

---

# SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

---

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales und europäisches Recht  
Revue suisse de droit international et européen

---

# SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

---

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales und europäisches Recht  
Revue suisse de droit international et européen

ISSN 1019-0406      www.sriel.ch

The Review is published four to five times a year by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für Internationales Recht / Société suisse de droit international – [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch) and [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

#### BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law); Prof. Dr. Lorenz Langer, University of Zurich (Public International Law); Prof. Dr. Andreas Ziegler (Public International Law); Managing Editor: Dr. Christina Neier

#### SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the Managing Editor ([christina.neier@sriel.ch](mailto:christina.neier@sriel.ch)). Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at [www.sriel.ch](http://www.sriel.ch). French submissions are proofread by Dr. Anne-Laurence Graf-Brugère.

#### PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich, [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)  
Managing Publisher: Firas Kharrat  
Product Management: Dr. Laura Diegel  
Marketing: Marko-Filip Ninkov  
Sales: Christoph Blömer

#### CUSTOMER SERVICE

E-Mail: [service@schulthess.com](mailto:service@schulthess.com)  
Tel. +41 44 200 29 29  
Fax +41 44 200 29 28  
Address: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich

#### SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 258  
Annual preferential subscription: for members of the Swiss Society of International Law CHF 250, for students CHF 128  
Single issue: CHF 78, plus postage  
All subscription prices incl. 2.5% VAT, plus postage: CHF 8 in Switzerland (Postage Abroad: CHF 43).  
Preferential subscription on presentation of a valid document. Subscriptions are automatically extended each year unless notice of cancellation is received from the subscriber prior to 8 weeks in advance of the subscription period.  
For further information see [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com).

#### ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Marc Schättin, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 44 928 56 17,  
E-Mail: [marc.schaettin@fachmedien.ch](mailto:marc.schaettin@fachmedien.ch)

#### COPYRIGHT

This Review, including all individual contributions published therein, is legally protected by copyright for the duration of the copyright period. Any use, exploitation or commercialization without the publishers' consent, is illegal and liable to criminal prosecution. This applies in particular to photostat reproduction, copying, cyclostyling, mimeographing or duplication of any kind, translating, preparation of microfilms, and electronic data processing and storage.

#### FREQUENCY

The Review is published four to five times a year, volume 33

#### CITATION

32 SRIEL (2022) p. 1

#### INTERNET

[www.sriel.ch](http://www.sriel.ch)  
The Review is also available online at [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)

ISSN 1019-0406

---

## TABLE OF CONTENTS

---

### 15. AARAUER DEMOKRATIETAGE – DER KLIMAWANDEL VOR GERICHT

Der Klimawandel vor Gericht: Klimaklagen als institutionelles Dilemma? (Lorenz Langer) .....	159
Klimaschutz vor Schweizer Gerichten (Mirina Grosz).....	167
Klimaschutzklagen – Herausforderung für die deutsche Judikative (Christian Bickenbach) .....	183
Klimaklagen vor den Gerichten der EU: Der «People’s Climate»-Fall und Luxemburger «judicial self-restraint» (Andreas Th. Müller) .....	205

### RECENT PRACTICE

Rechtsprechung zum internationalen Schuldrecht und zum internationalen Zwangsvollstreckungsrecht (Ivo Schwander).....	223
Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2022) – Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2022) (Maria Ludwiczak Glassey & Thomas Wahl) .....	247
Europarecht: Schweiz – Europäische Union (Andreas Th. Müller & Janine Prantl).....	279

### DOCTORAL & POST-DOCTORAL THESES

Le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel: Étude sur les atteintes à la personne en droit français à la lumière du droit suisse (Silvain Vernaz).....	361
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----



## Der Klimawandel vor Gericht: Klimaklagen als institutionelles Dilemma?

Lorenz Langer\*

Auch wenn der Hinweis in seiner Stetigkeit und Beharrlichkeit inzwischen an Cato den Älteren gemahnen mag: Die Ursachen des anthropogenen Klimawandels müssen möglichst umgehend und möglichst umfassend bekämpft werden. Die diesjährigen Temperaturrekorde sind wohl nur der vorläufige Höhepunkt einer sich mutmasslich noch beschleunigenden Entwicklung.<sup>1</sup> Angesichts dieser Perspektive und der damit verbundenen Auswirkungen auf zahlreiche private und öffentliche Lebensbereiche bilden präventive und zunehmend auch reparatorische Klimaschutzmassnahmen heute eine zentrale und dringende Staatsaufgabe.

Aber obwohl die zeitliche und sachliche Dringlichkeit offensichtlich ist: Organisiert sich ein Gemeinwesen als Demokratie, dann ist wissenschaftliche Evidenz nicht das einzige oder entscheidende, sondern nur eines unter mehreren Kriterien für die Politikgestaltung; welches dieser Kriterien priorisiert oder hintangestellt wird, entscheiden zumindest nach traditionellem Demokratieverständnis die sich im politischen Prozess bildenden und wandelnden Mehrheiten innerhalb des Wahl- und (gegebenenfalls) Stimmvolks. Ein solcher Prozess braucht Zeit, und sein Ausgang ist oft schwer vorhersehbar. Im Zusammenhang mit dem Klimawandel wirft dies die akute Frage auf, ob wir über so viel Zeit noch verfügen und ob wir unsere Nachkommen den Launen eines wankelmütigen Souveräns aussetzen dürfen, dessen Planungshorizont (das zeigen andere Politikbereiche) kaum je über ein oder zwei Generationen hinausreicht und der sich zudem immer wieder vom profanen Tagesgeschehen ablenken lässt.

Ist also – um es zugespitzt zu formulieren – der effektive Klimaschutz überhaupt vereinbar mit einer substanziellen (d.h. ergebnisoffen ausgestalteten) Demokratie? Sind bestehende Institutionen und Prozesse in der Schweiz, in anderen Ländern, aber auch regional und international, mit der Problematik überfordert, und müssen deshalb neue und bisher kaum denkbare Wege beschritten werden, um die geforderten, einschneidenderen Massnahmen zu verwirklichen? Oder droht das Unheil vielleicht gerade von entgegengesetzter Seite – laufen wir Gefahr, mit Massnahmen, die

\* Mitglied des Redaktionskomitees.

1 Für einen Blick auf die aktuelle einschlägige Forschung s. «Turning Up the Heat», Economist, 19. Juli 2023, 61–63, <[www.economist.com/science-and-technology/2023/07/19/are-the-current-heatwaves-evidence-that-climate-change-is-speeding-up](http://www.economist.com/science-and-technology/2023/07/19/are-the-current-heatwaves-evidence-that-climate-change-is-speeding-up)> (zuletzt besucht am 31. Juli 2023).

aus pragmatischen Gründen am demokratischen Prozess vorbei konzipiert werden, die Legitimität und damit mittel- und langfristig auch die Effektivität des Klimaschutzes zu kompromittieren?

Diese Fragen zumindest in einigen ihrer zahlreichen Facetten abzubilden, war das Ziel der diesjährigen Aarauer Demokratietage, die Ende März bereits zum 15. Mal im Kultur- und Kongresszentrum Aarau stattfanden.<sup>2</sup> Gemäss der interdisziplinären Ausrichtung des Zentrums für Demokratie Aarau (ZDA), welches die Demokratietage durchführt, wurden an den wissenschaftlichen Panels politologische, pädagogische und rechtliche Aspekte thematisiert. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion stand dabei die Rolle der Gerichte im Zentrum:<sup>3</sup> In drei Referaten haben Mirina Grosz, Christian Bickenbach und Andreas Th. Müller anhand der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs aufgezeigt, wie unterschiedlich die Justiz ihre Rolle im Kontext des Klimaschutzes interpretiert. Die überarbeiteten Schriftfassungen der Referate sind nachfolgend abgedruckt.

Beim Klimawandel handelt es sich wohl um die genuinste und essenziellste *globale* Herausforderung, welche bisher aus menschlichem Handeln erwachsen ist. Von Menschenhand gezogene Grenzen sind zwar auch bei anderen anthropogenen Krisen (wie etwa der Migration oder einer Pandemie) von beschränkter Wirksamkeit, angesichts von Wetterphänomenen und Temperaturschwankungen auf planetarischer Stufe verlieren sie aber jegliche Relevanz. Naheliegenderweise adressiert deshalb auch ein normativer, d.h. mit rechtlichen Geboten und Verboten operierender Lösungs- bzw. Milderungsversuch die höchstmögliche, also die völkerrechtliche Ebene. Die bisher abgeschlossenen internationalen Abkommen zum Klimaschutz sind in der Regel jedoch nicht unmittelbar anwendbar; die Art und Weise der Umsetzung wird den Vertragsstaaten überlassen.<sup>4</sup> Auch institutionell fehlt es bisher an dedizierten internationalen Durchsetzungsmechanismen.

Trotz dieser ungünstigen Ausgangslage sehen sich nationale und internationale Gerichte, aber auch supranationale Instanzen mit einer stark steigenden Zahl von

2 «Klimakrise und Demokratie», Aarauer Demokratietage, Wissenschaftliche Konferenz vom 30. März 2023. Für Informationen zu diesen wie auch zu den früheren Demokratietagen s. <[www.zdaarau.ch/aarauer-demokratietage](http://www.zdaarau.ch/aarauer-demokratietage)>.

3 Diese Rolle der Gerichte, und spezifisch jene des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), war auch Gegenstand des Vortrags am Publikumsanlass, den Prof. Helen Keller gleichentags zum Thema «Gerichte und die Klimakrise: Ein Blick zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte» hielt; vgl. dazu HELEN KELLER & CORINA HERI, «The Future is Now: Climate Cases Before the European Court of Human Rights», 40 *Nordic J. Hr. Rts.* (2022), 153–174. — Für die übrigen Panels s. <[www.zdaarau.ch/dokumente/15.-Aarauer-Demokratietage\\_Klimakrise-und-Demokratie\\_Programm\\_heft.pdf](http://www.zdaarau.ch/dokumente/15.-Aarauer-Demokratietage_Klimakrise-und-Demokratie_Programm_heft.pdf)>.

4 DAVID DRIESEN, «Instrument Choice», in: L. Rajamani & J. Peel (Hg.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2021, 102–118, 108 f.

Klimaklagen konfrontiert.<sup>5</sup> Oft handelt es sich um transnational koordinierte *strategische* Klagen – also um Klagen, die mittels eines konkreten Falls auf allgemeine klimapolitische Änderungen zielen, etwa indem sie auf dem Rechtsweg eine ambitioniertere Klimaschutzgesetzgebung einfordern. Doch auch die einschlägigen *nationalen* Normen sehen zur effektiven Durchsetzung gewöhnlich kein individuelles Klagerecht vor. Um dennoch eine gerichtliche Beurteilung zu erreichen, stützen sich solche strategische Klagen deshalb mehrheitlich auf grund- und menschenrechtliche Individualansprüche, unter welche die Folgen des Klimawandels subsumiert werden.<sup>6</sup>

Für die befassten Gerichte oder quasi-gerichtlichen Organe bedeuten diese Klagen gleich in mehrfacher Hinsicht eine Herausforderung. Aus dogmatischer Sicht müssen sie beurteilen, inwieweit Klimawandel bzw. Klimaschutz als *rechtliches* Phänomen fassbar ist.<sup>7</sup> Materiell-rechtlich stellt sich sodann die Frage, in welchem Masse dieses Phänomen von einer grund- und menschenrechtlichen *lex lata* erfasst wird, die zumindest in ihrer Genese grossmehrheitlich noch nicht auf die Herausforderungen des Klimawandels zielte<sup>8</sup> und die ihrer Konzeption nach für die Anrufung eines Gerichts nicht nur einen Verstoß gegen objektives Recht, sondern die Verletzung subjektiver Ansprüche im konkreten Einzelfall voraussetzt. Sowohl bei der Prüfung ihrer Zuständigkeit *ratione materiae* wie auch *ratione personae* müssen sich Gerichte folglich entscheiden, ob sie an einem traditionellen und restriktiven Jurisdiktionsverständnis festhalten, oder ob sie – spiegelbildlich zur innovativen Argumentation der Beschwerdeführenden – die bisherige Praxis kreativ fortentwickeln und die eigene Kompetenz extensiver auslegen wollen.

5 JOANA SETZER & CATHERINE HIGHAM, Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, Juni 2023, <[www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global\\_trends\\_in\\_climate\\_change\\_litigation\\_2023\\_snapshot.pdf](http://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf)>, 3 (zuletzt besucht am 31. Juli 2023). Für Informationen zu einzelnen Fällen s. Climate Rights and Remedies Project (Universität Zürich), Climate Litigation Database, <<https://climate-rightsdatabase.com/database/>>.

6 Vgl. SETZER & HIGHAM, *supra* Fn. 5, 3 & 32.

7 Vgl. OLIVER GAUTSCHI & BERNHARD WALDMANN, «Der schillernde Begriff des Klimaschutzes», Jusletter vom 12. Juni 2023, <<https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2023/1157/der-schillernde-begr-b2a514cff0.html>>, und in diesem Heft CHRISTIAN BICKENBACH, «Klimaschutzklagen – Herausforderung für die deutsche Judikative», 185.

8 Illustrativ für diesen Rückgriff auf vorbestehende Instrumente und Rechtsgrundsätze ist, wenn auch unter anderen Vorzeichen, die entsprechende Aufzählung in der Resolution 77/276 der UNO-Generalversammlung, welche ein Rechtsgutachten des Internationalen Gerichtshofs zur Staatenverantwortung beim Klimawandel verlangt und welche neben dem Pariser Klimaabkommen und dem UNO-Rahmenübereinkommen über Klimaänderungen auch die UNO-Charta, die UNO-Pakte I und II, die UNO-Seerechtskonvention und die Allgemeine Menschenrechtserklärung nennt (Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Obligations of States in Respect of Climate Change, A/Res/77/276, 29. März 2023 (dazu auch *infra*, 164).

Wie die nachfolgenden Beiträge zeigen, beantworten die untersuchten Gerichte diese Fragen sehr unterschiedlich. Das Bundesgericht urteilte 2020 im Falle der KlimaSeniorinnen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht mit hinreichender Intensität in den von ihnen angerufenen Grund- und Menschenrechten betroffen seien.<sup>9</sup> Das Bundesverfassungsgericht hingegen bejahte in seinem Klimaentscheid von 2021 nicht nur die Legitimation der zahlreichen Beschwerdeführenden, sondern stellte auch eine in Raum und Zeit weitreichende klimapolitische Schutzpflicht fest, welche der Gesetzgeber nur ungenügend erfüllt habe.<sup>10</sup> Der Europäische Gerichtshof wiederum legt auch bei Klimaklagen das Erfordernis der individuellen Betroffenheit eng aus und hat entsprechende Beschwerden bisher abgelehnt.<sup>11</sup>

Diese Urteile haben potenziell gewichtige Folgen für den Klimaschutz; sie können aber auch für die Gerichte selbst und für ihre Stellung im (demokratischen) Gemeinwesen Konsequenzen von erheblicher Tragweite zeitigen. Tatsächlich mögen Klimaklagen für die *Kläger* praktisch durchwegs eine *win-win*-Situation darstellen.<sup>12</sup> Der Sieg vor Gericht validiert ihren Eifer und Einsatz und bildet als Präjudiz bereits die Grundlage für weitere, weitergehende Forderungen. Aber auch eine Niederlage verschafft ihrem Anliegen Aufmerksamkeit und spornt vielleicht an zu noch grösseren Anstrengungen.

Für die *Gerichte* selbst hingegen präsentiert sich die Lage komplexer. Die Abgrenzung zwischen Recht und Politik ist inhärent anspruchsvoll; sie wird zunehmend erschwert durch die Tendenz, traditionell politische Fragen zu verrechtlichen und damit auch zu «vergerichtlichen».<sup>13</sup> Klimaschutzklagen akzentuieren diese Spannung, da sie von einer gerichtlichen Instanz anhand des Einzelfalls potenziell einschneidende Massnahmen sowie die weitreichende Regelung zahlreicher zukünftiger Sachverhalte verlangen.<sup>14</sup> Damit bietet ein Klimaurteil für ein Gericht zwar die Aussicht, als primärer Akteur mittels progressiver Rechtsprechung bei einer dringenden Herausforderung möglicherweise wichtige Fortschritte zu bewirken. Je dezidierter solche Fortschritte aber konzipiert werden, umso mehr exponiert sich ein Gericht

9 BGE 146 I 145; s. dazu in diesem Heft MIRINA GROSZ, «Klimaschutz vor Schweizer Gerichten», 169 ff.

10 BVerfGE 157, 30; dazu im Detail BICKENBACH, supra Fn. 7, 199 f.

11 So etwa im Fall C-565/19 P, *Armando Carvalho*, EU:C:2021:252, dazu in diesem Heft ANDREAS TH. MÜLLER, «Klimaklagen vor den Gerichten der EU: Der <People's Climate>-Fall und seine Folgen», 207 ff.

