴ Vgl. Webseite der Europäischen Bürgerinitiative, abrufbar unter: <https://citizens-initiative.europa.eu/initiatives/details/2023/000005_de>.

erweitert.²⁵ Zudem knüpft das IPRG nicht mehr an den Begriff der Datensammlung an, da dieser im neuen Datenschutzrecht keine Verwendung mehr findet.²⁶

3. Beitritt zum Haager Gerichtsstandsübereinkommen

Am 24. Mai 2023 hat der Bundesrat seine Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens von 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen (HGÜ) verabschiedet.²⁷ Dieses Übereinkommen regelt die internationale Zuständigkeit von Gerichten in Zivil- und Handelssachen sowie die grenzüberschreitende Anerkennung von Urteilen und gilt in der EU bereits seit 2015. Kern des Regelungskonzepts ist der Gedanke, dass sich grundsätzlich nur das in der Gerichtsstandsvereinbarung bezeichnete Gericht eines Vertragsstaates mit der Streitentscheidung befassen soll (Art. 5 Abs. 1 HGÜ). Das HGÜ brächte auch einen wesentlichen Fortschritt im Hinblick auf die Regelung der Litispendenz im Internationalen Zivilprozessrecht. So ermöglicht es das LugÜ einer Partei, ein anderes vertragsstaatliches Gericht entgegen der Gerichtsstandsvereinbarung anzurufen und so das Verfahren vor dem gewählten Gericht, das als zweites Gericht befasst wird, zu hintertreiben. Demgegenüber schliesst Art. 6 HGÜ Parallelverfahren grundsätzlich aus. Auch Art. 31 Abs. 2 der Brüssel Ia-VO durchbricht die Prioritätsregel der Rechtshängigkeit zugunsten des durch eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung bestimmten Gerichts eines EU-Mitgliedstaates. Insofern stünde ein Beitritt der Schweiz zum HGÜ auch im Einklang mit den Grundsätzen des aktuellen europäischen Zivilprozessrechts.

Ausser in der EU gilt das Übereinkommen bereits in Mexiko, Singapur, Montenegro, der Ukraine und im Vereinigten Königreich. Im Hinblick auf den vorgesehenen Beitritt der Schweiz ist letzteres derzeit besonders relevant, stellt doch das HGÜ nach dem Wegfall des LugÜ die einzige internationale Verpflichtung des Vereinigten Königreichs im Bereich des allgemeinen Zivilpro-

²⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/11/EU über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten sowie der Richtlinien (EU) 2015/2302, (EU) 2019/2161 und (EU) 2020/1828 vom 17. Oktober 2023, COM (2023) 649 final.

²⁶ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABL. L 165 vom 18. Juni 2013, 63.

²⁷ Europäischer Rat, Pressemitteilung vom 11. November 2023, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/11/30/council-and-eu-parliament-reach-provisional-agreement-on-eu-law-protecting-journalists-and-human-rights-defenders/>>.

zessrechts dar.²⁸ Darüber hinaus haben mit China, Israel, Nordmazedonien und den USA weitere Staaten das HGÜ unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert.²⁹ Sollte das Projekt den Gesetzgebungsprozess reibungslos durchlaufen, kann frühestens Anfang 2025 mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens für die Schweiz gerechnet werden.

²⁸ 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.

²⁹ EuGH, Urteil vom 24. November 2022, Tilman SA, Rs. C-358/21, ECLI:EU:C:2022:923, vgl. dazu NJW 2023, 33 mit Anm. Finkelmeier Max.

Aussenwirtschaftsrecht

Janick Elsener/Andreas R. Ziegler

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023 (JANICK ELSENER)	258
1.	Allgemeine Übersicht und Entwicklungen	258
2.	Bilaterale Verhandlungen	263
a)	Neuseeland	263
b)	Kenia	264
c)	Chile	264
d)	Japan, Singapur und Südkorea	265
e)	Indien	265
f)	Indonesien und Thailand	266
3.	Wirtschaftssanktionen	266
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023 (ANDREAS R. ZIEGLER)	267
1.	Allgemeine Übersicht und Entwicklungen	267
2.	Multilaterale Zusammenarbeit	267
a)	WTO	267
aa)	Fischereisubventionen	267
bb)	Patentschutz bei Covid-Vakzinen	267
cc)	Reform der WTO	268
dd)	Plurilaterale Verhandlungen	268
b)	OECD	269
aa)	Unternehmenssteuern	269
bb)	Korruptionsbekämpfung	269
cc)	Multinationale Unternehmen	269
3.	Bilaterale Zusammenarbeit	270
a)	Laufende Verhandlungen und sonstige Entwicklungen	270
b)	EU	270
c)	Bilaterale Handelsabkommen	271
aa)	FHAs	271
bb)	Thematische Abkommen	271
cc)	Beziehungen zum Vereinigten Königreich nach dem Brexit	272
d)	Investitionsschutzabkommen (ISA)	272
4.	Wirtschaftssanktionen	273
a)	Ukrainekrieg	273
b)	Andere Massnahmen	273

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2023

1. Allgemeine Übersicht und Entwicklungen

Auch im Berichtsjahr 2023 war der noch andauernde Angriffskrieg Russlands das ausenwirtschaftlich dominierende Thema. Unter anderem deshalb kam auch die Erweiterung der EU wieder auf die politische Agenda. Auf der anderen Seite sind auch die Wirtschaftssanktionen zu erwähnen, welche zusätzlich zu den bereits 2022 verabschiedeten hinzukommen sind.

Daneben ist aber auch von den Fortschritten in bilateralen Verhandlungen zu berichten und aufzuzeigen, wie sich der Handel der EU nach der Pandemie erholt und weiterentwickelt hat.