12 BICKENBACH, supra Fn. 7, 202. — 55% der bisherig entschiedenen Klimaklagen (Stand Mai 2023) endeten mit einem klaren Erfolg für die Beschwerdeführenden, während 35% scheiterten; knapp 9% sahen keinen klaren Gewinner, und etwas mehr als 1% wurden zurückgezogen oder durch Vergleich erledigt (SETZER & HIGHAM, supra Fn. 5, 28).

13 Grundlegend zum Phänomen der «Judzialisierung» ALEC STONE SWEET, *Governing with Judges*, Oxford 2000.

14 LORENZ LANGER, «<Einfach nur Recht sprechen>? Gerichte zwischen Politik und Richterrecht», 124 Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (2023), 171–193, 185 f.

und setzt sich dem Vorwurf aus, die Domäne der Judikative zu verlassen und sich von der Richterbank aus legislatorische und exekutive Kompetenzen anzumassen. Unabhängig davon, ob solche Vorwürfe gerechtfertigt sind oder nicht: Gerichte müssen bei ihren Urteilen auch die institutionellen Macht- und Legitimationsverhältnisse berücksichtigen, wenn sie der Sache und ihrer eigenen Stellung keinen Schaden zufügen wollen.<sup>15</sup> Deshalb muss auch ein konsequentialistisch motiviertes Urteil genau abwägen, welche tatsächlichen Konsequenzen es letztlich haben könnte.

Klimaurteile ergehen folglich in einem dogmatischen, rechtspolitischen und rechtssoziologischen Spannungsverhältnis. Wo sich ein Gericht in diesem Dreieck positioniert, korreliert in der Regel mit seiner bisherigen Praxis, seiner (Eigen-)Verortung innerhalb des gewaltengeteilten und demokratischen Gemeinwesens, aber auch mit seiner Autorität ebenso wie mit seinem Selbstverständnis und Sendungsbewusstsein. Insofern überrascht es nicht, dass das Bundesgericht die Beschwerde der KlimaSeniorinnen ablehnt und die Klägerinnen für eine «bestimmte Gestaltung aktueller Politikbereiche» auf den «Weg der demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten» verwiesen hat.<sup>16</sup> Ebenso wenig erstaunt es, dass das Bundesverfassungsgericht die Kompetenz beansprucht, dem Gesetzgeber mit Blick auf eine «intertemporale Freiheitssicherung» konkrete Vorgaben zu machen.<sup>17</sup> Beim EuGH als einzigem supranationalem Gericht wiederum erklärt sich das (angesichts seines generellen Selbstverständnisses gerade nicht selbstverständliche) Abseitsstehen in Klimafragen nicht mit Zweifeln an der eigenen Legitimation, sondern durch die dem Gerichtshof eigene Auffassung der unionalen Aufgabenteilung beim Rechtsschutz.<sup>18</sup>

*Internationale* Gerichte sehen sich mit den gleichen Herausforderungen konfrontiert, wobei sich bezüglich Effektivität ihrer Entscheide das Dilemma möglicherweise noch ausgeprägter präsentiert. Internationale Spruchkörper richten über Staaten und

15 Insofern sind Gerichte zwar keineswegs, wie einst von Alexander Hamilton postuliert, «*the least dangerous branch*» (ALEXANDER HAMILTON, No. 79, in: A. Hamilton, J. Jay & J. Madison (eds.), *The Federalist*, New York 1788, Bd. 2, 290–299, 291), aber sicherlich «*the most endangered branch*». Exemplarisch wird das Dilemma verdeutlicht durch die – sprichwörtliche, historisch aber ungenügend belegte – Reaktion von US-Präsident Jackson auf ein unwillkommenes Urteil des *Supreme Court*: «*[The Chief Justice] has made his decision. Now let him enforce it!*» (vgl. RONALD A. C. BERUTTI, «The Cherokee Cases: The Fight to Save the Supreme Court and the Cherokee Indians», 17 *American Indian L. Rev.* (1992), 291–308, 292).

16 BGE 146 I 145, E. 4.3. S. dazu neben GROSZ, supra Fn. 9, 176 ff., auch GIOVANNI BIAGGINI, «Über Aufgaben und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im ökologischen Verfassungsstaat», in: C. Seitz, R. F. Straub & R. Weyeneth (Hg.), *Rechtsschutz in Theorie und Praxis: Festschrift für Stephan Breitenmoser*, Basel 2022, 545–559, 551 ff. — Die bundesgerichtliche Zurückhaltung bei «politischen» Fragen beschränkt sich dabei nicht auf den Klimaschutz: Vgl. zuletzt etwa BGER 5A\_391/2021, Entscheid vom 8. Juni 2023 (Eintragung/Nachbeurkundung im Personenstandsregister).

17 Vgl. allgemein CHRISTOPH MÖLLERS, «Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts», in M. Jestaedt et al. (Hg.), *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, 281–420, 324 ff.

18 MÜLLER, supra Fn. 11, 213 f.

verfügen in der Regel noch weniger als nationale Gerichte über das sprichwörtliche Schwert, um ihre Urteile durchzusetzen.<sup>19</sup> Wie auf nationaler Ebene stellt sich deshalb für internationale Instanzen die Frage, wie weit sie ihre Zuständigkeit auslegen, nicht nur aus (prozess-)rechtlicher, sondern auch aus rechtspolitischer und -soziologischer Warte. Im Rahmen der transnational und mit wachsender Intensität geführten Klimadebatte ist ihnen daran gelegen zu signalisieren, dass sie das Anliegen ernst nehmen und aus aktueller, aber auch historischer Sicht auf der richtigen Seite stehen; zugleich können sie beispielsweise prozedurale Anforderungen nicht beliebig weit interpretieren.<sup>20</sup>

Generell werden die unmittelbaren Auswirkungen gerade nicht-bindender Entschiede oder Rechtsgutachten auf internationaler Ebene wohl eher überschätzt: So liefern etwa die *Advisory Opinions* des Internationalen Gerichtshofs zwar ausgiebigen Stoff für wissenschaftliche Analysen und werden auch in der (nationalen und internationalen) Rechtsprechung rezipiert – schaffen aber für die konkrete Problematik nicht immer Remedur.<sup>21</sup> Ob das im März 2023 von der UNO-Generalversammlung angeforderte Gutachten zu den völkerrechtlichen Klimaschutzpflichten grössere Wirkung entfaltet, bleibt abzuwarten.<sup>22</sup>

Damit soll nicht gesagt sein, dass die internationale (bzw. die regionale) Ebene beim Klimaschutz keine wichtige Rolle spielen kann. Dies gilt insbesondere für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dessen rechtlich bindende Urteile in den letzten Jahrzehnten erheblich zur Verbesserung der Menschenrechtslage in Europa beigetragen haben. Momentan sind vor dem EGMR zahlreiche (und teilweise sehr unterschiedlich gelagerte) Klimabeschwerden hängig – darunter auch jene der Schweizer KlimaSeniorinnen gegen das abschlägige Urteil des Bundesgerichts. Dieser sowie zwei weitere Präzedenzfälle wurden Ende März bereits vor der grossen

19 Vgl. HAMILTON, supra Fn. 15, 291.

20 Anschaulich in diesem Kontext *Chiara Sacchi et al v. Argentina*, Communication No. 104/2019, Committee on the Rights of the Child, 22. September 2021, U.N. Doc. CRC/C/88/D/104/2019 (mit parallelen Beschwerden gegen Brasilien, Deutschland, Frankreich und die Türkei): Obwohl die Beschwerdeführenden den Rechtsweg auf nationaler Ebene nicht nur nicht ausgeschöpft, sondern gar nicht erst betreten hatten, diskutiert der Kinderrechtsausschuss die Kommunikation ausführlich, bevor er sie für unzulässig erklärt.

21 So zuletzt *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports 2019, 95 ff. und zuvor e.g. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, 226 ff.) und *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)*, I.C.J. Reports 2004, 136 ff.

22 Vgl. supra Fn. 8. Auch wenn die entsprechende Resolution der Generalversammlung von 106 Mitgliedsstaaten gesponsert und im Konsensverfahren angenommen wurde, so meldeten doch einige wichtige Akteure bereits Vorbehalte an: A/77/PV.64, 28 (USA) und 29 (Vereinigtes Königreich).

Kammer verhandelt.<sup>23</sup> Der Ausgang ist offen, ein (Teil-)Erfolg der Beschwerdeführenden in einem oder in mehreren Fällen aber durchaus denkbar.<sup>24</sup>

Immerhin agiert auch der EGMR nicht in einem politikfreien Raum – und in keiner anderen Rechtssache hatte bisher ein Urteil des Gerichtshofs für die Mitgliedstaaten wohl ähnlich weitreichende Implikationen, wie dies bei (bereits verhandelten, noch hängigen oder zukünftigen) Klimafällen potenziell denkbar wäre. Neben den spezifisch (mensen-)rechtlichen Fragen wird deshalb auch der EGMR die institutionellen Auswirkungen seiner Urteile berücksichtigen müssen, damit übermäßige Spannungen mit den Mitgliedstaaten nicht die Effektivität seiner Rechtsprechung beeinträchtigen.<sup>25</sup> Insbesondere wird er sich – wie u.a. zuvor das Bundesgericht, das Bundesverfassungsgericht und der EuGH – entscheiden müssen, wo er sich auf der Skala zwischen richterlicher Zurückhaltung und judizieller Politik(mit)gestaltung positioniert.

Die Eckpunkte dieser Skala haben die Parteienvertreter im Fall *KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz* vor der Grossen Kammer bereits markiert: Der Vertreter der Schweiz insistierte, dass sich derart grundlegende Veränderungen, wie die Beschwerde sie fordert, nicht mittels Gerichtsurteil dekretieren liessen – vielmehr bleibe die Klimapolitik eine essenziell politische und demokratische Aufgabe.<sup>26</sup> Der Anwalt der Beschwerdeführerinnen hingegen forderte (auch mit Verweis auf Urteile anderer Gerichte), dass der EGMR der Schweiz angesichts ihrer Untätigkeit zwingend konkrete und verbindliche Vorgaben beim Klimaschutz machen müsse.<sup>27</sup>

Welche Argumentation unter den Richterinnen und Richtern der Grossen Kammer in Strassburg eine Mehrheit findet, wissen wir wohl erst nächstes Jahr. Bis dahin und darüber hinaus werden sich aber zahlreiche weitere nationale und internationale Instanzen mit der Herausforderung konfrontiert sehen, rechtliche, politische und

23 *Verein Klimaseniorinnen et autres contre la Suisse*, Application no. 53600/20; *Carême contre France*, Application no. 7189/21; *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States*, Application no. 39371/20. Für eine Übersicht der anderen, vorerst vertagten Klimafälle s. European Court of Human Rights (Press Unit), *Climate Change: Factsheet*, Februar 2023, <[www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs\\_climate\\_change\\_eng](http://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_climate_change_eng)>.

24 ANGELIKA HARDEGGER, «Der Fall gehört nun zu den wichtigsten», *Neue Zürcher Zeitung*, 3. Mai 2023, 8 (Interview mit Johannes Reich).

25 Vgl. für eine frühere Spannungsphase zwischen (einigen) Mitgliedstaaten und dem Gerichtshof KLAUS LÖTSCHER, «Die Zukunft des EGMR nach der «Erklärung von Brighton»», 96 *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (2013), 223–255, 245 ff.

26 «*De tel changement ne se décrète pas par une décision de justice. L'élaboration des politiques climatiques, énergétiques et environnementales demeurera une exercice essentiellement politique et démocratique.*» (Alain Chablais, Vertreter der Schweiz; *KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz*, EGMR, Anhörung vor der Grossen Kammer vom 29. März 2023, <[www.echr.coe.int/w/verein-klimaseniorinnen-schweiz-and-ot-hers-v.-switzerland-no.-53600/20-1](http://www.echr.coe.int/w/verein-klimaseniorinnen-schweiz-and-ot-hers-v.-switzerland-no.-53600/20-1)>).

27 «*... in the light of the failures [of Switzerland] to date, it is essential that this Court, as other courts have done, orders Switzerland to take the necessary measures. This includes concrete emission reductions.*» (Marc Villers KC, Garden Court Chambers; *KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz*, supra Fn. 26).

legitimatorische Klippen zu umschiffen, ohne dabei das Ziel eines effektiven Klimaschutzes aus den Augen zu verlieren.

# Klimaschutz vor Schweizer Gerichten

Mirina Grosz\*

The issue of climate protection has entered the courtrooms, also in Switzerland. Courts of all instances are confronted with climate cases deriving from different contexts and involving civil, as well as criminal and public law. This article particularly addresses the climate lawsuit of the «climate seniors» («KlimaSeniorinnen») that was brought before the Federal Court of Switzerland. There is a good reason for this: one day before the lecture on which this article is based was held at the «Aarau Demokratietage», the public hearing on this case took place before the European Court of Human Rights (ECtHR), i.e. on March 29, 2023. And, as will be shown in more detail, this case is about core issues underlying climate cases in Switzerland, namely the claim that Switzerland must reduce its CO<sub>2</sub> emissions and do everything possible to limit global warming to 1.5 degrees. Recognizing the challenges for the courts faced with such arguments, this paper concludes with some follow-up questions, the discussion of which seem ultimately unavoidable when «climate protection» is brought to court.

Keywords: Climate protection – «KlimaSeniorinnen» – climate protests – climate litigation – collective appeal  
Schlagwörter: Klimaschutz – KlimaSeniorinnen – Klimaproteste – Climate Litigation – Verbandsbeschwerde

## Inhalt

- I. Ausgangslage und Überblick
- II. Klimaklage der KlimaSeniorinnen
  - A. Der Verein KlimaSeniorinnen Schweiz
  - B. Hintergrund und Rechtsgrundlage der Klimaklage
  - C. Rechtsweg
  - D. Der Entscheid des Bundesgerichts im Besonderen
  - E. Würdigung des Entscheids und weiterführende Fragen
- III. Schlussbetrachtung

## I. Ausgangslage und Überblick

Das Thema Klimaschutz ist schon lange vor Gericht angelangt, auch in der Schweiz. Die Gerichte aller Instanzen sind in unterschiedlichen Verfahren mit Fragen rund um die Thematik konfrontiert. Die Verpflichtung etwa von Hauseigentümern, ihre

\* Prof. (FH) Dr. iur. Mirina Grosz ist Professorin an der Kalaidos Law School im Bereich Öffentliches Recht mit Modulverantwortung für die Bereiche Staatsrecht, Völker- und Europarecht und zugleich Habilitandin sowie Lehrbeauftragte an der Universität Basel. Ausserdem ist sie als Rechtsanwältin bei Poledna RC tätig.

Heizungssysteme auf die Nutzung erneuerbarer Energien aus Gründen des Klimaschutzes umzustellen, beschäftigt die Gerichte ebenso wie Konstellationen, in denen die Parteien nicht (nur) für ihre individuellen Rechtsgüter, sondern auch für kollektive Interessen im Zusammenhang mit der Klimakrise Rechtsschutz suchen. Letztere sind von besonderem Interesse für den vorliegenden Beitrag.

Vor dem Kantonsgericht Zug ist aktuell z.B. eine Zivilklage von vier Bewohnerinnen und Bewohnern der indonesischen Insel Pari gegen den Schweizer Baustoffkonzern Holcim hängig. Die Klage fordert Entschädigungen für die zunehmenden Überflutungen der Insel aufgrund des steigenden Meeresspiegels, zugleich wird der Zementhersteller für Klimaschäden aufgrund seines übermässigen CO<sub>2</sub>-Ausstosses verantwortlich gemacht.<sup>1</sup>

Auch die Strafgerichte sind mit Klimafällen konfrontiert: Sie haben sich etwa mit Strafbefehlen zu befassen, die anlässlich von Klimaprotesten erteilt werden. Viel Aufmerksamkeit generierten die Fälle aus den letzten Jahren, die die damals noch bestehenden zwei Grossbanken in Basel und Zürich anlässlich der sog. *Collective Climate Justice*-Tage betrafen,<sup>2</sup> ebenso die medienwirksam inszenierte Partie Tennis, die am 22. November 2018 in einer CS-Filiale in Lausanne gespielt wurde, neben einem Transparent mit der Aufschrift «*Crédit Suisse détruit le climat. Roger, tu cautionnes ça?*» – Roger Federer liess sich zu diesem Zeitpunkt noch von der CS sponsern.<sup>3</sup> Dieser Fall gelangte schliesslich auch an das Bundesgericht.<sup>4</sup>

In ganz anderem Zusammenhang beschäftigte das von den KlimaSeniorinnen an den schweizerischen Bundesrat sowie an das zuständige Departement und die Bundesämter gerichtete «Begehren um Einstellung von Unterlassungen im Klimaschutz» sämtliche Instanzen im Verwaltungsverfahren. Der Fall ist inzwischen in Strassburg angelangt. Mit einem Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wird frühestens Ende dieses Jahres gerechnet.

Obwohl diese Fälle unterschiedliche Fragestellungen in den tangierten Rechtsbereichen aufwerfen, lässt sich eine allgemeine richterliche Zurückhaltung feststel-

1 Weitere Informationen zum Fall lassen sich unter <<https://callforclimatejustice.org/de>> abrufen; die Website wird u.a. vom Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz (HEKS) betrieben, das die Klage unterstützt.

2 Vgl. dazu etwa den Überblick m.w.H. von BRIGITTE HÜRLIMANN, «Das Klima vor Gericht», Republik, 15. März 2022. – Bis vor Bundesgericht gezogen wurde in der Folge die Frage nach der Zulässigkeit der anlässlich der *Collective Climate Justice*-Tage erfolgten erkennungsdienstlichen Erfassung von Fingerabdrücken und der Erstellung eines DNA-Profiles einer Person. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und hielt fest, eine systematische Registrierung und die damit bewirkte Einschüchterung politisch aktiver Personen, die friedlich von der Meinungs- und Versammlungsfreiheit Gebrauch machen, stehe nicht in einem vernünftigen Verhältnis zu den mit der erkennungsdienstlichen Erfassung und DNA-Profilierung verfolgten Zwecken und sei mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar (BGE 147 I 72, E. 4.4.2).

3 Für eine Schilderung des Sachverhalts vgl. ebenfalls HÜRLIMANN, supra Fn. 2.

4 BGE 147 IV 297.

len, sich auf die Klimaschutzthematik einzulassen. Dieser These wird mit Blick auf den Fall der KlimaSeniorinnen im Folgenden nachgegangen. Dies aus begründetem Anlass: Ein Tag bevor der diesem Beitrag zugrunde liegende Vortrag an den Aarauer Demokratietagen gehalten wurde, hat die öffentliche Anhörung zu diesem Fall vor dem EGMR stattgefunden. Und, wie sogleich näher aufzuzeigen sein wird, geht es in diesem Verfahren um das eigentliche Kernanliegen, das hinter Klimafällen steht, nämlich die Forderung, die Schweiz (und alle anderen Akteure auch) müsste(n) ihren CO<sub>2</sub>-Ausstoss verringern und alles unternehmen, um die Erderwärmung auf 1,5 °C zu beschränken. Die Situation sei akut, dringendes Handeln sei gefragt. Es gehe letztendlich um eine der grössten Bedrohungen für die Menschen und ihre Menschenrechte weltweit.<sup>5</sup> In Anerkennung der Herausforderungen für die Gerichte, die mit solchen Argumenten konfrontiert sind, schliesst dieser Beitrag mit einigen weiterführenden Fragen, deren Diskussion erforderlich ist wenn «Klimafälle» vor Gericht gezogen werden.

## II. Klimaklage der KlimaSeniorinnen

### A. Der Verein KlimaSeniorinnen Schweiz

Mitte August 2016 gründeten 35 Seniorinnen den Verein KlimaSeniorinnen Schweiz. Der Verein bezweckt die Förderung und Realisierung eines wirksamen Klimaschutzes und die Senkung der Treibhausgasemissionen schweizweit. Zu seinen Mitgliedern zählen ausschliesslich Frauen im Pensionsalter und zwar über 1900 im Frühjahr dieses Jahres.<sup>6</sup> Diese Mitgliederausrichtung begründet der Verein mit der Tatsache, dass ältere Menschen – und gerade Frauen – von den durch die Klimaerwärmung bewirkten zunehmenden Hitzewellen erwiesenermassen stark beeinträchtigt werden. Gemäss wissenschaftlichen Untersuchungen bewirken hohe Temperaturen einen erhöhten Blutdruck und einen Anstieg von Herz- und Atemfrequenz; Gesundheitsbeeinträchtigungen und erhöhte Mortalität sind die möglichen Folgen insbesondere bei älteren und gesundheitlich angeschlagenen Frauen.<sup>7</sup> Die Zahlen zeigen, dass während der vier wärmsten Sommer, die in der Schweiz je verzeichnet wurden (in den Jahren 2003, 2015, 2018 und 2019), sich bis zu 90% der hitzebeding-

5 In diesem Sinne äusserte sich etwa die damalige UN-Hochkommissarin für Menschenrechte, Michele Bachelet, anlässlich ihrer Eröffnungsrede zur 42. Sitzung des UN-Menschenrechtsrates am 9. September 2019, <[www.ohchr.org/en/statements/2019/09/global-update-42nd-session-human-rights-council](http://www.ohchr.org/en/statements/2019/09/global-update-42nd-session-human-rights-council)> (besucht am 29. Juli 2023).

6 Informationen über den Verein und seine Tätigkeiten sind auf der Website des Vereins (<<https://klima-seniorinnen.ch>>) erhältlich.

7 Der Verein KlimaSeniorinnen verweist auf seiner Website für diese Aussagen auf Informationen des Bundesamts für Gesundheit (BAG) sowie der World Health Organisation (WHO) (vgl. <<https://klima-seniorinnen.ch/warum-wir-klagen>>; besucht am 29. Juli 2023).

ten Todesfälle (159 von 177) bei älteren Frauen ereigneten, von welchen fast alle über 75 Jahre alt waren.<sup>8</sup> Die Mitglieder des Vereins KlimaSeniorinnen Schweiz gehören damit zu einer von den Folgen der Klimaerwärmung besonders betroffenen und verletzlichen Bevölkerungsgruppe.<sup>9</sup>

## B. Hintergrund und Rechtsgrundlage der Klimaklage

Ausgangspunkt der Klimaklage war die Auffassung der KlimaSeniorinnen, dass die damalige schweizerische Klimagesetzgebung ebenso wie die in die Vernehmlassung geschickte Vorlage für die Regelungen nach 2020 verfassungs- und konventionswidrig waren:

Art. 3 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz<sup>10</sup> lautet – auch in der aktuell geltenden Fassung – folgendermassen: «Die Treibhausgasemissionen im Inland sind bis zum Jahr 2020 gegenüber 1990 gesamthaft um 20 Prozent zu vermindern. Der Bundesrat kann sektorielle Zwischenziele festlegen.»<sup>11</sup> Der sog. Weltklimarat (*Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC*) hatte aber schon vor Jahren in seinem vierten sog. Sachstandsbericht (AR4) festgestellt, dass entwickelte Länder wie die Schweiz bis 2020 ihre inländischen Emissionen um 25% bis 40% gegenüber dem Niveau von 1990 senken müssten, um den heute bereits wieder überholten Grenzwert von 2 °C mit einer Wahrscheinlichkeit von 66% einzuhalten. Dabei wurde angemerkt, dass dies immer noch ein Risiko von 33% berge, das Ziel nicht zu erreichen.<sup>12</sup>

Auch die damalige Vernehmlassungsvorlage für die Jahre zwischen 2021 und 2030 genügte den wissenschaftlichen Vorgaben nicht.<sup>13</sup> Der IPCC hatte 2014 im fünften Sachstandsbericht (AR5) bereits festgestellt, dass Länder wie die Schweiz bis 2030 inländische Reduktionen von mindestens 40% und möglicherweise sogar von

8 Bundesamt für Umwelt (BAFU), Hitze und Trockenheit im Sommer 2018, Auswirkungen auf Mensch und Umwelt, Bern 2019, S. 28.

9 Vgl. dazu etwa den Bericht des Büros des Hochkommissariats für Menschenrechte (Office of the United Nations' High Commissioner for Human Rights, OHCHR), *Analytical study on the promotion and protection of the rights of older persons in the context of climate change*, 30. April 2021, UN-Doc. A/HRC/47/46.

10 Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen (CO<sub>2</sub>-Gesetz), SR 641.71.

11 Mit Ziff. I des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 2019 über die Verlängerung der Befristung der Steuererleichterungen für Erdgas, Flüssiggas und biogene Treibstoffe und über die Änderung des Bundesgesetzes über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen wurde zusätzlich Abs. 1<sup>bis</sup> eingefügt (AS 2020 1269; BBl 2019 5679, 5813). In der aktuell geltenden Fassung gemäss Ziff. I des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2021 (AS 2022 262; BBl 2021 2252, 2254) sind die Treibhausgasemissionen bis im Jahr 2024 jährlich um weitere 1,5 Prozent gegenüber 1990 zu vermindern.

12 IPCC, *AR4 Climate Change 2007: Mitigation, Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge (UK)/New York (USA) 2007, abrufbar unter <www.ipcc.ch/report/ar4/wg3> (besucht am 29. Juli 2023), S. 776 (Abbildung 13.7).

13 Vgl. dazu Botschaft zur Totalrevision des CO<sub>2</sub>-Gesetzes nach 2020 vom 1. Dezember 2017, BBl 2018 247, insb. 248 und 271 f.

100% erreichen müssten, um mit einer Wahrscheinlichkeit von 66% unterhalb der (heute überholten) 2 °C-Grenze zu bleiben. Im Durchschnitt wies der IPCC auf die Notwendigkeit einer inländischen Reduktion von 50% bis 2030 hin.<sup>14</sup>

Am 25. November 2016 reichte der Verein KlimaSeniorinnen Schweiz, zusammen mit vier weiteren Gesuchstellerinnen (natürliche Personen, deren Gesundheit und Wohlbefinden medizinisch belegt hitzebedingt stark beeinträchtigt ist), – und unterstützt von Greenpeace Schweiz – die «Klimaklage» als «Begehren um Einstellung von Unterlassungen im Klimaschutz» beim Bundesrat, dem Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), dem Bundesamt für Umwelt (BAFU) sowie dem Bundesamt für Energie (BFE) ein.<sup>15</sup> Das Ziel war, dass die Behörden «im Hinblick auf den Schutz von Leben und Gesundheit der Gesuchstellerinnen alle verfassungs- und völkerrechtlich gebotenen Handlungen zur Verhinderung einer katastrophalen Entwicklung der Erderwärmung ergreifen».<sup>16</sup>

In ihrem Gesuch stellten sich die KlimaSeniorinnen auf den Standpunkt, weder das damals geltende Ziel für die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen bis 2020 noch das damals sich in der Vernehmlassung befindende für 2030 vorgesehene Ziel würden genügend dazu beitragen, dass sich das Klima um nicht mehr als 2 °C erwärme und schon gar nicht unter einer Erderwärmung von 2 °C bzw. möglichst 1,5 °C bleibe. Ausserdem würden die vorgeschriebenen Massnahmen nicht genügen. Vor diesem Hintergrund stellten die Gesuchstellerinnen die folgenden zusammengefassten Anträge:<sup>17</sup>

- Die Behörden hätten in ihren Zuständigkeitsbereichen sämtliche Handlungen vorzunehmen, die nötig sind, um die Treibhausgasemissionen bis 2020 bzw. 2030 so zu reduzieren, dass der Beitrag der Schweiz dem «deutlich unter 2-Grad-Ziel» für die maximale Erderwärmung, eventualiter mindestens dem 2-Grad-Ziel, entspricht, und damit die diesem Ziel entgegenstehenden widerrechtlichen Unterlassungen einzustellen, sowie
- sämtliche Reduktionsmassnahmen zu ergreifen, die nötig sind, um das Treibhausgas-Reduktionsziel (mindestens 25% Treibhausgasreduktion gegenüber 1990 bis 2020 bzw. 50% bis 2030) zu erreichen.
- *Eventualiter* sei festzustellen, dass die jeweiligen Unterlassungen widerrechtlich seien.

14 In ihrer Beschwerde an den EGMR (abrufbar unter <[www.klimasenioren.ch/dokumente](http://www.klimasenioren.ch/dokumente)>) verwiesen die KlimaSeniorinnen als Beleg hierzu auf IPCC, *AR5 Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change, Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge (UK)/New York (USA) 2014, abrufbar unter <[www.ipcc.ch/report/ar5/wg3](http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg3)> (besucht am 29. Juli 2023), S. 460 (Abbildung 6.28) sowie S. 13 (Tabelle SPM.1).

15 Das Gesuch ist abrufbar unter <[www.klimasenioren.ch/dokumente](http://www.klimasenioren.ch/dokumente)> (besucht am 29. Juli 2023).

16 Gesuch, N 1.

17 Vgl. die Rechtsbegehren auf S. 3 ff. des Gesuchs.

Die Gesuchstellerinnen führten beispielhalber mögliche Reduktionsmassnahmen auf. Dazu gehörte auch die Aufforderung, der Bund habe seine Aufgaben im Klimabereich und ihre Erfüllung (unter Berücksichtigung der Vorgaben des Vorsorge- und Nachhaltigkeitsprinzips sowie der Grundrechte) zu überprüfen und allenfalls zwecks Verankerung neuer gesetz-, verfassungs- und völkerrechtskonformer Emissionsreduktionsziele ein Vorverfahren der Gesetzgebung auszulösen mit dem Ziel eines angepassten Reduktionsziels. Der Bund habe ausserdem entsprechend gegenüber dem Parlament und gegenüber der Öffentlichkeit zu kommunizieren.

Gerügt wurden ein Verstoss gegen das Vorsorgeprinzip (Art. 74 Abs. 2 BV), das Nachhaltigkeitsprinzip (Art. 73 BV), das Recht auf Leben, auf Gesundheit und körperliche Integrität (Art. 10 BV sowie Art. 2 EMRK) sowie eine Verletzung des Rechts auf Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK).<sup>18</sup>

Gestützt auf Art. 25a VwVG wurde der Erlass einer formellen Verfügung über Realakte verlangt. Ausserdem wurde der Anspruch der KlimaSeniorinnen auf Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) sowie ihr Anspruch auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) geltend gemacht.<sup>19</sup>

### C. Rechtsweg

Mit Verfügung vom 25. April 2017 trat das UVEK stellvertretend für sämtliche Gesuchsgegner nicht auf das Gesuch ein.<sup>20</sup> Gegen diesen Entscheid reichten die Gesuchstellerinnen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein.<sup>21</sup> Dieses wies die Beschwerde ab.<sup>22</sup> Zusammengefasst anerkannte das Bundesverwaltungsgericht die erheblichen Auswirkungen des Klimawandels auf Menschen, Tiere und Pflanzen klar. Es stellte sich jedoch auf den Standpunkt, dass die Betroffenheit der Beschwerdeführerinnen nicht über jene der Allgemeinheit hinausgehe: «Die Beschwerdeführenden verfügen mithin über kein hinreichendes schutzwürdiges Interesse.»<sup>23</sup>

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gelangten die Gesuchstellerinnen an das Bundesgericht. Sie rügten eine Verletzung von Art. 25a VwVG, Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 10 BV und Art. 2 und Art. 8

18 Vgl. den Überblick in N 4 des Gesuchs.

19 Vgl. den Überblick in N 2 des Gesuchs.

20 Auch die Verfügung des UVEK ist abrufbar unter <[www.klimasenioren.ch/dokumente](http://www.klimasenioren.ch/dokumente)> (besucht am 29. Juli 2023).