In Bezug auf die WTO gibt es im Berichtsjahr kaum nennenswerte Entwicklungen für die EU. Relevante Beschlüsse innerhalb der WTO werden an der kommenden Ministerkonferenz, welche im Februar 2024 in Abu Dhabi stattfinden wird, erwartet.¹

Bedeutsam sind im vorliegenden Kontext die Erweiterungspläne der EU, da die wirtschaftlichen Beziehungen zu den potenziellen Beitrittskandidaten gegenwärtig dem Bereich der Aussenwirtschaft zuzuordnen sind und nach einem erfolgreichen Beitritt dann gerade nicht mehr; entsprechend sollen die Beitrittsperspektiven im Überblick aufgezeigt werden. Nachdem der EU seit über zehn Jahren keine weiteren Länder beigetreten waren, zeichnet sich seit 2023 eine nächste Erweiterungsrunde ab. Charles Michel, Präsident des Europäischen Rates, sprach sich in einer Rede vom Sommer klar für Erweiterungen bis 2030 aus.² Bei den möglichen Beitrittsstaaten handelt es sich um sechs Staaten im Westbalkan, die Türkei, die Ukraine, Moldau und Georgien. Die Europäische Kommission hat am 8. November 2023 das Erweiterungspaket verabschiedet.³ Nachfolgend werden die jeweiligen Staaten und der aktuelle Status der Verhandlungen erläutert. Um der EU beizutreten, muss ein Land verschiedene Voraussetzungen (sog. Kopenhagener Kriterien) erfüllen. Zunächst er-

¹ Vgl. für aktuellen Stand, Webseite der 13. Ministerkonferenz, abrufbar unter: <https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc13_e/mc13_e.htm>.

² Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 28. August 2023, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/08/28/speech-by-president-charles-michel-at-the-bled-strategic-forum/pdf>>.

³ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Erweiterung der EU, vom 8. November 2023, COM (2023) 690 final.

folgt ein Screening, danach werden die einzelnen Verhandlungskapitel eröffnet und erst wenn alle 32 Kapitel abgeschlossen sind, wird ein Beitrittsvertrag aufgesetzt.

Seit Juni 2014 hat **Albanien** den offiziellen Status eines Beitrittskandidaten. Der Bericht der Europäischen Kommission vom 8. November 2023 beleuchtet die politische Situation in Albanien nach den lokalen Wahlen im Mai 2023. Trotz eines insgesamt guten und ruhigen Verlaufs der Wahlen bestehen Bedenken hinsichtlich des potenziellen Missbrauchs staatlicher Ressourcen und Stimmenkaufs. Niedrige Wahlbeteiligung, politische Polarisierung und interne Spannungen in der Opposition prägen nach wie vor das politische Umfeld.⁴ Zwar sind im Bereich der Stärkung der parlamentarischen Kontrolle positive Entwicklungen festzustellen. Aber in der öffentlichen Verwaltung weist Albanien noch grosses Verbesserungspotential auf; insbesondere bei der Anwendung meritokratischer Prinzipien und der Digitalisierung öffentlicher Dienstleistungen bedarf es weiterer Verbesserungen.⁵ Auch im Rahmen der Justizreform wurden Fortschritte gemacht, wobei die Überlänge gewisser Prozesse weiterhin problematisch ist.⁶ Im Bereich der Korruptionsbekämpfung zeichnen sich erste Erfolge ab, trotzdem erfordert es weitere Anstrengungen, besonders in der Prävention.⁷ Wirtschaftlich scheint Albanien relativ gut für einen EU-Beitritt vorbereitet zu sein. Wobei nach wie vor Defizite in Marktstrukturen, Energiesektor und Bildung bestehen. Der Weg zur EU-Mitgliedschaft erfordert kontinuierliche Anpassungen und verstärkte Massnahmen in den genannten Schlüsselbereichen.⁸ Abschliessend ist festzuhalten, dass Albanien noch einen weiten Weg vor sich hat, bis es der EU beitreten kann. Am 8. Dezember 2023 schloss die Europäische Kommission den Screening-Prozess für Albanien und Nordmazedonien ab und so sind nun alle 6 Cluster und alle 31 Kapitel eröffnet.⁹

Bosnien und Herzegowina erhielt erst 2022 den Status eines Beitrittskandidaten und muss in fast allen Bereichen noch grosse Fortschritte machen, bevor eine Eingliederung in die EU infrage kommt. Besonders in der Republik Srpska (neben der Föderation Bosnien und Herzegowina eine von zwei Entitäten von Bosnien und Herzegowina) kommt es zu verschiedenen Missachtungen der von der Kommission formulierten Prioritäten. Insbesondere die Wiederein-

⁴ Europäische Kommission, Bericht zu Albanien 2023, SWD (2023) 690 final, 7.

⁵ SWD (2023) 690 final, 8.

⁶ SWD (2023) 690 final, 18.

⁷ SWD (2023) 690 final, 24.

⁸ SWD (2023) 690 final, 72.

⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 8. Dezember 2023, abrufbar unter: https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/news/screening-meetings-completed-part-screening-process-albania-and-north-macedonia-2023-12-08_en.

führung von strafrechtlichen Sanktionen für Verleumdung in der Republik Srpska im Juli 2023 hat nach Ansicht der Kommission schwerwiegende Auswirkungen auf die Meinungsäusserungsfreiheit und stellt einen grossen Rückschritt in Bezug auf den Schutz der Grundrechte dar.¹⁰ Zusätzlich wurde in der Teilrepublik ein Gesetz erlassen, nach welchem Urteile des Verfassungsgerichts missachtet werden können.¹¹ Unter den gegebenen Umständen erscheint es fraglich, ob Bosnien und Herzegowina in den nächsten zehn Jahren der EU beitreten kann. Offiziell wurden auch noch keine Beitrittsverhandlungen aufgenommen; es wird aber erwartet, dass solche im März beschlossen werden dürften.¹²

Im **Kosovo** kam es in Bezug auf die europäische Integration zu zwei interessanten Entwicklungen. Einerseits kam es zu Fortschritten in den Verhandlungen mit der EU, andererseits ist es für Kosovarinnen und Kosovaren seit dem 1. Januar 2024 nun möglich visafrei nach Europa zu reisen.¹³ Ein Beitritt zur Union ist kaum zu erwarten, bevor es nicht zu einer Einigung zwischen dem Kosovo und Serbien gekommen ist. Beide Staaten wollen beitreten, wobei Kosovo den Status eines Beitrittskandidaten noch nicht erhalten hat. Die EU fördert den Dialog zwischen den Ländern und setzt sich für eine Lösung ein.¹⁴ 2023 kam es erneut vermehrt zu Konflikten und Eskalationen mit Serbien und so erscheint ein baldiger Beitritt eher unwahrscheinlich.¹⁵

Bereits 2020 gelang es **Montenegro** den Screening Prozess abzuschliessen. Im Berichtszeitraum herrschten in Montenegro politische Spannungen, die zu einer Blockade des Systems führten. Erst fünf Monate nach den Wahlen kam es zu einer Regierungsbildung. An der Regierung sind auch prorussische Parteien beteiligt. In der Korruptionsbekämpfung wurden einige Fortschritte erzielt, jedoch bleibt hohe Korruption ein Anliegen.¹⁶ In Bezug auf die Einhaltung der Grundrechte ist Montenegro grundsätzlich auf einem guten Weg, muss aber weiterhin an gewissen Punkten, wie beispielsweise der Hassrede und Diskri-

¹⁰ Europäische Kommission, Bericht zu Bosnien und Herzegowina 2023, SWD (2023) 691 final, 36.