21 Die Beschwerde datierte vom 26. Mai 2017. Sie ist abrufbar unter <[www.klimasenioren.ch/dokumente](http://www.klimasenioren.ch/dokumente)> (besucht am 29. Juli 2023).

22 BVGer, A-2992/2017, 27. November 2018, E. 9.

23 BVGer, A-2992/2017, 27. November 2018, E. 7.4.3.

EMRK, ebenso wie eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV.<sup>24</sup> Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 5. Mai 2020 ab.<sup>25</sup>

In der Folge haben die KlimaSeniorinnen den Entscheid des Bundesgerichts am 26. November 2020 nach Strassburg weitergezogen. Am 26. März 2021 nahm die Beschwerde eine erste Hürde und wurde prioritär behandelt.<sup>26</sup> Nach dem Schriftenwechsel wurde am 29. April 2022 die Grosse Kammer des EGMR mit dem Fall beauftragt<sup>27</sup>, und ein Jahr später, am 29. März 2023, fand die öffentliche Anhörung des Falles statt.<sup>28</sup> Mit grosser Spannung wird nun ein Positionsbezug des Gerichts erwartet.

#### D. Der Entscheid des Bundesgerichts im Besonderen

Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde ein, allerdings – und das ist im publizierten BGE 146 I 145 nicht mehr abgedruckt – trat es, wie schon das Bundesverwaltungsgericht, nur auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 2 bis 5 ein.<sup>29</sup> Die Frage, ob die KlimaSeniorinnen als Verein zur Beschwerde legitimiert waren oder nicht (Stichwort: egoistische Verbandsbeschwerde), liess das Gericht ausdrücklich offen.<sup>30</sup>

In der Folge wies das Bundesgericht die Rüge der Beschwerdeführerinnen, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV sei sowohl durch das Departement als auch durch die Vorinstanz in mehrfacher Hinsicht verletzt worden, ab.<sup>31</sup> Das Bundesgericht merkte dennoch an, dass keine nähere Auseinandersetzung mit den zentralen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zu den besonderen Auswirkungen des Klimawandels auf die Gruppe der Frauen ab 75 Jahren und den gegenüber dieser Gruppe geltend gemachten staatlichen Schutzpflichten vor Bundesverwaltungsgericht stattgefunden hatte, ebenso wenig mit der Bedeutung dieser Umstände für die Anwendung von Art. 25a VwVG und

24 Die Beschwerde datierte vom 21. Januar 2019. Sie ist ebenfalls abrufbar unter <www.klimasenioren.ch/dokumente> (besucht am 29. Juli 2023).

25 BGer, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020, E. 8 (nicht abgedruckt in BGE 145 I 145).

26 KlimaSeniorinnen/Greenpeace, Medienmitteilung vom 26. März 2021, abrufbar unter <www.klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2021/03/Schweizer-Klimaklage-nimmt-erste-Hürde-am-EGMR-und-wird-prioritär-behandelt.pdf> (besucht am 29. Juli 2023).

27 European Court of Human Rights, *Grand Chamber to examine case concerning complaint by association that climate change is having an impact on their living conditions and health*, Press Release, ECHR 142 (2022), 29.04.2022.

28 Eine Internetübertragung der Anhörung ist abrufbar auf der Website des Gerichtshofs unter <www.echr.coe.int/webcasts-of-hearings> (besucht am 29. Juli 2023).

29 BGer, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020, E. 1.

30 Ebd.

31 BGer, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020, E. 3.

Art. 6 Ziff. 1 EMRK.<sup>32</sup> Mit diesen Ausführungen ging das Bundesgericht jedoch auch nicht vertieft auf die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ein. Wie sich ihrer Beschwerdeschrift entnehmen lässt, vermissten die Beschwerdeführerinnen eine effektive Auseinandersetzung mit den von ihnen vorgebrachten Argumenten, mit welchen sie ja nicht zuletzt eine Diskussion über den rechtlichen Umgang mit den Auswirkungen des Klimawandels anzustossen versucht hatten.<sup>33</sup>

Das Bundesgericht nahm in der Folge sich die materielle Prüfung von Art. 25a VwVG vor und liess es auch weitestgehend bei dieser Untersuchung bewenden: Konkret stellte sich nämlich die Frage, ob, über den Gesetzeswortlaut hinaus, auch behördliches *Unterlassen* gerügt und namentlich die *Vornahme von Handlungen* auf dieser Grundlage verlangt werden konnte.<sup>34</sup> Das Bundesgericht bejahte beide Fragestellungen und ging damit von einem weiten Verständnis von «Handlungen» aus. Allgemein hielt es fest: «Die Einengung des Rechtsschutzes soll durch die anderen Kriterien erfolgen, insbesondere das Berührtsein in Rechten und Pflichten und das schutzwürdige Interesse.»<sup>35</sup> Mit dieser Äusserung nahm es das Ergebnis seines Entscheides im Wesentlichen vorweg.

Das Bundesgericht prüfte daraufhin das im Hinblick auf Art. 25a VwVG erforderliche Rechtsschutzinteresse. Es kam zum Schluss, die Beschwerdeführerinnen seien durch die gerügten Unterlassungen «wie die restliche Bevölkerung auch» *nicht* im Sinne von Art. 25a VwVG mit hinreichender Intensität in den angerufenen Rechten berührt.<sup>36</sup> Das Recht auf Leben der Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 2 EMRK sowie Art. 10 Abs. 1 BV sei durch die gerügten behördlichen Unterlassungen «im heutigen Zeitpunkt nicht in einem Ausmass bedroht, dass von einem hinreichenden Berührtsein in eigenen Rechten im Sinne von Art. 25a VwVG gesprochen werden könnte (...)».<sup>37</sup> Dasselbe gelte für ihr Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK und Art. 13 BV.<sup>38</sup> Und: «Die von den Beschwerdeführerinnen beanstandeten innerstaatlichen Unterlassungen erreichen nicht die nach Art. 25a VwVG zur Gewährleistung des Individualrechtsschutzes erforderliche Grundrechtsrelevanz.»<sup>39</sup> Entsprechend hielt das Bundesgericht schliesslich fest, die Beschwerdeführerinnen würden auch nicht als «Opfer einer Beeinträchtigung der genannten Konventionsrechte im Sinne von Art. 34 EMRK» erscheinen.<sup>40</sup>

32 BGer, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020, E. 3.3.

33 Vgl. die Beschwerde an das Bundesgericht vom 21. Januar 2019, N 53 ff.

34 BGE 146 I 145, E. 4.1 f.

35 BGE 146 I 145, E. 4.2.

36 BGE 146 I 145, E. 5.5.

37 BGE 146 I 145, E. 5.4.

38 Ebd.

39 Ebd.

40 Ebd.

Das fehlende Berührtsein untermauerte das Gericht mit dem Hinweis auf einen Bericht des Weltklimarats. Es las daraus ab, dass der Temperaturanstieg von «deutlich unter 2 Grad Celsius» gemäss Pariser Klimaübereinkommen nicht in näherer Zukunft erwartet werde, sondern davon auszugehen sei, dass für die Abwendung einer diesen Wert übersteigenden Erderwärmung noch ein gewisser Zeitraum zur Verfügung stehe.<sup>41</sup> Sie trete erst in mittlerer bis fernerer Zukunft ein.<sup>42</sup> Das Gericht ging sogar so weit, festzuhalten, die Beschwerdeführerinnen würden mit Blick auf ihr Recht auf Leben sowie ihr Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens «nicht in rechtlich relevanter Weise betroffen»,<sup>43</sup> ja, der strittige Anspruch sei nach innerstaatlichem Recht nicht vertretbar («*arguable*»),<sup>44</sup> Ausserdem wies das Gericht die *eventualiter* beantragte Feststellung der (Grund-)Rechtswidrigkeit der geltend gemachten Unterlassungen ab.<sup>45</sup>

Nach der Auffassung des Bundesgerichts diene das Gesuch im Übrigen nicht dem individuellen Rechtsschutz der Gesuchstellerinnen, sondern ziele auf eine abstrakte Überprüfung der Klimaschutzmassnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit staatlichen Schutzpflichten ab und indirekt auf eine Verschärfung der Massnahmen. Art. 25a VwVG gewährleiste aber einzig den Individualrechtsschutz und dürfe nicht für eine Popularbeschwerde herangezogen werden.<sup>46</sup> Das Bundesgericht führte daraufhin die vorgesehenen Möglichkeiten zur Gestaltung aktueller Politikbereiche auf, wie das Recht auf Ergreifung einer Volksinitiative zur Total- oder Teilrevision der Bundesverfassung, das Petitionsrecht, das Initiativ- und Antragsrecht der Mitglieder der Eidgenössischen Räte, der Fraktionen, parlamentarischen Kommissionen und Kantone sowie das Antragsrecht der Ratsmitglieder und des Bundesrats zu einem in Beratung stehenden Geschäft.<sup>47</sup> Es warf die Frage auf, ob Art. 25a VwVG verwendet werden könne, um eine Reihe von staatlichen Massnahmen zu einer bestimmten Problematik zu fordern, weise doch eine Vielzahl der von den Beschwerdeführerinnen geforderten Massnahmen «im Wesentlichen den Charakter von Vorarbeiten für Rechtssätze auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe» auf.<sup>48</sup>

Das Bundesgericht kam zum Schluss:

Aus den vorstehenden Erwägungen wird deutlich, dass sich die Beschwerdeführerinnen mit den angerufenen Mitteln des Individualrechtsschutzes nicht gegen die gerügten Unterlassungen der genannten Behörden im Bereich des Klimaschutzes zur Wehr setzen können. Auch wenn ihr An-

41 BGE 146 I 145, E. 5.3.

42 BGE 146 I 145, E. 5.4.

43 BGE 146 I 145, E. 6.2.

44 BGE 146 I 145, E. 6.1 f. – Mit dieser Argumentation lehnte das Gericht den von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Anspruch auf materielle Behandlung ihres Gesuchs gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK (E. 6.1) sowie Art. 13 EMRK (E. 7) ab (vgl. BGer, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020, E. 6.1 sowie E. 7).

45 BGE 146 I 145, E. 6.2.

46 BGE 146 I 145, E. 5.5.

47 BGE 146 I 145, E. 4.3.

48 Ebd.

liegen angesichts der von ihnen hervorgehobenen möglichen Folgen einer unzureichenden Umsetzung des Pariser Klimaübereinkommens für ältere Frauen gut begrifflich ist, ist ihre Beschwerde daher abzuweisen.<sup>49</sup>

Indem das Bundesgericht zwar formell auf die Beschwerde eintrat, jedoch über Art. 25a VwVG mittels einer Feststellung des fehlenden Rechtsschutzinteresses die Beschwerde abwies, war es dem Gericht möglich, sich nicht gross mit den zentralen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen auseinandersetzen zu müssen. Die besonderen Auswirkungen des Klimawandels auf die Gruppe der Frauen wurden nicht thematisiert, auf das Argument der staatlichen Schutzpflichten wurde gar nicht eingegangen und viele, in verschiedener Hinsicht interessante Fragen blieben offen.

## E. Würdigung des Entscheids und weiterführende Fragen

In der Lehre wurde das Urteil unterschiedlich aufgenommen.<sup>50</sup> Zahlreiche Fragestellungen lassen sich auf seiner Basis formulieren.

Das Urteil wirft z.B. die rechtsdogmatische Frage auf, unter welchen Umständen sich das Erfordernis des Berührtseins in (Grund-)Rechten nach Art. 25a VwVG bejahen lässt. Entspricht das «Berührtsein» nach Art. 25a VwVG dem «Tangiertsein», das im Rahmen einer Grundrechtsprüfung (Art. 36 BV) vom «Verletztsein» unterschieden wird? Gestützt auf die vorgebrachte Begründung des Bundesgerichts hätte ein Tangiertsein der *Grundrechte* im Sinne der herrschenden Lehre und Praxis kaum verneint werden können.

Nach diesem Urteil ist nicht klar, ob das Bundesgericht ein gewisses (klimawandelbedingtes?) Bedrohungsausmass verlangt, um ein Berührtsein zu bejahen. Wenn die Beschwerdeführerinnen «im heutigen Zeitpunkt» nicht berührt sind, wann wäre das erforderliche Berührtsein erreicht? Muss ein intensiveres Bedrohungsausmass abgewartet werden, damit von einer zur Gewährleistung des Individualrechtsschutzes erforderlichen Grundrechtsrelevanz ausgegangen werden könnte? Wenn ja, wie verträgt sich eine solche Argumentationsweise mit dem Vorsorgeprinzip? Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts soll das Vorsorgeprinzip grundsätzlich verhindern, dass fehlende wissenschaftliche Gewissheit als

49 BGer, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020, E. 8 (nicht publiziert in BGE 146 I 145).

50 Vgl. etwa JOHANNES REICH, «Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020», 121 Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (2020), 489–507; MIRINA GROSZ, «Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 5. Mai 2020 (1C\_37/2019)», Umweltrecht in der Praxis (2020), 397–415; PETER HETTICH, «Klimaschutz mittels Richterrecht?», 122 Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (2021), 477–478; LORENZ KNEUBÜHLER & DOMINIQUE HÄNNI, «Umweltschutz, Klimaschutz, Rechtsschutz: Ein Plädoyer für eine Verbandsbeschwerde im schweizerischen Klimarecht», 122 Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (2021), 479–502; GIOVANNI BIAGGINI, «Über Aufgaben und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit im ökologischen Verfassungsstaat», in: C. Seitz et al. (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis: Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 545 ff.

Vorwand verwendet wird, um Massnahmen zur Verhinderung zukünftiger ökologischer Schäden hinauszuzögern.<sup>51</sup>

Über diesen konkreten Fall hinaus stellt sich die Frage, wie das Bundesgericht mit (natur-) wissenschaftlichen Erkenntnissen umgehen soll. Der Klimawandel wird wissenschaftlich kontinuierlich erforscht und ist bis ins Detail belegt. Der Weltklimarat (IPCC) wurde als zwischenstaatliche Institution vom Umweltprogramm der Vereinten Nationen (UNEP) und der Weltorganisation für Meteorologie (WMO) gegründet, um mithilfe von Wissenschaftler:innen aus der ganzen Welt die naturwissenschaftlichen Grundlagen und den weltweiten Forschungsstand über die Auswirkungen der globalen Erwärmung zusammenzutragen und wissenschaftlich einzuordnen.<sup>52</sup> Weil sich der Klimawandel, aber auch die Erkenntnisse darüber, laufend fortentwickeln, halten diese Arbeiten an, und es werden immer wieder neue Berichte veröffentlicht. Dass die Gerichte das Recht auf Fälle anwenden müssen, die das Leben schreibt, und Fragen zu beantworten haben, die im Zeitpunkt, als die Gesetze erlassen wurden, noch niemand stellte, ist in der Gerichtspraxis an sich keine aussergewöhnliche Konstellation. Verweisen lässt sich etwa auf die Herausforderungen für das Recht, die z.B. die Digitalisierung mit sich bringt, die Gentechnik, die Fortpflanzungsmedizin oder auch eine Pandemie.

Im Falle der KlimaSeniorinnen verwies das Bundesgericht auf einen bestimmten Bericht des Weltklimarats, um die Argumentation zu stützen, es bleibe noch Zeit.<sup>53</sup> Es leitete seine Schlussfolgerung insbesondere aus einer Grafik aus dem IPCC-Sonderbericht 2018 ab, die aufzeigte, dass die globale Erwärmung ungefähr um das Jahr 2040 1,5 °C erreichen werde, sofern sie sich mit der aktuellen Geschwindigkeit fortsetze; der Wert von «deutlich unter 2 °C» werde dementsprechend zu einem späteren Zeitpunkt erreicht. Ausgegangen wurde dabei von einer Erderwärmung von 0,2 °C pro Jahrzehnt.<sup>54</sup>

Dieser Verweis erstaunte. Generell mutet es heikel an, auf einen einzigen wissenschaftlichen Bericht Bezug zu nehmen; einer so begrenzten Auswahl haftet rasch der Vorwurf einer gewissen Beliebigkeit an. Vor allem aber waren doch schon im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils neue Berichte absehbar, die die Aussage des Gerichts wieder infrage stellen würden. Bereits im August 2021 ist der erste Teil des 6. Sachstandsberichts des IPCC (ARG) erschienen.<sup>55</sup> Inzwischen zeigt der neueste

51 Vgl. etwa BGer, 1C\_100/2021, 14. Februar 2023, E. 5.3.2; BGer, 1C\_118/2010, 20. Oktober 2010, E. 4.2.3 u.a. mit Verweis auf ALAIN GRIFFEL, *Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts*, Zürich 2001, 60 f.

52 Weitere Informationen zum Weltklimarat lassen sich auf seiner Website abrufen (<[www.ipcc.ch/about](http://www.ipcc.ch/about)>).

53 BGE 146 I 145, E. 5.3.

54 Vgl. BGE 146 I 145, E. 5.3 mit Verweis auf IPCC, *Special Report: Global Warming of 1.5 °C, Summary for Policymakers*, Cambridge (UK)/New York (USA) 2018, abrufbar unter <[www.ipcc.ch/sr15/chapter/spm](http://www.ipcc.ch/sr15/chapter/spm)> (besucht am 29. Juli 2023), A.1, A.1.1 (S. 4), Graphik SPM.1 (S. 6) sowie FAQ 1.2.

55 IPCC, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis, Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge (UK)/New York

Bericht des Weltklimarats auf, dass die Zeit davonläuft. Wenn wir so weitermachen wie bisher, ist die Welt im Jahr 2100 etwa 3,2 °C wärmer.<sup>56</sup>

Besonders irritierte aber die bundesgerichtliche Lesart des zitierten Berichts, widersprach sie doch ganz fundamental der wissenschaftlich breit abgestützten Erkenntnis und dem wiederholten Tenor, dass dringender Handlungsbedarf bestehe, um den für die Einhaltung des «unter 2-Grad-Ziels» erforderlichen Kraftakt überhaupt noch zu schaffen.<sup>57</sup> Immerhin erliess das Bundesgericht sein Urteil in einem Zeitraum, währenddessen das Parlament über das CO<sub>2</sub>-Gesetz beriet. Ferner fanden jeden Freitag weltweit Demonstrationen gegen den Klimawandel statt, und verschiedene Nationen, Kantone und Städte riefen den Umwelt- und Klimanotstand aus. Ebenfalls in diesen Zeitraum fällt die Erklärung des Bundesrates im August 2019, dass die Schweiz aufgrund der neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse des Weltklimarates ab dem Jahr 2050 «unter dem Strich keine Treibhausgasemissionen mehr ausstossen» solle.<sup>58</sup> Mit seinen Ausführungen zum Bericht des IPCC liess sich das Gericht weit auf die Äste hinaus. Ein neutraler, wirklich zurückhaltender Klimaentscheid hätte vermutlich auf einen solchen Hinweis verzichtet.

Damit ist die grundsätzliche Frage nach der Rolle des Bundesgerichts angesichts der globalen Herausforderungen des Klimawandels aufgeworfen. In der Schweiz obliegt es in erster Linie der Legislative (unter massgeblicher Mitwirkung der Exekutive), politische Richtungsentscheide zu fällen. Sobald diese in Gesetzesform gegossen wurden, sind sie für die Gerichte gemäss Art. 190 BV verbindlich. Die Schweiz gewichtet im demokratischen Gesetzgebungsverfahren erlassene Gesetze ganz besonders und schränkt damit auch ihre Verfassungsgerichtsbarkeit stark ein. Das Bundesgericht nimmt hierzulande nicht eine Vorreiterrolle ein, um Grundsatzfragen zu entscheiden, wie es z.B. der Supreme Court in den USA oder auch das Bundesverfassungsgericht in Deutschland tun darf. Es konzentriert sich vielmehr auf den zu beurteilenden Einzelfall und überlässt die Regelung der Zukunft der Gesetzgebung.<sup>59</sup>

Wollte das Bundesgericht über eine Korrektur bzw. Verschärfung der Vorgaben des CO<sub>2</sub>-Gesetzes oder konkrete Reduktionsmassnahmen befinden, müsste es «für

(USA) 2021, abrufbar unter <[www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGI\\_FullReport\\_small.pdf](http://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_FullReport_small.pdf)> (besucht am 29. Juli 2023).

56 IPCC, *Climate Change 2023: Synthesis Report, Summary for Policymakers, Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Genf 2023, abrufbar unter <[www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_SYR\\_SPM.pdf](http://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf)> (besucht am 29. Juli 2023), insb. A.4.4 (S. 11), Figure SPM.5 (S. 22).

57 Kritisch dazu äusserte sich etwa auch REICH, supra Fn. 50, 498 ff. (Ziff. 2.1.).

58 Medienmitteilung des Schweizerischen Bundesrates vom 28. August 2019, «Bundesrat will bis 2050 eine klimaneutrale Schweiz».

59 Vgl. dazu auch LORENZ LANGER, ««Einfach nur Recht sprechen»? Gerichte zwischen Politik und Richterrecht», 124 Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (2023), 171–193, 179.

noch nicht realisierte Sachverhalte» Recht sprechen.<sup>60</sup> Es müsste sich deshalb mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz auseinandersetzen. Zusätzlich wäre eine Diskussion des Verhältnisses Landesrecht / Völkerrecht zu erwarten und damit die Berücksichtigung sowohl der Bestimmungen der EMRK als auch der Vorgaben des Pariser Klimaübereinkommens. Im Fall der KlimaSeniorinnen hätte das Bundesgericht allerdings gar nicht so weit gehen müssen. Die Beschwerdeführerinnen hatten nämlich in erster Linie, neben der Aufhebung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts, eine Rückweisung an das Departement beantragt, damit *dieses* (und damit die *Exekutive*) auf die mit der «Klimaklage» gestellten Rechtsbegehren eintrete und sie materiell behandle.<sup>61</sup> Mit seinem Entscheid machte das Bundesgericht diesen Weg jedoch nicht frei.

Eine Schwierigkeit, um den Klimawandel rechtlich fassen zu können, liegt im Umstand begründet, dass er effektiv «alle» und «alles» betrifft: alle Menschen, aber auch alle Tiere, die Vielfalt ihrer Arten, die Pflanzenwelt, sämtliche Lebensräume ebenso wie das Funktionieren des Ökosystems an sich. Daraus zu folgern, dass ausgerechnet der Menschenrechtsschutz im Klimakontext beschnitten werden müsse, weil ein Rechtsschutzinteresse jeweils nicht gegeben sei, würde zu problematischen Ergebnissen führen. Auch bedeutet die Tatsache, dass die Allgemeinheit vom Klimawandel betroffen ist ja nicht, dass nicht auch ein besonderes Interesse einer besonders vulnerablen Gruppe gegeben sein kann.<sup>62</sup>

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wem Klagebefugnis für den Klimaschutz zukommen soll.<sup>63</sup> Das Bundesgericht liess die Frage nach der Beschwerdebefugnis des Vereins der KlimaSeniorinnen explizit offen,<sup>64</sup> obwohl die Voraussetzungen für eine egoistische Verbandsbeschwerde als erfüllt angesehen werden konnten. Das Bundesgericht war bestrebt, eine «Popularbeschwerde» abzuwenden und Anträge auf eine bestimmte Politikgestaltung auf den Weg der demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten zu verweisen.<sup>65</sup> Die entsprechenden Hinweise des Bundesgerichts liessen insgesamt den Eindruck entstehen, dass es sich möglichst nicht

60 Vgl. dazu LANGER, supra Fn. 59, 186 m.w.H. auch auf den in Anlehnung an die *Fridays-for-Future*-Bewegung kreierte Begriff «*Judges for Future*» von MATTHIAS GOLDMANN in seinem Beitrag: «*Judges for Future: The Climate Action Judgment as a Postcolonial Turn in Constitutional Law?*», Verfassungsblog vom 30. April 2021, abrufbar unter <<https://verfassungsblog.de/judges-for-future>> (besucht am 29. Juli 2023).

61 Vgl. die Rechtsbegehren in der Beschwerde an das Bundesgericht vom 21. Januar 2019 (abrufbar unter <[www.klimasenioren.ch/dokumente](http://www.klimasenioren.ch/dokumente)>) sowie N 8.

62 So äusserte sich das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 157, 30, 54, N 110 (m.w.H.).

63 KNEUBÜHLER & HÄNNI erachten es als grundsätzlich erforderlich, im Klimarecht den Umwelt- und Klimaschutzverbänden, analog zum Umweltrecht, ein Beschwerderecht einzuräumen (vgl. KNEUBÜHLER & HÄNNI, supra Fn. 50, 496 ff.).

64 BGer, 1C\_37/2019, 5. Mai 2020, E. 1.

65 Entsprechende Passagen findet man an verschiedenen Stellen des Entscheids, so etwa in E. 4.1, E. 4.2 («Einengung des Rechtsschutzes» als «Ziel»), E. 4.3, E. 5.4, E. 5.5 und auch E. 8 (Hinweis auf den Individualrechtsschutz).

auf die Thematik des Klimawandels und die damit einhergehenden, auf verschiedenen Ebenen schwierigen und häufig auch politisch kontroversen Fragestellungen einlassen wollte.<sup>66</sup>

### III. Schlussbetrachtung

Insgesamt scheint die Frage nach der Zulässigkeit der Vertretung öffentlicher Interessen durch Private vor Gericht die eigentliche «Crux» des Falles der KlimaSeniorinnen vor Bundesgericht gewesen zu sein. Damit ergeben sich Parallelen zu weiteren Entscheiden aus anderen Abteilungen des Gerichts. So kam das Bundesgericht etwa auch in den durch die Klimaproteste ausgelösten Strafrechtsfällen zum Schluss, dass Art. 17 StGB zum rechtfertigenden Notstand nur Handlungen zum Schutz individueller Rechtsgüter erfasse und nicht solche zum Schutz kollektiver Interessen.<sup>67</sup> Es bemerkte, dass es den Kläger:innen offensichtlich darum gegangen sei, kollektive Interessen zu verteidigen, namentlich den Schutz der Umwelt, der Gesundheit bzw. das Wohlergehen der Bevölkerung insgesamt. Allerdings sei, auch wenn jedes Individuum eines Tages individuell durch die globale Erwärmung betroffen sein könne, nicht davon auszugehen, dass eine Massnahme, die darauf abziele, die planetare Entwicklung zu beeinflussen, der Verteidigung eines bestimmten Rechtsguts gleichkomme.<sup>68</sup> Zudem erging der Hinweis des Gerichts, dass die Beschwerdeführenden tatsächlich nicht zum Schutz eines bestimmten Rechtsguts handelten, sondern um die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit durch symbolische Handlungen auf ein Problem zu lenken.<sup>69</sup>

Die bundesgerichtliche Verortung von Klimaklagen «in der Sphäre der Politik»<sup>70</sup> und das deutliche Bestreben des Gerichts, sich nicht verleiten zu lassen eigene Vorgaben zum Klimaschutz zu machen, ist angesichts der Komplexitäten der Thematik und ihrer politischen Implikationen nachvollziehbar. Es ist klar, dass nicht die Gerichte allein den Klimawandel werden aufhalten oder bewältigen können. Dennoch müssen sie einen Weg finden, um mit dieser Herausforderung der heutigen Zeit

66 So etwa auch REICH, *supra* Fn. 50, 503 ff. (Ziff. 4).

67 Vgl. BGE 147 IV 297, E. 2.1 ff. Die Gelegenheit, diese Rechtsprechung zu bestätigen, nutzte das Bundesgericht nur kurze Zeit später, als es über einen Fall zu befinden hatte, in dem es um Handabdrücke an einer Genfer Bankfassade ging, die anlässlich von Klimaprotesten hinterlassen worden waren (vgl. BGer, 6B\_1298/2020 und 6B\_1310/2020, 28. September 2021, E. 3.5).

68 BGE 147 IV 297, E. 2.5.

69 Ebd. Vgl. zu dieser Entscheidung auch die Urteilsbesprechung insb. von ANDRÉS PAYER, «Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B\_1295/2020 vom 26. Mai 2021 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), A.-L. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt, Art. 17 StGB», 30 Aktuelle Juristische Praxis (2021), 1310–1320.

70 REICH, *supra* Fn. 50, 505 (Ziff. 4.2); vgl. so auch das entsprechende Zitat von ANDREAS NOLL, in: HÜRLIMANN, *supra* Fn. 2; ebenso ANDREAS NOLL, Protestaktionen und klimaspezifische Rechtfertigungsgründe. Der Klimawandel ist im Strafrecht angekommen, Bern 2022, insb. 62 f.

umzugehen und sich den aufgeworfenen juristischen Fragestellungen zu stellen. Denn die bislang vorwiegend zum Ausdruck gebrachte Haltung des Bundesgerichts steht der Auffassung derjenigen diametral entgegen, die sich gewissermassen «in der Pflicht» sehen, für eine der grössten Bedrohungen für die Menschheit weltweit und den gesamten Planeten einzustehen, wenn nötig auch vor Gericht. Nach ihrer Auffassung drängt die Zeit und kommt es auf jeden und jede Einzelne(n) an, um die Klimakrise noch einigermaßen eindämmen zu können. Damit ist der Klimaschutz längst nicht vom Tisch. Die Gerichte werden vermutlich auch weiterhin in immer wieder neuen Konstellationen mit Klimaschutzfällen konfrontiert. Sie werden grundsätzliche Probleme «nicht am politischen Prozess vorbei lösen» können, die Akzeptanz und Wirksamkeit ihrer Urteile setzt einen politischen und gesellschaftlichen Mindestkonsens voraus.<sup>71</sup> Als Akteure im demokratischen Rechtsstaat<sup>72</sup> sollten sie sich aber auch nicht der Diskussion entziehen.

71 So LANGER, *supra* Fn. 59, 191.

72 Vgl. etwa JUDITH RESNIK, die von Gerichten als «*sites of democracy*» spricht (JUDITH RESNIK, «Re-inventing Courts as Democratic Institutions», 143 *Daedalus* [2014], 9–27).



# Klimaschutzklagen – Herausforderung für die deutsche Judikative

Christian Bickenbach\*

The Paris Agreement enshrines the triad of mitigation, adaptation and resilience. In this connection, climate protection lawsuits are increasingly being filed. The question for the courts is whether or not they are functionally overburdened in view of the dimension of climate change and transformation. They will have to find a path between non-functional activism and misplaced restraint. Adapted from the usual introductory question for civil law cases, «Who wants what out of what from whom?», an overview of the subjects of dispute will be provided. Subsequently, the challenges of the courts of lower instance and the Federal Constitutional Court with regard to the separation of powers and the principle of democracy are presented. Particular attention is paid to the climate decision of the Federal Constitutional Court of March 24th, 2021.

Keywords: climate change – litigation – Germany – basic law – separation of powers – principle of democracy

Schlagerwörter: Klimawandel – Litigation – Deutschland – Grundgesetz – Gewaltenteilung – Demokratieprinzip

## Inhalt

- I. Einleitung
  - A. Menschengemachter Klimawandel
  - B. Rechtsstaatlichkeit der anstehenden Transformation
  - C. Gang der Darstellung
- II. Kategorisierungskriterien für Klimaschutzklagen
  - A. Wer will?
  - B. Von wem?
  - C. Was?
  - D. Woraus?
- III. Herausforderungen für die deutsche Judikative
  - A. Instanzgerichte
  - B. Bundesverfassungsgericht
- IV. Zusammenfassung

\* Der Autor ist Professor für Verwaltungsrecht, insbesondere Regulierungs- und Infrastrukturrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam.