¹¹ SWD (2023) 691 final, 13.

¹² Europäischer Rat, Schlussfolgerungen zur Tagung des Europäischen Rates vom 15. Dezember 2023, EUCO 20/23, 5.

¹³ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung vom 28. August 2023, abrufbar unter: https://home-affairs.ec.europa.eu/news/visa-free-travel-kosovo-citizens-eu-2024-01-03_en.

¹⁴ Europäische Kommission, Bericht zum Kosovo 2023, SWD (2023) 692 final, 78 ff.

¹⁵ SWD (2023) 692 final, 6.

¹⁶ Europäische Kommission, Bericht zu Montenegro 2023, SWD (2023) 694 final, 31.

minierung arbeiten.¹⁷ Zusammenfassend zeigt der Bericht auf, dass Montenegro in Bezug auf viele Punkte bereits viele Fortschritte erzielt hat, aber im Berichtsjahr nicht die gewünschten Erfolge verzeichnen konnte.

Die Beitrittsverhandlungen mit **Nordmazedonien** verlaufen ähnlich zu denen der anderen Staaten des Westbalkans. Den Kandidatenstatus erhielt Nordmazedonien bereits 2005, die Beitrittsverhandlungen wurden jedoch über Jahre von mehreren Mitgliedsstaaten der EU blockiert.¹⁸ Wie bei Albanien hat, die Europäische Kommission am 8. Dezember 2023 bekannt gegeben, dass der Screening-Prozess abgeschlossen ist und nun alle Kapitel eröffnet sind.¹⁹ Im Berichtszeitraum ergaben sich einige Verbesserungen, so sind beispielsweise Fortschritte im Bereich der Bekämpfung der organisierten Kriminalität zu verzeichnen²⁰ und auch im Bereich einer funktionierenden Marktwirtschaft ist Nordmazedonien relativ gut auf einen EU-Beitritt vorbereitet.²¹ Nach wie vor bedarf es aber erheblicher Fortschritte im Bereich der Korruptionsbekämpfung²² und im Allgemeinen stellt die politische Polarisierung ein Problem dar.²³

Serbien erhielt 2012 den Status eines Beitrittskandidaten und die Verhandlungen starteten 2014. Der Bericht der Europäischen Kommission erschien am 8. November 2023, somit fallen die kontroversen Parlamentswahlen vom 17. Dezember nicht in den Berichtszeitraum. Bei den Wahlen kam es gemäss internationalen Beobachtern zu Unstimmigkeiten, was grosse Proteste in Belgrad auslöste. Von Seiten der EU gab es nur ein kurzes Statement in dem der Bericht des des OSZE-Büros für demokratische Institutionen und Menschenrechte, BDIMR, zur Kenntnis genommen wurde.²⁴ Der Bericht der EU zu Serbien zeigt auf, dass Serbien zwar ökonomisch relativ gut auf einen EU-Beitritt vorbereitet ist und auch weitere Fortschritte zu verzeichnen sind.²⁵ Auch

¹⁷ SWD (2023) 694 final, 39.

¹⁸ Pabst Volker, Streit mit Bulgarien: Erneut gefährden Identitätsfragen Nordmazedoniens Weg zur EU, in NZZ vom 23. November 2020.

¹⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 8. Dezember 2023, abrufbar unter: <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/news/screening-meetings-completed-part-screening-process-albania-and-north-macedonia-2023-12-08_en>.

²⁰ Europäische Kommission, Bericht zu Nordmazedonien 2023, SWD (2023) 693 final, 40.

²¹ SWD (2023) 693 final, 54.

²² SWD (2023) 693 final, 21.

²³ SWD (2023) 693 final, 9.

²⁴ Europäische Kommission, Gemeinsame Erklärung des Hohen Vertreters Josep Borrell und des Kommissars für Nachbarschaftspolitik und Erweiterung Olivér Várhelyi zu den Parlamentswahlen in Serbien vom 19. Dezember 2023, abrufbar unter: <https://www.eeas.europa.eu/eeas/serbia-joint-statement-high-representative-josep-borrell-and-commissioner-neighbourhood-and-0_en>.

²⁵ Europäische Kommission, Bericht zu Serbien 2023, SWD (2023) 695 final, 72.

wurde das Justizsystem gestärkt.²⁶ Trotzdem geht aus dem Bericht klar hervor, dass Serbien noch an vielen Punkten Verbesserungspotential aufweist.²⁷ Nicht zuletzt bedarf es der Normalisierung der Beziehungen mit dem Kosovo.²⁸

Die **Türkei** war das erste Land, welches um Beitritt ersuchte und 1999 den Status eines Bewerberlandes erhielt.²⁹ Die Beitrittsverhandlungen zwischen der EU und der Türkei sind praktisch zum Stillstand gekommen, und die Eröffnung weiterer Verhandlungskapitel wird derzeit nicht in Betracht gezogen. Die EU betont ihre Bereitschaft zur Zusammenarbeit, unter Berücksichtigung bestimmter Bedingungen. Die Deeskalation im östlichen Mittelmeerraum und positive Entwicklungen in den Beziehungen zwischen der Türkei und Griechenland werden positiv aufgenommen. Die EU fordert von der Türkei die Anerkennung aller Mitgliedstaaten und eine friedliche Lösung von Streitigkeiten, insbesondere in Bezug auf die Zypernfrage. Bedenken bezüglich Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten in der Türkei werden geäußert, mit der Aufforderung, negative Entwicklungen zu korrigieren. Die EU fordert zudem eine bessere Abstimmung der Aussenpolitik der Türkei mit den Prioritäten der EU.