## I. Einleitung

### A. Menschengemachter Klimawandel

Ein starker Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur führt in eine Welt, in der sich für die Menschheit früher oder später die Existenzfrage stellt. Der Fortbestand der Art *sapiens* der Gattung *homo* ist erdzeitgeschichtlich kontingent. Ursache für den Klimawandel sind anthropogene Treibhausgas-Emissionen (THG-Emissionen), vor allem von Kohlendioxid (CO<sub>2</sub>). Diese Aussage ist wissenschaftlich hervorragend belegt.<sup>1</sup> Alle gegenteiligen Behauptungen sind es nicht. Die durchschnittliche Erdtemperatur ist bereits um mehr als ein 1°C im Vergleich zur vorindustriellen Zeit gestiegen.<sup>2</sup> Ebenso evident wie die Ursache sind trotz zeitlicher und örtlicher Unsicherheiten die Folgen. Wetterextreme werden wahrscheinlicher und stärker, die Permafrostböden tauen immer mehr auf, die meisten Gletscher und Eisschilde verlieren gravierend Masse, der globale mittlere Meeresspiegel steigt an, und die Ausdehnung des arktischen Meereises nimmt enorm ab.<sup>3</sup> Prognosen zu Kippunkten im Erdsystem verheissen nichts Gutes.<sup>4</sup> Offensichtlich sind schliesslich auch die notwendigen Gegenmassnahmen. Der Dreiklang des Übereinkommens von Paris lautet gemäss Art. 2 I nicht umsonst *mitigation, adaptation, resilience*.<sup>5</sup> Die Verankerung in einem völkerrechtlichen Vertrag spiegelt die Globalität des Problems und die Notwendigkeit weltweiter Kooperation wider.

### B. Rechtsstaatlichkeit der anstehenden Transformation

Anthropogener Klimawandel zwingt zu anthropogener THG-Neutralität, vorzugsweise zur Reduktion der THG-Konzentration in der Atmosphäre. Erforderlich sind

1 IPCC 2018b, Kap. 2, 105, <[www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15\\_Full\\_Report\\_Low\\_Res.pdf](http://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/06/SR15_Full_Report_Low_Res.pdf)>, (zuletzt aufgerufen am 28.6.2023); STEFAN RAHMSTORF & HANS JOACHIM SCHELLHUBER, *Der Klimawandel*, 9. Aufl., München 2019, 41 ff.; zu den drei Teilberichten des 6. Sachstandsberichts des IPCC NILS SCHMIDT-AHRENDTS & VIKTORIA SCHNEIDER, «Gerichtsverfahren zum Klimaschutz», 75 *Neue Juristische Wochenschrift* (2022), 3475–3481, 3476.

2 <[www.umweltbundesamt.de/daten/klima/beobachtete-kuenftig-zu-erwartende-globale#aktueller-stand-der-klimaforschung](http://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/beobachtete-kuenftig-zu-erwartende-globale#aktueller-stand-der-klimaforschung)>, (zuletzt aufgerufen am 28.06.2023); ANDREAS BUSER, «Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland», 135 *Deutsches Verwaltungsblatt* (2020), 1389–1396, 1390.

3 SCHMIDT-AHRENDTS & SCHNEIDER, *supra* Fn. 1, 3476.

4 Zu den Kippunkten im globalen Klimasystem NICO WUNDERLING, JONATHAN DONGES, JÜRGEN KURTHS & RICARDA WINKELMANN, «Interacting tipping elements increase risk of climate domino effects under global warming», in: *Earth System Dynamics*, Band 12, Nr. 2, 2021, <<https://esd.copernicus.org/articles/12/601/2021/>>, (zuletzt aufgerufen am 28.06.2023).

5 Deutsche Fassung abrufbar unter <[www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Klimaschutz/paris\\_abkommen\\_bf.pdf?adb\\_sid=3f2fa233-444b-4e87-a5c4-0277499c4be4](http://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/paris_abkommen_bf.pdf?adb_sid=3f2fa233-444b-4e87-a5c4-0277499c4be4)>, (zuletzt aufgerufen am 28.6.2023).

daher Elektrifizierung und Hydrogenisierung der Sektoren Energiewirtschaft, Industrie, Gebäude, Verkehr, Abfallwirtschaft und eine Stärkung des Sektors Landwirtschaft, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft (LULUCF).<sup>6</sup> Über *Carbon Capture and Storage* (CCS) sollte zumindest diskutiert werden. Ohne *Carbon Dioxide Removal* (CDR) ist eine Absenkung der THG-Konzentration nach 2050 höchst unwahrscheinlich.

Staat und Gesellschaft müssen eine Transformation mit dem Ziel der Dekarbonisierung durchführen bzw. durchmachen. Für die Gesellschaft, und damit für den Einzelnen, bedeutet das Veränderungen der Lebensbedingungen und der Lebensweise. Staatlicherseits, zumal in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat, sind Legislative, Gubernative, Exekutive und Judikative entsprechend ihrer Funktionsbedingungen, Aufgaben und Befugnisse verpflichtet, die Transformation zu planen, durchzuführen und durchzusetzen. Dabei gilt jedoch immer, auch Not kennt Gebot. Der Schutz des Klimas heiligt nicht jedes Mittel. Für Grundrechtseingriffe gilt das Gebot praktischer Konkordanz.<sup>7</sup>

Für die Judikative bedingt die Heterogenität der staatlichen Massnahmen und privaten Tätigkeiten eine Heterogenität der Streitgegenstände. *Die* Klimaschutzklage gibt es daher nicht. Zudem existieren in Deutschland verschiedene Gerichtsbarkeiten, deren Urteile das Bundesverfassungsgericht auf ihre Grundgesetzkonformität, ggf. auf ihre Vereinbarkeit mit der Grundrechte-Charta der Europäischen Union kontrolliert.<sup>8</sup> Für alle Gerichte, auch für das Bundesverfassungsgericht, stellt sich die Frage, ob sie angesichts der Dimension des Klimawandels und der Transformation funktional überfordert sind oder nicht. Sie müssen einen Weg finden zwischen funktionsfremdem Aktivismus und unangebrachter Zurückhaltung.

### C. Gang der Darstellung

Anhand der für zivilrechtliche Fälle üblichen Einstiegsfrage «Wer will (Anspruchsteller) was (Anspruchsinhalt, gewollte Rechtsfolge) von wem (Anspruchsgegner) woraus (Anspruchsgrundlage, gesetzliche Grundlage für das geforderte Tun oder Unterlassen)?» erfolgt ein Überblick über die Streitgegenstände. Die Reihenfolge lautet vorliegend aus Gründen der klareren Kategorisierung von Klimaschutzklagen «Wer will von wem was woraus?». Diese Kriterien sind ebenso für verwaltungsgerichtliche Klagen und für Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht aussagekräftig.

6 Die im Sektor Landwirtschaft verursachten THG-Emissionen müssen auf andere Weise sinken, z.B. durch das Halten einer deutlich geringeren Anzahl von Rindern; zur Einteilung der Sektoren siehe Anlage 1 zum KSG, die auf §§ 4, 5 KSG verweist.

7 KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 317; FRIEDHELM HUFEN, Staatsrecht II – Grundrechte, 10. Aufl., München 2023, § 9 Rn. 31.

8 BVerfGE 152, 152 und 216 – *Recht auf Vergessen I und II*.

tig. Aus den Streitgegenständen ergeben sich die Herausforderungen für die deutsche Judikative. Die Schlagworte lauten exemplarisch: mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, Interessenabwägung, Gesetzesvorbehalt, Demokratieprinzip, Gewaltenteilung und Spielräume des Gesetzgebers.

## II. Kategorisierungskriterien für Klimaschutzklagen

### A. Wer will?

Auf Klägerseite existiert eine Dichotomie. Klimaschutzklagen werden zum einen häufig, jedoch nicht ausschliesslich,<sup>9</sup> von natürlichen Personen erhoben, die sich wegen ihrer Jugend, ihres Berufs und/oder ihres Eigentums von den Folgen des Klimawandels besonders betroffen sehen, z.B. Landwirte auf der Insel Pellworm, Inhaber eines Milchviehbetriebs in Brandenburg, Obstbauern aus dem Alten Land<sup>10</sup> und Imker.<sup>11</sup> Sie mach(t)en geltend, ihre Rechte seien durch Ernteeinbussen und aufgrund der Grenzen des Hochwasserschutzes, verursacht durch Starkregen, Hagelschlag oder Hitzeperioden, ungleich stärker bedroht als die der Masse der Bevölkerung. Zum anderen sind Klimaschutzklagen oft Verbandsklagen.<sup>12</sup> Umweltverbände, z.B. BUND, DUH, Greenpeace, treten als Sachwalter der Allgemeinheit für den Schutz der Umwelt einschliesslich des Klimas ein. Beide Gruppen sind untereinander sehr gut vernetzt. Auch erfolgt die Auswahl der natürlichen Personen, die regelmässig durch die oft parallel klagenden Verbände unterstützt werden, nicht zufällig, sondern wohlüberlegt. Anders als im anglo-amerikanischen Rechtsraum ist in Deutschland strategische Prozessführung ein relativ neues Phänomen. *Climate Change Litigation* hat sich jedoch etabliert und ist ein Beispiel für *Public Interest Litigation*.<sup>13</sup> Der Grat zwischen notwendigem Sachwaltertum für die Allgemeinheit

9 LG Stuttgart, 41 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2022), 1663–1664, 1663, Geschäftsführer eines Umweltverbands.

10 VG Berlin, 39 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2020), 1289–1296; hierzu MATTHIAS RUFFERT, «Verwaltungsprozessrecht: Unzulässige Klimaschutzklage», 60 Juristische Schulung (2020), 478–480; ANNO OEXLE & THOMAS LAMMERS, «Klimapolitik vor den Verwaltungsgerichten – Herausforderungen der <climate change litigation>», 39 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2020), 1723–1727; ANDREAS BUSER, «Eine allgemeine Klimaleistungsklage vor dem VG Berlin», 39 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2020), 1253–1255.

11 LG Braunschweig, 2 Klima und Recht (2023), 88–93.

12 VGH Mannheim, 34 Zeitschrift für Umweltrecht (2023), 238–242, 238, Deutsche Umwelthilfe; VG Berlin, supra Fn. 10, 1289, Greenpeace eV.

13 Allg. zur strategischen Prozessführung LUTZ FRIEDRICH, «Gemeinwohl vor Gericht: Chancen und Risiken öffentlich-rechtlicher <Public Interest Litigation>», 74 Die Öffentliche Verwaltung (2021), 726–735; VERA STROBEL, «Strategischer Zugang zum Recht», 74 Die Öffentliche Verwaltung (2021), 1067–1074.

und übersteigertem Umweltlobbyismus ist zuweilen schmal. Umweltverbandsklagen haben die gleichen Vor- und Nachteile wie alle Verbandsklagen.<sup>14</sup>

## B. Von wem?

Eine zweite Dichotomie zeigt sich bei den Beklagten. Die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Klimaschutzklagen kommt nicht von ungefähr. Horizontale Klimaschutzklagen richten sich gegen Private, bisher – soweit ersichtlich – ausschliesslich Konzerne, z.B. RWE,<sup>15</sup> VW,<sup>16</sup> Mercedes-Benz,<sup>17</sup> BMW<sup>18</sup> und Wintershall Dea.<sup>19</sup> Denkbar wären auch Klagen gegen natürliche Personen, z.B. Nachbarn, die – noch – mit Öl oder Gas heizen,<sup>20</sup> würden aber die Frage aufwerfen, welche Menge CO<sub>2</sub>-Emissionen vernachlässigbar zur Erderwärmung beiträgt. Vertikale Klimaschutzklagen richten sich gegen Hoheitsträger, mithin gegen den Bund,<sup>21</sup> Länder,<sup>22</sup> Kommunen und die Europäische Union.<sup>23</sup>

## C. Was?

Das Ziel fast aller vor deutschen Gerichten erhobenen Klimaschutzklagen ist unabhängig vom Beklagten die Minderung von THG-Emissionen. Klagen auf Anpassungs- oder Massnahmen zur Steigerung der Resilienz gegenüber den Folgen des Klimawandels gab es – soweit ersichtlich – bisher nicht. Streitgegenstand horizontaler Klimaschutzklagen sind z.B. das Verbot des Herstellens und Inverkehrbringens von neuen Personenkraftwagen mit Verbrennungsmotoren nach 2029<sup>24</sup> oder das Verbot der Erschliessung neuer Öl- und Gasfelder. Die Streitgegenstände vertikaler Klimaschutzklagen unterscheiden sich danach, gegen welche Funktion der Staatsgewalt sie sich richten. Mit Klagen gegen die Gubernative soll die Ergänzung (Fortschreibung) bestehender Klimaschutzprogramme/-pläne oder deren erstmaliger Er-

14 Dazu allg. JOSEF RUHIG, «Verbandsklagen als Rechtsproblem», in: M.-E. Geis, M. Winkler & C. Bickenbach (Hg.), *Von der Kultur der Verfassung*, Festschrift für Friedhelm Hufen, München 2015, 625–645.

15 LG Essen, 36 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2017), 734–736; zur Berufung vor dem OLG Hamm JAN-ERIK SCHIRMER, «Klimahaftung und Kausalität – und es geht doch», 76 *JuristenZeitung* (2021), 1099–1106, 1099.

16 LG Braunschweig, supra Fn. 11, 88; LG Detmold, Urt. v. 24.2.2023, 1 O 199/21, Rn. 1, juris.

17 LG Stuttgart, supra Fn. 9, 1663.

18 LG München I, 2 *Klima und Recht* (2023), 93–96.

19 LG Kassel, bisher nicht entschieden.

20 Die Formel «Wir sind das Klima», SCHIRMER, supra Fn. 15, 1104, umfasst auch den Nachbarn.

21 BVerfGE 157, 30; VG Berlin, supra Fn. 10, 1289.

22 VGH Mannheim, supra Fn. 12, 238, gegen das Land Baden-Württemberg.

23 Case T-330/18, *Carvalho u. a./Parlament und Rat*, ECLI:EU:T:2019:324, bestätigt durch C-565/19, ECLI:EU:C:2021:252.

24 LG Stuttgart, supra Fn. 9, 1663; LG Detmold, supra Fn. 16, Rn. 11.

lass erzwungen werden.<sup>25</sup> Beispielsweise sind Klagen der DUH vor dem OVG Berlin-Brandenburg gegen die Bundesregierung auf den Erlass von Sofortprogrammen gemäss § 8 I KSG und auf Fortschreibung des Klimaschutzprogramms gemäss § 9 KSG gerichtet.<sup>26</sup> Der Rechtscharakter klimaschutzrechtlicher Programme/Pläne ist oft ungeklärt.<sup>27</sup> Jedenfalls ergehen sie nicht als Parlamentsgesetze oder Rechtsverordnungen. Prozessual handelt es sich jeweils um echte und unechte Normerlassklagen, die regelmässig als allgemeine Leistungsklagen statthaft sind.<sup>28</sup> Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht ziel(t)en entweder darauf, den zuständigen Bundes- oder Landesgesetzgeber zum Erlass bestimmter abstrakt-genereller Regelungen zu zwingen, z.B. die Einführung eines generellen Tempolimits auf Autobahnen,<sup>29</sup> erstmalig Landesklimagesetze zu verabschieden<sup>30</sup> oder darauf, festzustellen, dass geltende gesetzliche Minderungsziele sowohl zeitlich als auch quantitativ nicht ambitioniert genug sind.<sup>31</sup> Nicht auf die Minderung von THG-Emissionen, sondern auf anteilige Kostentragung für Schutzmassnahmen an seinem Grundstück in Peru zielt die Klage von Saúl Lliuya gegen RWE.<sup>32</sup> Solche Klimahaftungsklagen sind ebenfalls Klimaschutzklagen und können sowohl vertikal als auch horizontal gerichtet sein. Ein Ziel ist allen Klagen, unabhängig vom Streitgegenstand, gemeinsam. Sie sollen Aufmerksamkeit für das Thema Klimaschutz generieren, um so neben dem rechtlichen auch politisch-gesellschaftlichen Druck zu erzeugen.

#### D. Woraus?

Im Rahmen von Klimaschutzklagen wird über Rechte und Pflichten aus dem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht gestritten. Die Kläger, die das Verbot des Herstellens und des Inverkehrbringens von Neuwagen mit Verbrennungsmotoren erreichen wollen, tragen vor, dass ihnen aus §§ 1004 I, 823 I BGB analog ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch u.a. wegen Beeinträchtigung ihres Eigentums, ihres Rechts auf Erhalt treibhausbezogener Freiheiten (Mobilität, Reisen), ihres all-

25 VGH Mannheim, supra Fn. 12, 241 f., Erlass eines integrierten Energie- und Klimaschutzkonzepts nach dem KSG Baden-Württemberg.

26 Siehe <[www.duh.de/klimaklagen/klimaklagen-und-beschwerden-gegen-die-bundesregierung/](http://www.duh.de/klimaklagen/klimaklagen-und-beschwerden-gegen-die-bundesregierung/)>, (zuletzt aufgerufen am 28.06.2023).

27 VGH Mannheim, supra Fn. 12, 239.

28 VGH Mannheim, supra Fn. 12, 238.

29 BVerfG, 42 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2023), 158–159.

30 BVerfG, 75 Die Öffentliche Verwaltung (2022), 595–597.

31 BVerfGE 157, 30 (66, Rn. 40; 74, Rn. 60; 79, Rn. 71; 82, Rn. 78).

32 Abgewiesen durch LG Essen, supra Fn. 15, 734; derzeit anhängig beim OLG Hamm, 29 Zeitschrift für Umweltrecht (2018), 118, Beschluss zur Beweiserhebung über die Mitverursachung; dazu SCHMIDT-AHRENDTS & SCHNEIDER, supra Fn. 1, 3477; SCHIRMER, supra Fn. 15, 1099, dort auch zur Anspruchsgrundlage.

gemeinen Persönlichkeitsrechts und ihrer Gesundheit zusteht.<sup>33</sup> Sie behaupten damit die Verantwortlichkeit der beklagten Automobilhersteller für zukünftige Grundrechtseingriffe des Staates in diese Freiheiten, die sie durch erzwungenes Unterlassen abwenden bzw. abmildern wollen. Die vor der Verabschiedung des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) erhobene Klage gegen die Bundesregierung auf Fortschreibung des Klimaschutzprogramms stützte sich sowohl auf die Abwehr- als auch auf die Schutzdimension im Grundgesetz verankerter Grundrechte, insbesondere auf das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Art. 2 II 1 GG sowie auf die Eigentumsfreiheit in Art. 14 I GG.<sup>34</sup> Gleiches galt für die ersten unmittelbar gegen das KSG gerichteten Verfassungsbeschwerden, die dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021 zugrunde lagen.<sup>35</sup> Seit diesem Beschluss ist das Recht auf intertemporale Freiheitssicherung der zentrale Beschwerdegrund. Die altruistischen Verbandsklagen auf Fortschreibung oder Erlass von Klimaschutzprogrammen rügen einen Verstoß gegen §§ 8 I, 9 KSG und gegen die jeweiligen Vorschriften der Landes-Klimaschutzgesetze.<sup>36</sup>

### III. Herausforderungen für die deutsche Judikative

Bezüglich der Herausforderungen für die deutsche Judikative ist zwischen den Instanzgerichten (Fachgerichten) und dem Bundesverfassungsgericht zu unterscheiden.<sup>37</sup> Letzteres hat im deutschen Justizsystem eine besondere Stellung, weil bei ihm das Verwerfungsmonopol für nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze auf der Ebene des Bundes liegt.<sup>38</sup> Seine Befugnis zur Normverwerfung im Rahmen von Normenkontroll- und Verfassungsbeschwerdeverfahren ist der Sache nach negative Gesetzgebung. Die Korrektur des parlamentarischen Gesetzgebers gehört zu seinen Aufgaben. Das gilt nicht für die Instanzgerichte.

33 LG Stuttgart, *supra* Fn. 9, 1663; LG München I, *supra* Fn. 18, 93; zum Recht auf Erhalt treibhausbezogener Freiheiten SCHMIDT-AHRENDTS & SCHNEIDER, *supra* Fn. 1, 3478.

34 VG Berlin, *supra* Fn. 10, 1292.

35 BVerfGE 157, 30 (38 f., Rn. 1).

36 VGH Mannheim, *supra* Fn. 12, 238, § 6 I 1 KSG Baden-Württemberg.

37 Auch das Bundesverfassungsgericht ist ein Fachgericht, ein Fachgericht für Bundesverfassungsrecht. Daher ist die Bezeichnung Instanzgerichte treffender; allg. zu Klimaschutzklagen MICHAEL KALIS, *Justizabler Klimaschutz in Deutschland – Welche Rolle spielen Gerichte im Klimaschutz?*, Wiesbaden 2022.

38 Die Kontrolle von Landesgesetzen durch Landesverfassungsgerichte ist selten. Landesgesetze werden meistens vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen.

## A. Instanzgerichte

### 1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Das Grundgesetz unterscheidet in Art. 1 III und Art. 20 II 2 GG zwischen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. «Rechtsprechung ist (...) in ihrer Grundtypik charakterisiert durch die Aufgabe autoritativer und damit verbindlicher, verselbständigter Entscheidung in Fällen bestrittenen oder verletzten Rechts in einem besonderen Verfahren; sie dient ausschliesslich der Wahrung und mit dieser der Konkretisierung und Fortbildung des Rechts.»<sup>39</sup> Hingegen «ist Gesetzgebung Form politischer Willensbildung: grundlegende Fragen des Lebens des Gemeinwesens, die die Verfassung offen gelassen hat und die der Normierung bedürfen, sollen in allgemeinen Ordnungen oder mehr auf konkrete Sozialgestaltung gerichteten Direktiven geregelt werden».<sup>40</sup> Aufgrund dieser Unterscheidung ist das Prinzip der Gewaltenteilung für Klimaschutzklagen von grosser Bedeutung.<sup>41</sup> Gleiches gilt für das Demokratieprinzip, das «Leitprinzip der Ordnung des politischen Prozesses, in dem staatliche Gewalt geschaffen und in dem staatliche Gewalt wirksam wird».<sup>42</sup> Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip stehen somit in einem gegenseitigen Ermöglichungs- und Begrenzungszusammenhang, ohne dass das Gewaltenteilungsprinzip dem Demokratieprinzip als selbstständiger Legitimationsgrund für die Ausübung von Staatsgewalt gegenübertritt.<sup>43</sup> Rechtsprechung entfaltet «ordnende, rationalisierende und stabilisierende Wirkungen. Sie hat daher vieles mit der *Gesetzgebung gemein*.»<sup>44</sup> Ein entscheidender Unterschied ist allerdings, dass sie zwar funktional-institutionell, aber nicht organisatorisch-personell gleichermaßen demokratisch legitimiert ist.<sup>45</sup>

Aus dem skizzierten «Was?» ist ersichtlich, dass Klimaschutzklagen oft auf eine Verschärfung rechtlicher Rahmenbedingungen zielen oder auf Verbote, für die sich die Frage stellt, ob sie nicht so einschneidend sind, dass sie gesetzlich geregelt werden müssen. Gleichzeitig ist die Rechtsprechung gemäss Art. 20 II 2 GG an Gesetz und Recht gebunden. Kehrseite der durch Art. 97 I GG geschützten richterlichen Unabhängigkeit ist die Gesetzesunterworfenheit der Richter. Instanzgerichte stecken somit in einem Dilemma, wenn der Gesetzgeber aus Sicht der Kläger (noch) nicht

39 HESSE, supra Fn. 7, Rn. 548.

40 HESSE, supra Fn. 7, Rn. 503.

41 LG Braunschweig, supra Fn. 11, 90; LG Stuttgart, supra Fn. 9, 1664.

42 HESSE, supra Fn. 7, Rn. 130.

43 CHRISTOPH MÖLLERS, «Demokratie», in: M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher & K. F. Gärditz (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, 317–382, Rn. 85; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Demokratie als Verfassungsprinzip», in: J. Isensee & P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 429–496, Rn. 87.

44 HESSE, supra Fn. 7, Rn. 549, Hervorhebung im Original.

45 BÖCKENFÖRDE, supra Fn. 43, Rn. 15 f.

gehandelt hat bzw. unzureichend gehandelt hat. Eine Verpflichtung zum Erlass oder zur Änderung eines förmlichen Gesetzes scheidet aus. Dies wäre eine verfassungsrechtliche Streitigkeit.<sup>46</sup> Instanzgerichte dürfen daher auch nicht eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe in Rechte Dritter schaffen. Gesetzgebung ist Aufgabe der Parlamente. Aus diesem Grund werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur immer wieder Zweifel daran laut, ob Gerichte, zumal Instanzgerichte, zuständig sind für schwierige und weitreichende Abwägungsentscheidungen, wie sie der Klimaschutz teilweise erfordert.<sup>47</sup>

## 2. Spezielle Herausforderungen für Verwaltungsgerichte

Neben den allgemeinen Herausforderungen aus dem Prinzip der Gewaltenteilung und dem Demokratieprinzip stehen Verwaltungsgerichte daneben vor weiteren rechtswegspezifischen Herausforderungen durch vertikale Klimaschutzklagen. Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung stellt(e) sich besonders das Problem der Klagebefugnis gemäss § 42 II VwGO (Individualklagen) und § 2 I UmwRG (Verbandsklagen). Klimaschutzprogramme, die als Kabinettsbeschluss ergehen und die in keinem Gesetz vorgesehen sind, sind nur politische Absichtserklärungen ohne Aussen- und Rechtswirkung. Eine mögliche Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten scheidet daher von vornherein aus. Das VG Berlin hat auch aus diesem Grund die bei ihm eingereichte Klage als unzulässig abgewiesen.<sup>48</sup> Anders verhält es sich mit Programmen, die einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegen. Für sie besteht eine Klagebefugnis von Umweltverbänden.<sup>49</sup> Im Rahmen der Begründetheitsprüfung müssen Verwaltungsgerichte die gubernativen und administrativen Spielräume beachten.<sup>50</sup> Das gilt speziell für Klimaschutzprogramme, die zugleich Planungsinstrumente sind. Hier kann zwar eine gerichtlich durchsetzbare Pflicht zur Fortschreibung an sich bestehen. Planungen unterliegen inhaltlich aber dem Abwägungsgebot. Verwaltungsgerichten kommt jedoch kein Planungsermessen zu. Sie dürfen sich nicht an die Stelle der Behörden setzen. Entsprechende Leistungsklagen werden daher anders als Klagen auf erstmalige Verabschiedung bzw. Aufstellung grundsätzlich nicht spruchreif sein.

46 VG Berlin, supra Fn. 10, 1290.

47 MICHAEL RODI & MICHAEL KALIS, «Klimaklagen als Instrument des Klimaschutzes», 1 Klima und Recht (2022), 5–10, 8 f.; KLAUS FERDINAND GÄRDITZ, «Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzziele», 20 Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (2022), 45–74, 66 ff.

48 VG Berlin, supra Fn. 10, 1291.

49 VGH Mannheim, supra Fn. 12, 238 f.

50 VG Berlin, supra Fn. 10, 1294, in Bezug auf den Budgetansatz als Mindestmass für den Klimaschutz.

### 3. Spezielle Herausforderungen für Zivilgerichte

Nicht nur Verwaltungsgerichte müssen schwierige und weitreichende Entscheidungen treffen. Auch Zivilgerichte sehen sich durch horizontale Klimaschutzklagen vor besondere Herausforderungen gestellt. Das gilt erstens für die Kausalität von THG-Emissionen für klimawandelbedingte Folgen einschliesslich Beeinträchtigungen der Grundrechte der Kläger oder – anders formuliert – für die Störereigenschaft der beklagten Unternehmen.<sup>51</sup> Einerseits lässt sich kaum nachweisen, dass die Emissionen eines bestimmten Unternehmens für ein bestimmtes Ereignis bzw. Risiko ursächlich sind. Das gilt selbst für die Mitursächlichkeit, falls konkrete Beiträge nachgewiesen werden müssen (Problem der Isolierbarkeit von Emissionen, Summationsschäden). Klimaschutzklagen hätten dann am Masstab einer handlungsbezogenen Äquivalenz- und Adäquanzkausalität schlechte Karten («*drop in the ocean*-Argument»),<sup>52</sup> zumal dann, wenn die Handlungen rechtmässig (nicht pflichtwidrig) sind bzw. eine wirksame Genehmigung existiert, die eine Duldungspflicht begründen könnte.<sup>53</sup> Andererseits tragen alle THG-Emissionen zum Klimawandel, seinen Folgen und damit zum Zustand der Umwelt bei.<sup>54</sup> Nach der Verantwortung von Emittenten zu fragen, die für den Ausstoss besonders grosser Mengen von CO<sub>2</sub> verantwortlich sind, wie z. B. RWE, ist daher naheliegend. Die Maxime «Alle sind verantwortlich, daher ist niemand verantwortlich» wäre das Ende des Kampfes gegen den Klimawandel, weil sie ihm letztendlich auch völkerrechtlich die Grundlage nehmen würde. Das gilt zweitens für die Zurechnung von THG-Emissionen. Die Produktion von Automobilen an sich verursacht unstreitig THG-Emissionen (Scope-1-Emissionen).<sup>55</sup> Die Masse der Emissionen entsteht aber erst durch das Fahren. Sollen die Hersteller auch für diese Emissionen (Scope-3-Emissionen) verantwortlich sein, müssten die Anforderungen an die Zurechnung abgesenkt werden, weil das Dazwischentreten neuer selbstständiger Ursachen gegen eine Zurechnung spricht. Gleiches gilt für die Anforderungen an das Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht der beklagten Unternehmen. Drittens gilt zwischen Privaten nicht der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt.<sup>56</sup> Zivilgerichte fragen daher nicht danach, ob ein Eingriff in die Rechte der Kläger durch den Beklagten vorliegt. Vielmehr müssen sie auf der Grundlage der

51 Ausf. zur naturwissenschaftlichen und rechtlichen Kausalität SCHIRMER, supra Fn. 15, 1099; dazu auch FRANK FELLEBERG, «Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes – ein Zwischenstand», 41 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2022), 913–920, 920; LG Stuttgart, supra Fn. 9, 1664; VG Berlin, supra Fn. 10, 1293.

52 Für andere Anforderungen an den Nachweis der erheblichen Risikoerhöhung und den Zeitpunkt der Erkennbarkeit daher SCHIRMER, supra Fn. 15, 1103 ff., Höhe des Verursachungsbeitrags in Relation zu anderen Beiträgen.

53 FELLEBERG, supra Fn. 51, 920.

54 SCHIRMER, supra Fn. 15, 1103.

55 Zur Einteilung SCHMIDT-AHRENDTS & SCHNEIDER, supra Fn. 1, 3479.

56 LG Braunschweig, supra Fn. 11, 90, nur mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.

mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte weitreichende Entscheidungen treffen, die auf komplexen Abwägungen beruhen.<sup>57</sup> Die Klagen gegen das Herstellen und Inverkehrbringen von neuen Personenkraftwagen mit Verbrennungsmotoren sind dafür ein gutes Beispiel. Sowohl das LG Stuttgart als auch das LG Braunschweig als auch das LG München I halten die jeweiligen Klagen für zulässig, haben sie jedoch mit unterschiedlicher Argumentation als unbegründet abgewiesen.<sup>58</sup> Das LG Stuttgart hat dazu ausgeführt:

Darüber, ob und mit welchen Einschränkungen die Kläger bei einer Fortsetzung der Produktion von Verbrennungsmotoren durch die Beklagte zu rechnen haben, lässt sich keine Aussage treffen. Es kann schon nicht festgestellt werden, dass die weitere Produktion von Verbrennungsmotoren durch die Beklagte zu freiheitsbeschränkenden Massnahmen des Gesetzgebers führen wird. Die Argumentation der Kläger beruht auf der Annahme, dass die Emissionen in der Bundesrepublik auf dem jetzigen Stand bleiben und es keine Entwicklungen gibt, die zu einer Reduktion des CO<sub>2</sub>-Gehalts in der Atmosphäre oder bei anderen Emittenten führen (...). Den Gerichten obliegt es, die geltenden Gesetze unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben anzuwenden. Damit nicht vereinbar ist, wenn die Gerichte im Rahmen einer Individualklage die dem Gesetzgeber vorbehaltenen Entscheidungen an sich ziehen würden. Das Begehren der Kläger läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass dem Einzelnen das Recht eingeräumt wird, die als unzureichend erachteten gesetzlichen Regelungen im Zusammenhang mit der Einhaltung der Klimaschutzziele, insbesondere die zeitlich bis 2035 zugelassene Produktion von Verbrennungsmotoren durch die EU, im Einzelfall auf zivilrechtlichem Weg zu korrigieren. Zur Einhaltung der Klimaschutzziele bedarf es vielmehr eines Gesamtkonzeptes, das alle Bereiche des wirtschaftlichen und sozialen Lebens in der gesamten Bundesrepublik betrifft und dessen Umsetzung nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben dem demokratisch gewählten Gesetzgeber obliegt. Damit unvereinbar wäre es, dem Einzelnen unter Berufung auf sein Persönlichkeitsrecht oder die Grundrechtecharta der Europäischen Union Unterlassungsansprüche gegen einzelne Unternehmen einzuräumen.<sup>59</sup>

Es argumentiert ersichtlich mit dem Prinzip der Gewaltenteilung, dem Demokratieprinzip sowie dem Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers. Seine Ausführungen sind aber relativ abstrakt.<sup>60</sup> Im Gegensatz dazu hat das LG Braunschweig §§ 1004 I, 823 I BGB anhand der entgegenstehenden Rechtspositionen inhaltlich deutlich stärker konkretisiert:

Hinsichtlich der Frage, inwieweit durch das von Klägerseite verfolgte Begehren auch öffentliche bzw. öffentlich-rechtliche Belange tangiert werden, ist (...) herauszustellen, dass der privatrechtliche Schutz bei der Auslegung einer privatrechtlichen Norm nicht weiterreichen kann als die dem Staat auferlegten Schutzpflichten bei Implementierung der Norm und der Schutz vor Eingriffen. (...). Soweit es – wie vorliegend – um die Gewährung grundrechtlichen Schutzes im Rahmen der Auslegung privatrechtlicher Normen geht, müsste also davon auszugehen sein, dass der Staat, han-

57 Sache des Gesetzgebers, gegen die Zuständigkeit von Zivilgerichten daher RODI & KALIS, *supra* Fn. 47, 8 f.; GERHARD WAGNER, «Klimaschutz durch Gerichte», 74 *Neue Juristische Wochenschrift* (2021), 2256–2263, 2261 ff.; ALEXANDROS CHATZINERANTZIS & MARKUS APPEL, «Haftung für den Klimawandel», 72 *Neue Juristische Wochenschrift* (2019), 881–886, 886.