Die EU zeigte sich seit Beginn des Angriffskrieges Russlands solidarisch mit der **Ukraine**. Bereits wenige Tage nach der Invasion stellte die Ukraine ein Beitrittsgesuch. Am 23. Juni 2022 erhielt die Ukraine den offiziellen Status eines Beitrittskandidaten und im Dezember 2023 beschloss der Europäische Rat, dass Beitrittsverhandlungen mit der Ukraine und der Republik Moldau aufzunehmen sind.³⁰ Dies ist darauf zurückzuführen, dass es in der Ukraine zu grossen Fortschritten in Bezug auf die europäische Eingliederung kam. Als die Europäische Kommission der Ukraine den Status des Beitrittskandidaten erteilte, teilte sie sieben Schritte mit, welche von der Ukraine zu erfüllen sind. Gemäss des Berichtes der Europäischen Kommission wurden diese Bedingungen mehrheitlich bereits erfüllt und so kam es zum Beschluss Verhandlungen aufzunehmen.³¹

Ähnlich sieht es bei der **Republik Moldau** aus. Nachdem das Land ebenfalls als Reaktion auf den Angriffskrieg Russlands ein Beitrittsgesuch stellte, teilte die Europäische Kommission im Februar 2023 neun Schritte mit, die von der Re-

²⁶ SWD (2023) 695 final, 21.

²⁷ SWD (2023) 695 final, 4 ff.

²⁸ SWD (2023) 695 final, 94 ff.

²⁹ Vgl. Webseite des Europäischen Rates, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/enlargement/turkey/>>.

³⁰ Europäischer Rat, Schlussfolgerungen zur Tagung des Europäischen Rates vom 15. Dezember 2023, EUCO 20/23, 5.

³¹ Europäische Kommission, Bericht zur Ukraine 2023, SWD (2023) 699 final, 9 ff.

publik Moldau zu erreichen sind. Dem Bericht vom November 2023 zu folge, wurden bereits sechs der neun Schritte erfüllt und so kam es ebenfalls zum Beschluss, Verhandlungen aufzunehmen.³²

Aus den Berichten geht aber auch klar hervor, dass es sowohl bei der Ukraine als auch bei der Republik Moldau noch sehr viele Bereiche gibt, welche grundlegend reformiert werden müssen.³³ So ist es nur schwer abschätzbar, wann es zu einem Beitritt kommen wird.

Schliesslich bemüht sich auch **Georgien** um den EU-Beitritt. So stellte das Land 2022 das Beitrittsgesuch. Im Dezember 2023 erhielt Georgien als erstes Land des Kaukasus den Status eines offiziellen Beitrittskandidaten.³⁴ Wie aus dem Bericht der Europäischen Kommission hervorgeht, dürfte der Weg bis zu einer vollwertigen EU-Mitgliedschaft noch weit sein.³⁵

2. Bilaterale Verhandlungen

Neben den Erweiterungsplänen der Union kam es auch Entwicklungen in bilateralen Verhandlungen. In der Folge werden die Handelsbeziehungen mit einigen asiatischen Staaten, Chile, Neuseeland und Kenia näher beleuchtet. An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass sich die kontinuierlichen Verhandlungen von Handelsabkommen für die EU lohnen. Aus dem Jahresbericht 2022 geht hervor, dass der Wert der EU-Handelsabkommen das erste Mal 2 Billionen Euro überstiegen hat.³⁶ Die EU hat ein weltumspannendes Netz von Handelsabkommen, welches den Export, die Resilienz und Diversifizierung fördert. So fielen beispielsweise die Verluste durch die Wirtschaftssanktionen gegenüber Russland weitaus tiefer aus als befürchtet.³⁷

a) *Neuseeland*

Am 9. Juli 2023 haben die EU und Neuseeland ein Freihandelsabkommen unterzeichnet. Bereits in der Vorjahresausgabe wurde darüber berichtet, dass so

³² Europäische Kommission, Bericht zur Republik Moldau 2023, SWD (2023) 698 final, 8 ff.

³³ SWD (2023) 698 final, 3 ff; SWD (2023) 699 final, 3 ff.

³⁴ Europäischer Rat, Schlussfolgerungen zur Tagung des Europäischen Rates vom 15. Dezember 2023, EUCO 20/23, 6.

³⁵ Europäische Kommission, Bericht zu Georgien 2023, SWD (2023) 697 final, 4 ff.

³⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 15. November 2023, IP/23/5742.

³⁷ Europäische Kommission, Bericht an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Handelspolitik der EU, vom 15. November 2023, COM(2023) 740 final, 13 f.

die Zölle gesenkt werden sollen und das Investitionsvolumen ansteigen soll.³⁸ Erwähnenswert ist, dass es sich bei diesem Abkommen um das erste handelt, welches einem neuen Ansatz für Handelsabkommen folgt. Dabei steht grünes und gerechtes Wachstum im Vordergrund.³⁹ Bevor das Abkommen ratifiziert wird, bedarf es der Zustimmung des Europäischen Parlaments, eines Beschlusses des Rates und des Abschlusses des Ratifizierungsverfahrens in Neuseeland.

b) *Kenia*

Die EU und Kenia haben erfolgreiche Verhandlungen über ein Wirtschaftspartnerschaftsabkommen (WPA) abgeschlossen, das den Warenhandel ankurbeln und neue wirtschaftliche Möglichkeiten schaffen soll.⁴⁰ Kenia spielt eine Vorreiterrolle in Sachen Nachhaltigkeit auf dem afrikanischen Kontinent und führt ein Bündnis für Klimaschutz mit der EU, Ecuador und Neuseeland an.⁴¹ Das WPA ist das erste Abkommen mit einem Entwicklungsland, das den neuen EU-Ansatz für Handel und nachhaltige Entwicklung widerspiegelt. Es gewährt Kenia einen längeren Zeitraum für die schrittweise Öffnung seines Marktes und Schutzmassnahmen für die Landwirtschaft und Industrie. Als nächsten Schritt muss das WPA dem Rat zur Unterzeichnung vorgelegt werden.

c) *Chile*

Chile und die EU sind bereits einen Schritt weiter und so ist es im Dezember 2023 zur Unterzeichnung eines Rahmenabkommens gekommen. Das Abkommen betont gemeinsame Werte wie Menschenrechte, nachhaltigen Handel und Gleichstellung der Geschlechter. Es stärkt die wirtschaftlichen Beziehungen, indem es Zollfreiheit für 99,9% der EU-Ausfuhren nach Chile gewährt und besseren Zugang zu kritischen Rohstoffen wie Lithium ermöglicht. Das Abkommen fördert Handel und Investitionen, erleichtert Dienstleistungen von EU-Unternehmen in Chile. Zudem setzt es starke Standards in Bezug auf Menschenrechte, Nachhaltigkeit und Innovation, mit neuen Bestimmungen zu demokratischen Prinzipien, Forschung und Gleichstellung der Geschlechter. Damit wurde das Abkommen zwischen den Parteien aus dem Jahre 2002 grundlegend modernisiert.⁴²

³⁸ Elsener Janick, Aussenwirtschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 270.

³⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 19. Januar 2023, IP/23/248.

⁴⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 19. Juni 2023, IP/23/3323.

⁴¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 19. Januar 2023, IP/23/248.

⁴² Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 13. Dezember 2023, IP/23/6542.

d) *Japan, Singapur und Südkorea*

Eine weitere Entwicklung 2023 sind Verhandlungen zu digitalen Handelsabkommen und Abkommen zum grenzüberschreitenden Datenfluss zwischen der EU und ihren Partnern. Im Herbst 2023 begannen Verhandlungen zu einem digitalen Handelsabkommen mit Singapur⁴³ und Südkorea.⁴⁴ Ziel dieser Abkommen ist die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit für Unternehmen sicherzustellen, einen sicheren Online-Bereich für Verbraucher zu gewährleisten und Handelsbarrieren weitgehend zu beseitigen.⁴⁵

Die EU und Japan haben auf dem G7-Treffen ein Abkommen zum grenzüberschreitenden Datenfluss geschlossen. Dadurch soll das Online-Geschäft erleichtert werden, indem es sich gegen digitalen Protektionismus einsetzt. Das Abkommen ermöglicht Unternehmen in verschiedenen Sektoren, darunter Finanzdienstleistungen und E-Commerce, effizientes Datenmanagement und beseitigt kostspielige Datenlokalisierungsvorschriften. Durch die Ratifizierung sollen die Bestimmungen in das EU-Japan Economic Partnership Agreement (EPA) integriert werden.⁴⁶

e) *Indien*

Die Verhandlungen zu einem Freihandelsabkommen mit Indien wurden 2023 fortgesetzt. Die sechste Verhandlungsrunde fand im Herbst in Brüssel statt. Ein Freihandelsabkommen hätte weitreichende Konsequenzen, weil es sich bei Indien und der EU um zwei der grössten Wirtschaftsmächten handelt und die Wichtigkeit Indiens in den kommenden Jahren steigen dürfte.⁴⁷

⁴³ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 20. Juli 2023, abrufbar unter: <https://policy.trade.ec.europa.eu/news/joint-statement-launch-negotiations-eu-singapore-digital-trade-agreement-2023-07-20_en>.

⁴⁴ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 31. Oktober 2023, abrufbar unter: <https://policy.trade.ec.europa.eu/news/joint-statement-launch-negotiations-eu-korea-digital-trade-agreement-2023-10-31_en>.

⁴⁵ Vgl. Website der Europäischen Kommission zum digitalen Handel, abrufbar unter: <https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/goods-and-services/digital-trade_en>.

⁴⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 28. Oktober 2023, IP/23/5378.

⁴⁷ Vgl. Webseite der Europäischen Kommission zu den Handelsbeziehungen mit Indien, abrufbar unter: <https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/india/eu-india-agreement_en>.

f) Indonesien und Thailand

Die EU strebt danach, mit allen Ländern des Staatenverbunds Südostasiatischer Nationen⁴⁸ (ASEAN) bilaterale Abkommen zu schliessen. Dies gelang bereits mit Singapur und Vietnam. Auch mit Indonesien sind die Verhandlungen sehr weit vorangeschritten und im Dezember 2023 kam es zur 16. Verhandlungsrunde.⁴⁹ Zusätzlich dazu kam es zur Wiederaufnahme der Verhandlungen mit Thailand.⁵⁰ Das Ziel der EU ist es, durch die einzelnen Abkommen schlussendlich ein umfängliches Abkommen zwischen der EU und ASEAN zu erzielen.

3. Wirtschaftssanktionen

In der Vorjahresausgabe waren die Wirtschaftssanktionen gegenüber Russland eines der Hauptthemen im Beitrag zum Aussenwirtschaftsrecht der EU.⁵¹ Für dieses Jahr werden lediglich die Grundzüge der zusätzlichen Sanktionen erläutert.

Im Frühjahr wurden die Preisobergrenzen für russische Erdölherzeugnisse vereinbart.⁵² Damit wurden die Beschlüsse (GASP) 2022/1909 und 2022/2369 umgesetzt. Im Februar wurde zusätzlich dazu das Zehnte Sanktionspaket verabschiedet. Damit wurden die Sanktionen auf 87 weitere Einzelpersonen und 34 Organisationen erweitert. Hauptsächlich wurde damit ein Ausfuhrverbot für kritische Technologien und die Einschränkung von Gasspeicherkapazitäten für russische Personen eingeführt.⁵³ Im elften Sanktionspaket ging es primär darum, durch die Stärkung bilateraler und multilateraler Zusammenarbeit die Umgehung der Sanktionen zu verhindern. Zudem wurden die Sanktionen verstärkt und ausgeweitet.⁵⁴ Im Dezember wurde das zwölfte Sanktionspaket verabschiedet. Auch in diesem liegt der Fokus darauf, die Wirksamkeit der bisher beschlossenen Sanktionen sicherzustellen. Zusätzlich dazu kommt ein Verbot des Diamantenhandels mit Russland.⁵⁵

⁴⁸ Dem Staatenverbund gehören derzeit Indonesien, Malaysia, Philippinen, Singapur, Thailand, Brunei, Vietnam, Laos, Myanmar und Kambodscha an.

⁴⁹ Vgl. Webseite der Europäischen Kommission zu den Handelsbeziehungen mit Indonesien, abrufbar unter: <https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/indonesia/eu-indonesia-agreement_en?prefLang=de>.

⁵⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 15. März 2023, IP/23/1628.

⁵¹ Elsener Janick, Aussenwirtschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2022/23, Zürich, 273 ff.

⁵² Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union vom 4. Februar 2023, 68/23.

⁵³ Amtsblatt der Europäischen Union, L 0591, 25. Februar 2023.

⁵⁴ Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union vom 23. Juni 2023, 471/23.

⁵⁵ Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union vom 18. Dezember 2023, 1057/23.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2023

1. Allgemeine Übersicht und Entwicklungen

Die für die EU erwähnten Rahmenbedingungen (längerfristige Auswirkungen der Corona-Epidemie, Ukrainekrieg und Gazakrieg) waren auch für die Schweiz die prägenden Umstände. Die Debatte um die Rolle der Neutralität für Waffenexporte der Schweiz und den Nachvollzug von Sanktionen, aber auch zur Rolle als Finanzplatzes in solchen Konstellationen fand eine Fortsetzung. Daneben intensivierte sich die Debatte um einen Verhandlungsabschluss in den bilateralen Beziehungen zur EU.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

2023 fand keine Ministerkonferenz statt. Hingegen wurden zahlreiche Verhandlungen im Hinblick für die geplante 13. Ministerkonferenz vom 26.-29. Februar 2024 vorangetrieben.

aa) Fischereisubventionen

Wie bereits im Vorjahr berichtet, hat Bundesrat Guy Parmelin die Ratifikationsurkunde der Generaldirektorin der WTO Ngozi Okonjo-Iweala am Rande des WEF in Davos am 20. Januar 2023 überreicht.⁵⁶ Das Abkommen ist aber bisher noch nicht in Kraft getreten, da mindestens zwei Drittel der Mitglieder zustimmen müssen.

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 gewogen wahrgenommen. Die WTO-Mitglieder führten die Beratungen weiter, ob der TRIPS-Beschluss vom 17. Juni 2022⁵⁷ über gewisse Klarstellungen und Vereinfachungen für Entwicklungsländer bei der Vergabe von

⁵⁶ Abkommen vom 17. Juni 2022 über Fischereisubventionen, WT/MIN(22)/33 und WT/L/1144, abrufbar unter: <www.wto.org> trade topics > rules negotiations>.

⁵⁷ Draft Ministerial Decision on the TRIPS Agreement vom 17. Juni 2022, WT/MIN(22)/W/15/Rev.2, abrufbar unter: <www.docs.wto.org>.

Zwangslizenzen für die Herstellung und den Export von Impfstoffen gegen Covid-19 auf Therapeutika und Diagnostika ausgeweitet werden soll. Insgesamt bestehen hier weiterhin wichtige Differenzen.

cc) *Reform der WTO*

Zentrum der Gespräche um die Reform der WTO waren diverse Vorschläge zur Wiederherstellung eines voll funktionsfähigen Streitschlichtungsmechanismus. Allerdings konnte hier kein Durchbruch erzielt werden. Der Ausgang der Wahlen in den USA Ende 2024 könnte hierbei eine Rolle spielen, obwohl sich zeigt, dass auch die Demokraten im gegenwärtigen politischen Klima und aufgrund der Spannungen mit China nicht unbedingt willens sind, hier zu einer konstruktiven Lösung Hand zu bieten. Entsprechend hält die Tendenz an, gegen unliebsame Entscheidungen der ersten Instanz des WTO-Streitbeilegungsmechanismus Berufung einzulegen, die dann zu einer Blockierung des Verfahrens führen, da die Berufungsinstanz nicht operativ ist.

dd) *Plurilaterale Verhandlungen*

Die plurilateralen Verhandlungen zu einem Abkommen zur Erleichterung von ausländischen Direktinvestitionen für Entwicklung konnten 2023 unter Beteiligung von 115 WTO-Mitgliedern abgeschlossen werden.⁵⁸ Es wird sich zeigen, ob bei der Ministerkonferenz vom Februar 2024 bereits eine Verabschiedung stattfinden kann. Ziel des Abkommens ist es, die Transparenz von Investitionsmaßnahmen zu erhöhen (u. a. durch die Veröffentlichung relevanter Informationen über die für Direktinvestitionen geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen in den Mitgliedsländern und die Errichtung von Auskunftstellen) und die Verwaltungsverfahren zu straffen (u. a. mittels Vorgaben für Fristen und Gebühren sowie die Verwendung elektronischer Behördendienstleistungen). Weiter sollen der internationale Informationsaustausch gefördert und die Entwicklungsländer bei der Umsetzung des Abkommens unterstützt werden. Im Gegensatz zu klassischen Investitionsschutzabkommen wird hier grosses Gewicht auf den Abbau von Bürokratie und die Vereinfachung der Verfahren bei der eigentlichen Investitionstätigkeit (Marktzugang) gelegt.

⁵⁸ Zusätzliche Informationen sind abrufbar unter: <www.wto.org> trade topics > joint initiatives>.

b) OECD

aa) Unternehmenssteuern

Die Schweiz unterstützte auch 2023 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 weiterhin aktiv am BEPS-Projekt gegen Gewinnverkürzung und -verlagerung (Base Erosion and Profit Shifting, BEPS) und an den Folgearbeiten. Die Umsetzung wurde Volk und Ständen in einer Abstimmung bezüglich der entsprechenden Verfassungsbestimmung am 18. Juni 2023 vorgelegt. 78,5% der Abstimmenden nahmen die Vorlage an. Nach anfänglicher Unsicherheit angesichts der Verzögerung bei der Umsetzung in wichtigen OECD-Staaten, blieb der Bundesrat bei seinem Entscheid die Mindeststeuer auf den 1. Januar 2024 in Kraft zu setzen.

bb) Korruptionsbekämpfung

Die Arbeitsgruppe zur Korruptionsbekämpfung der OECD überwacht die Umsetzung des OECD-Übereinkommens zur Korruptionsbekämpfung⁵⁹ in den mittlerweile 46 Vertragsstaaten. Gemäss diesem Übereinkommen müssen die Sanktionen für natürliche und juristische Personen, die der grenzüberschreitenden Korruption überführt wurden, „wirksam, angemessen und abschreckend“ sein. Nach der Arbeitsgruppe erfüllen die in der Schweiz geltenden Sanktionen für juristische Personen mit einer Höchststrafe von 5 Millionen Schweizerfranken diese Kriterien nicht. Am 27. September 2023 nahm der Ständerat die Motion 23.3044⁶⁰ an, die den Bundesrat beauftragt, einen Rechtsrahmen zum Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern zu schaffen und die Höchststrafe für juristische Personen zu erhöhen.

cc) Multinationale Unternehmen

Die aktualisierten OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen zu verantwortungsvollem unternehmerischem Handeln wurden an der Ministerkonferenz vom 8. Juni 2023 verabschiedet.⁶¹ Der Nationalen Kontaktpunkte (NKP)

⁵⁹ Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, SR 0.311.21.

⁶⁰ Motion 23.3844 Noser vom 15. Juni 2023 „OECD-Antikorruptionskonvention. Verschärfung der nationalen Umsetzung“, abrufbar unter: <www.parlament.ch> Ratsbetrieb > Suche Curia Vista>.

⁶¹ Die OECD-Leitsätze sind abrufbar unter: <www.oecd-ilibrary.org> Catalogue > Books > OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct>.

der Schweiz führte am 30. November 2023 mit zahlreichen Anspruchsgruppen einen Anlass zu den aktualisierten Leitsätzen durch. Im Berichtsjahr erhielt der Schweizer NKP fünf neue Eingaben betreffend Beschwerden zu angeblichen Verletzungen der Leitsätze.⁶²

3. Bilaterale Zusammenarbeit

a) *Laufende Verhandlungen und sonstige Entwicklungen*

Angesichts der nach wie vor schleppenden Verhandlungen im Rahmen der WTO versuchte der Bundesrat auch 2023 wieder die bilateralen Verhandlungen mit zahlreichen Handelspartnern bilateral voranzutreiben und insbesondere auch mit der EU (als bei weitem wichtigstem Handelspartner) einem Abschluss der laufenden Verhandlungen näher zu bringen.

b) *EU*

Der Bundesrat verabschiedete am 15. Dezember 2023 den Entwurf des Verhandlungsmandats mit der EU. Zunehmend wurde Kritik laut, dass der zwischenzeitliche Verhandlungsabbruch für die Volkswirtschaft allzu gefährlich werden könnte. Gleichzeitig bleibt die innenpolitische Debatte gehässig und konzentriert sich stark auf souveränitätspolitische (emotional aufgeladene) Aspekte. Ein am 9. Juni 2023 verabschiedeter Bericht des Bundesrates zur Lagebeurteilung der Beziehungen Schweiz–EU legt weiterhin als politisches Ziel die optimale Beteiligung am EU-Binnenmarkt sowie die Fortsetzung der Zusammenarbeit mit der EU fest (bilateraler Weg).⁶³

Die effektiven Verhandlungen sollen beginnen, sobald Parlament und Kantone konsultiert werden konnten. Gleichzeitig besteht eine gewisse Dringlichkeit auf aufgrund der 2024 anstehenden Wahlen in der EU. Wenig ambitioniertes Ziel bleibt vorderhand, den hindernisfreien Zugang zum EU-Binnenmarkt zu

⁶² Eine Übersicht über abgeschlossene und pendente Fälle ist abrufbar unter: <www.seco.admin.ch> Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Wirtschaftsbeziehungen > Nachhaltigkeit und verantwortungsvolle Unternehmensführung > Nationaler Kontaktpunkt der Schweiz > Statements zu konkreten Fällen>.

⁶³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 9. Juni 2023, Bundesrat verabschiedet den Bericht Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU, abrufbar unter: <www.admin.ch> Dokumentation > Medienmitteilungen>.

garantieren, was aber unbedingt eine Aktualisierung der bestehenden Marktzugangsabkommen notwendig macht. Priorität sind daneben neue Abkommen in den Bereichen Strom und Lebensmittelsicherheit.

Im Rahmen des zweiten Schweizer Beitrags an ausgewählte EU-Mitgliedsländer unterzeichneten die Schweiz und die Slowakei am 19. September 2023 das bilaterale Abkommen⁶⁴ zur Umsetzung des zweiten Beitrags.

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 2023 (wie im Vorjahr) über 33 FHA mit 43 Partnern.

Am Rande der EFTA-Ministerkonferenz wurde am 27. Juni 2023 ein umfassendes FHA mit Moldau unterzeichnet.⁶⁰ Dieses FHA enthält als Innovation im Rahmen der EFTA (und im Hinblick auf entsprechende Verhandlungen in der WTO) erstmals die neuen EFTA-Modellkapitel über den Handel und nachhaltige Entwicklung sowie über den digitalen Handel.⁶⁵

bb) *Thematische Abkommen*

Das zwischen der Schweiz und den USA am 12. Januar 2023 unterzeichnete Abkommen über die gegenseitige Anerkennung der Guten Herstellungspraxis für Arzneimittel trat am 27. Juli 2023 in Kraft.⁶⁶

Ein Abkommen vom 1. November 2022 zwischen der Schweiz und Deutschland über Zusammenarbeit und Koordinierung der Wettbewerbsbehörden trat am 1. September 2023 in Kraft.⁶⁷ Es erlaubt der Schweizer Wettbewerbskommis-

⁶⁴ Rahmenabkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Slowakischen Republik über die Umsetzung des zweiten Schweizer Beitrags an ausgewählte Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten in der Europäischen Union, SR 0.973.269.02.

⁶⁵ Zusätzliche Informationen sind abrufbar unter: <www.efta.int> Global trade relations > Free Trade Agreements > Moldova>.

⁶⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über die gegenseitige Anerkennung der Guten Herstellungspraxis für Arzneimittel, SR 0.812.101.933.6.

⁶⁷ Abkommen zwischen dem Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit und Koordinierung der Wettbewerbsbehörden, SR 0.251.136.1.

sion und dem deutschen Bundeskartellamt eine effiziente Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in grenzüberschreitenden Sachverhalten.

Die revidierten Bestimmungen des Regionalen Übereinkommens vom 15. Juni 2011 über Pan-Europa-Mittelmeer-Präferenzursprungsregeln (PEM-Übereinkommen) wurden vom Gemischten Ausschuss am 7. Dezember 2023 verabschiedet und sollen am 1. Januar 2025 in Kraft treten. Ziel des Übereinkommens ist die Vereinheitlichung der Ursprungsregeln, die für die FHA innerhalb der PEM-Zone gelten. Da die Verabschiedung dieser Revision lange auf sich warten liess, wendet die Mehrheit der Vertragsparteien – darunter auch die Schweiz – die revidierten Regeln übergangsweise bereits bilateral untereinander an, bis das revidierte Übereinkommen für alle Vertragsparteien in Kraft tritt.⁶⁸

cc) *Beziehungen zum Vereinigten Königreich nach dem Brexit*

Spezieller Natur sind die Verhandlungen mit dem Vereinigten Königreich, zur Besitzstandswahrung nach dem Brexit. Im Verlauf des Jahres 2022/23 schloss die Schweiz lediglich ein Abkommen über die gegenseitige Anerkennung im Bereich der Finanzdienstleistungen mit dem Vereinigten Königreich ab.⁶⁹ Das bislang einzigartige Abkommen zwischen zwei führenden globalen Finanzplätzen regelt die gegenseitige Anerkennung der relevanten Regulierungs- und Aufsichtsrahmen und erleichtert oder ermöglicht auf dieser Grundlage die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit in den Bereichen Versicherung, Banken, Vermögensverwaltung sowie Kapitalmarktinfrastruktur.

d) *Investitionsschutzabkommen (ISA)*

Im Berichtsjahr genehmigte das Parlament das ISA mit Indonesien. Das ISA unterliegt dem fakultativen Referendum. Zudem verabschiedete der Bundesrat nach Konsultation der Aussenpolitischen Kommissionen vier neue Verhandlungsmandate mit Chile, Saudi-Arabien, Ungarn und Vietnam.⁷⁰

Relevant für diese bilateralen Abkommen sind die Verhandlungen zur Streit-schlichtung im Rahmen der UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), welche seit mehreren Jahren in Wien geführt werden.

⁶⁸ BBl 2021 346; BBl 2021 678.

⁶⁹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 21. Dezember 2023, Die Schweiz und das Vereinigte Königreich unterzeichnen Abkommen über die gegenseitige Anerkennung im Bereich der Finanzdienstleistungen, abrufbar unter: <www.admin.ch> Dokumentation > Medienmitteilung>.

⁷⁰ AWB 2023, Kapitel 2.1.2.

2023 konnten dort Modellbestimmungen zur Mediation und entsprechende Leitlinien und ein Verhaltenskodex für die Mitglieder von Schiedsgerichten (inklusive Kommentar) verabschiedet werden.⁷¹ Der Bundesrat plant, diese Empfehlungen bei seinen Verhandlungen von ISA zu berücksichtigen.⁷²

4. Wirtschaftssanktionen

a) *Ukrainekrieg*

Wie im vorangegangenen Jahr war die Haltung der Schweiz im Ukrainekrieg von grossem Interesse für Medien und verschiedenste Akteure. Die Praxis des Bundesrates, die sich auf die Kriegsmaterialgesetzgebung und das Neutralitätsrecht stützt, sorgte bei den westlichen Partnern (und vor allem in der EU) für Erklärungsbedarf.

Das Parlament befasste sich mit zwei Vorstössen, die eine Anpassung des Kriegsmaterialgesetzes⁷³ beabsichtigen. Der erste, die parlamentarische Initiative 23.403 der Sicherheitspolitischen Kommission des Nationalrates (SiK-N)⁷⁴ strebt an, die Weitergabe von Schweizer Kriegsmaterial durch Drittstaaten zu ermöglichen. Die parlamentarische Initiative wurde nach Annahme in den beiden Kommissionen der SiK-N zugewiesen. Der zweite, die Motion 23.3585 der Sicherheitspolitischen Kommission des Ständerates (SiK-S)⁷⁵ sieht vor, dem Bundesrat eine Kompetenz zur Abweichung von den strikten Bewilligungskriterien des Kriegsmaterialgesetzes in ausserordentlichen Umständen zu gewähren. Die Motion wurde von den beiden Räten angenommen. Der Bundesrat wird die entsprechende Botschaft ausarbeiten.

b) *Andere Massnahmen*

Gestützt auf das Embargogesetz vom 22. März 2002⁷⁶ waren im Berichtsjahr 26 Sanktionsverordnungen sowie die Diamantenverordnung vom 29. November

⁷¹ Zusätzliche Informationen sind abrufbar unter: <www.uncitral.un.org> Working Documents > Working Group III: ISDS Reform > Codes of Conduct>.

⁷² Vgl. AWB 2023, Kapitel 3.1.2.

⁷³ Bundesgesetz über das Kriegsmaterial vom 13. Dezember 1996, (Kriegsmaterialgesetz, KMG, SR 514.51).

⁷⁴ Parlamentarische Initiative 23.403 der SiK-N vom 21. Februar 2023 „Änderung des Kriegsmaterialgesetzes“, abrufbar unter: <www.parlament.ch> Ratsbetrieb > Suche Curia Vista>.

⁷⁵ Motion 23.3585 der SiK-S vom 11. Mai 2023 „Änderung des Kriegsmaterialgesetzes“, abrufbar unter: <www.parlament.ch> Ratsbetrieb > Suche Curia Vista>.

⁷⁶ Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen vom 22. März 2002, (Embargogesetz, EmbG, SR 946.231).

2002 (Kimberley-Prozess)⁷⁷ in Kraft. Die Listen der sanktionierten natürlichen und juristischen Personen in den Anhängen der entsprechenden Verordnungen wurden laufend aktualisiert und angepasst, um Änderungen der Sanktionslisten des UNO-Sicherheitsrates, beziehungsweise der EU, Rechnung zu tragen.⁷⁸

Der Bundesrat verabschiedete am 29. September 2023 die Botschaft über das neue Foltergütergesetz⁷⁹. Das Foltergütergesetz dient der Umsetzung der Europaratsempfehlung vom 31. März 2021 zur Kontrolle von Gütern, die für Folter oder zur Vollstreckung der Todesstrafe verwendet werden können.⁸⁰ Die Europaratsempfehlung ihrerseits stützt sich weitgehend auf die von der EU im Jahr 2005 erlassene und 2019 totalrevidierte Verordnung (EU) 2019/125⁸¹. Hier zeigt sich einmal mehr die Bedeutung des EU-Rechts für die Schweiz auch ausserhalb der bilateralen Abkommen.

⁷⁷ Verordnung über den internationalen Handel mit Rohdiamanten vom 29. November 2002 (Diamantenverordnung, SR 946.231.11).

⁷⁸ Die Anhangs- und Ordnungsänderungen sind abrufbar unter: <www.seco.admin.ch > Aussenwirtschafts & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Wirtschaftsbeziehungen > Exportkontrollen und Sanktionen > Sanktionen/Embargos > Bisherige Änderungen>.

⁷⁹ Botschaft des Bundesrates vom 19. September 2023, zum Foltergütergesetz, BBl 2023 2408.

⁸⁰ Empfehlung des Europarates vom 31. März 2021, Measures against the trade in goods used for the death penalty, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, abrufbar unter: <www.coe.int > Human Rights > Human Rights Intergovernmental Cooperation - CDDH > Publications>.

⁸¹ Verordnung (EU) 2019/125 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Jan. 2019 über den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten, ABl. L 30 vom 31. Januar 2019, S. 1, zwischenzeitlich revidiert, abrufbar unter: <www.eur-lex.europa.eu>.

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

Fatum Ademi, Brigitta Kratz

Steuerrecht

René Schreiber, Jana Fischer, Jochen Meyer-Burow

Immaterialgüterrecht

Ulrike I. Heinrich

Verbraucherrecht

Alexander Brunner

Internationales Privatrecht

Dirk Trüten

Aussenwirtschaftsrecht

Janick Elsener, Andreas R. Ziegler