58 So auch das LG Detmold, *supra* Fn. 16, Rn. 40 ff.

59 LG Stuttgart, *supra* Fn. 9, 1664.

60 Dagegen SCHMIDT-AHRENDTS & SCHNEIDER, *supra* Fn. 1, 3478.

delnd durch die zivilprozessuale Urteilsfindung, seinen Pflichten zum Schutz der Grundrechte der Kläger/der Klägerin nicht hinreichend nachkommen würde. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn die zurzeit bestehenden Regelungen für Emissionen den Schutzauftrag des Staates generell oder im betreffenden Einzelfall für sich genommen nicht hinreichend gerecht würden, d.h., wenn die gesetzlichen Vorgaben unzureichend oder nicht vorhanden wären, um den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz zu gewährleisten (...). Letzteres ist hier jedoch nicht der Fall. Das BVerfG hat (...) festgestellt, dass eine Verletzung der gesetzgeberischen Schutzpflichten aus Art. 2 und Art. 14 GG vor den Gefahren des Klimawandels für in Deutschland lebende Personen ausgehend von den aktuell bestehenden bundesgesetzlichen Regelungen im Bundesklimaschutzgesetz (KSG) (...) nicht festgestellt werden kann. (...) Herausgestellt hat das BVerfG dabei insbesondere, dass die Frage danach, wie der Schutz von Eigentum, Gesundheit, Leben usw. global in Anbetracht des stattfindenden Klimawandels erreicht werden kann, grundlegend durch die Neuregelungen gewährleistet werden kann und dem Gesetzgeber im Übrigen ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum obliegt (...), der nicht durch die Erfüllung einer konkreten Massnahme eingefordert werden kann. D.h., welche Massnahmen im Einzelfall erforderlich sind, um den grundrechtlichen Schutzpflichten gerecht zu werden, und wie der Schutz dieser Positionen diese durch Lenkung aller relevanten Emissionssektoren erreicht und bewahrt werden kann, unterliegt angesichts verschiedener Möglichkeiten zur Umsetzung der Wertung des Gesetzgebers.<sup>61</sup>

Es macht für sein Ergebnis die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte fruchtbar. Der Einfluss der Grundrechte im Zivilrecht reicht dabei nicht weiter als die verfassungsrechtlich begründete Schutzpflicht des Gesetzgebers. Eine zivilgerichtlich durchsetzbare Schutzpflicht bestünde nur dann, wenn der Staat insgesamt seinen Schutzauftrag verletzt hätte. Genau das hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 24. März 2021 aber nicht festgestellt. Aus der Gesetzmässigkeit folgt aus diesem Grund eine Duldungspflicht im Privatrecht.<sup>62</sup> Das LG Braunschweig hat damit wie das LG Stuttgart auf die öffentlich-rechtlichen Massstäbe für den Klimaschutz abgestellt, aber nicht staatsorganisationsrechtlich, sondern grundrechtlich argumentiert und die sich gegenüberstehenden Rechtspositionen abgewogen.<sup>63</sup> Das LG München I hat beide Argumentationsstränge miteinander verknüpft.<sup>64</sup> Alle drei Entscheidungen beruhen letztendlich auf der Erwägung, dass angesichts der Tragweite der Begehren von den Unternehmen zivilrechtlich nicht verlangt werden könne, etwas zu unterlassen, was ihnen verfassungs- und verwaltungsrechtlich erlaubt ist. Insbesondere die Abwägung der widerstreitenden grundrechtlichen Positionen verweist ins Verfassungsrecht und auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

61 LG Braunschweig, supra Fn. 11, 91 f.

62 LG Braunschweig, supra Fn. 11, 89 ff. Abwägung der Interessen mit Erwägungen zum Verhältnis zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht, zur Rechtmässigkeit des Handelns und zur Rechtswidrigkeit eines Zustands; ähnl. FELLEBERG, supra Fn. 51, 920.

63 Für die Notwendigkeit einer Abwägung SCHMIDT-AHRENDTS & SCHNEIDER, supra Fn. 1, 3479.

64 LG München I, supra Fn. 18, 94 f.

## B. Bundesverfassungsgericht

### 1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen betreffen häufig «den verfassungsrechtlich geordneten Bereich politischer Einheitsbildung, politischer Gesamtleitung und politischer Willensbildung».<sup>65</sup> Damit ist ein erstes Problem der Institution aufgezeigt, seine Nähe zur Gesetzgebung und sein Verhältnis zur Politik.<sup>66</sup> Streitgegenstände sind oft hoch politisch, müssen jedoch in Form und Inhalt juristisch entschieden werden und wirken dergestalt wieder zurück in den gesellschaftlichen Raum. Das Bundesverfassungsgericht kontrolliert im Rahmen seiner Zuständigkeit auch die Gesetzgebung und rügt diesbezügliches Unterlassen. Gesetzgeberisch gestaltend tätig zu werden, verbietet ihm jedoch das Prinzip der Gewaltenteilung. Daneben kommt dem Gericht auch deswegen eine besondere Stellung zu, weil jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein, Verfassungsbeschwerde erheben kann. Es ist aber nach dem Grundgesetz weder Superrevisionsinstanz noch soll es grundsätzlich über Details gesetzlich normierter Lebensbereiche entscheiden.<sup>67</sup> Seine Kontrolle instanzgerichtlicher Entscheidungen ist darauf beschränkt, ob Gerichte übersehen, «dass ihre Entscheidung Grundrechte berührt, wenn sie Bedeutung und Tragweite von Grundrechten nicht hinreichend berücksichtigen oder wenn sie sonst aus sachfremden und damit aus objektiv willkürlichen Gründen entscheiden».<sup>68</sup> Mitunter erliegt es jedoch der Versuchung, diese Grenzen zu überschreiten, weswegen es schon als «Amtsgericht der Nation» bezeichnet wurde.<sup>69</sup>

Urteilsverfassungsbeschwerden führen dazu, dass das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur Instanzgerichtsbarkeit zuweilen spannungsgeladen ist. Bisher wurde keine Klimaschutzklage letztinstanzlich abweisend beschieden. Sollte es dazu kommen, insbesondere durch den Bundesgerichtshof im Fall der Klagen gegen Automobilhersteller, bleibt abzuwarten, wie sich das Bundesverfassungsgericht zu den dann erwartbaren Urteilsverfassungsbeschwerden verhält. Spannungsgeladen ist zuweilen auch das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zur ersten und zur zweiten Gewalt. Sein durch seine Zuständigkeiten und seine Funktionen begründeter Doppelstatus als Gericht und Verfassungsorgan bringt dem Bundesverfassungsgericht

65 HESSE, supra Fn. 7, Rn. 669.

66 Ausf. KLAUS JOACHIM GRIGOLEIT, *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage*, Tübingen 2004, 64 ff.; CHRISTOPH GUSY, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1985, 41 ff.

67 HESSE, supra Fn. 7, Rn. 669.

68 BVerfGE 156, 63 (169, Rn. 356); ähnl. BVerfGE 89, 1 (10).

69 MATTHIAS JAHN, «Stürmt Karlsruhe die Bastille? – Das Bundesverfassungsgericht und die überlange Untersuchungshaft», 59 *Neue Juristische Wochenschrift* (2006), 652–654, 653.

immer wieder den Vorwurf ein, Politik im Gewand des Rechts zu betreiben.<sup>70</sup> Da eine Verfassung, für das Grundgesetz gilt das in besonderem Masse,<sup>71</sup> immer auch «rechtlich geronnene politische Geschichte» ist, kann das Bundesverfassungsgericht diesem Vorwurf kaum ausweichen, sondern nur dadurch begegnen, dass es sowohl das Prinzip der Gewaltenteilung als auch das Demokratieprinzip, wie sie im Grundgesetz normiert sind, zur Geltung bringt. Dazu bedient es sich verschiedener Entscheidungsformen und Argumentationsfiguren. Zu den Entscheidungsformen zählen die Unvereinbarkeitserklärung und die Erklärung einer temporären Anwendbarkeit,<sup>72</sup> zu den Argumentationsfiguren der Gestaltungsspielraum, die Einschätzungsprärogative und – erstmalig und bisher einmalig im Klimabeschluss – die Konkretisierungsprärogative des Gesetzgebers.<sup>73</sup> Eine *political-question*-Doktrin kennt das deutsche Verfassungsrecht nicht.

## 2. Spezielle Herausforderungen für das Bundesverfassungsgericht

Die Herausforderungen, die der Klimawandel und das Problem des Klimaschutzes für das Bundesverfassungsgericht bereithalten, lassen sich instruktiv am Klimabeschluss vom 24. März 2021 darstellen.<sup>74</sup> Der Entscheidung lagen mehrere Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen das KSG zugrunde. Das Gericht musste in einem ersten Schritt darüber befinden, wer angesichts der *globalen Dimension* des Klimawandels beschwerdebefugt ist, in einem zweiten Schritt dann darüber, ob insbesondere §§ 3 I 2, 4 I 3 KSG i. V. mit Anlage 2 in ihrer ursprünglichen Fassung materiell verfassungsgemäss oder zu unambitioniert waren. Hierfür hat es nicht nur etablierte Kontrollmassstäbe herangezogen bzw. konkretisiert, sondern wegen der auch *zeitlichen Dimension* des Klimawandels einen neuen Prüfungsmassstab entwickelt. Wie in kaum einer Entscheidung zuvor stützt sich das Gericht hierfür auf wissenschaftliche Aussagen zu den Ursachen und Folgen des Klimawandels. Dessen

70 Zu diesem Vorwurf WINFRIED HASSEMER, «Politik aus Karlsruhe?», 63 *JuristenZeitung* (2008), 1–10; ausdrücklich für den Klimabeschluss ANDREAS HARATSCH, «Intertemporale Freiheitssicherung und Grundrechtsgefährdungsbeschwerde – Karlsruher Klimaschutzpolitik», in: M. D. Cole, S. Schiedermaier & E. E. Wagner (Hg.), *Die Entfaltung von Freiheit im Rahmen des Rechts*, Festschrift für Dieter Dörr, Heidelberg 2022, 153–166, 165 f., «aktionistische[r] Übergreif in das Politische»; zum verfassungsrechtlichen Status GERD ROELLECKE, «Das Bundesverfassungsgericht», in: J. Isensee & P. Kirchhof (Hg.), *HStR III*, 3. Aufl., Heidelberg 2005, 1201–1232, Rn. 15 ff.

71 Das Grundgesetz als Gegenentwurf zur nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft, BVerfGE 124, 300 (327 ff.), *Wunsiedel*.

72 BVerfGE 128, 326 (404).

73 BVerfGE 157, 30.

74 Eine weitere Verfassungsbeschwerde gegen das als Reaktion auf den Klimabeschluss novellierte KSG wurde bereits eingelegt <[www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/deutsche-umwelt-hilfe-reicht-mit-kindern-und-jungen-erwachsenen-beschwerde-vor-dem-bundesverfassungsg/](http://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/deutsche-umwelt-hilfe-reicht-mit-kindern-und-jungen-erwachsenen-beschwerde-vor-dem-bundesverfassungsg/)>, (zuletzt aufgerufen am 28.06.2023).

Existenz und anthropogene Verursachung stehen für das Gericht ausser Frage.<sup>75</sup> Gerade deswegen musste es aber zudem die *wissenschaftliche Dimension* des Klimawandels bewältigen.<sup>76</sup>

a) Beschwerdebefugnis

Im Unterschied zum VG Berlin,<sup>77</sup> vor allem jedoch gänzlich anders als das EuG und der EuGH in ihrer Rechtsprechung zu Art. 263 IV AEUV,<sup>78</sup> hat das Gericht die Anforderungen an die Beschwerdebefugnis sehr niedrig gehalten, so niedrig, dass der Vorwurf der Popularbeschwerde im Raum steht.<sup>79</sup> Als betroffene Grundrechte kommen aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts Art. 2 II 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) und Art. 14 I GG (Eigentumsfreiheit) in Betracht, jeweils wegen einer möglichen Verletzung gesetzgeberischer Schutzpflichten. Ausserdem könne eine verfassungswidrige Gefährdung der grundrechtlich umfassend geschützten Freiheit der Beschwerdeführer vorliegen.<sup>80</sup> Die auf der grundrechtlichen Schutzpflicht beruhende Beschwerdebefugnis gilt ausdrücklich auch für Menschen im Ausland.<sup>81</sup> Auch die für die Beschwerdebefugnis notwendige gegenwärtige, eigene und unmittelbare Betroffenheit der Beschwerdeführer war nach Auffassung des Gerichts gegeben.<sup>82</sup> Für die grosszügige Handhabung speziell des Erfordernisses einer schon gegenwärtigen Beeinträchtigung ist das Gericht teilweise stark kritisiert worden.<sup>83</sup>

b) Reichweite grundrechtlicher Schutzpflichten

Seit der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen ist geklärt, dass Grundrechte nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat sind, sondern der Staat auch verpflichtet ist, sich schüt-

75 BVerfGE 157, 30 (50 ff., Rn. 16 ff.).

76 Teilweise anders RIKE SINDER, «Anthropozänes Verfassungsrecht als Antwort auf den anthropogenen Klimawandel», 76 JuristenZeitung (2021), 1078–1087, 1081 ff., Raum, Zeit und Risiko als verfassungsrechtliche Prüfsteine.

77 VG Berlin, supra Fn. 10, 1293, Kläger nicht anders betroffen als die Allgemeinheit, anders nur die Inhaber der landwirtschaftlichen Betriebe.

78 Case T-330/18, *Carvalho u. a./Parlament und Rat*, ECLI:EU:T:2019:324, Rn. 54; bestätigt durch C-565/19, ECLI:EU:C:2021:252, Rn. 50.

79 HARATSCH, supra Fn. 70, 161, spricht von einer «Grundrechtsgefährdungsbeschwerde»; diesen Vorwurf antizipierend BVerfGE 157, 30 (94, Rn. 110).

80 BVerfGE 157, 30 (90, Rn. 96).

81 BVerfGE 157, 30 (91 f., Rn. 101), dies gilt jedoch nicht für die Gefahr künftiger Freiheitsbeschränkungen (106, Rn. 132), weil sie nicht der deutschen Gesetzgebung unterworfen sind.

82 BVerfGE 157, 30 (93 ff., Rn. 108 ff., Möglichkeit einer Schutzpflichtverletzung; 105 ff., Rn. 129 ff., Gefahr künftiger Freiheitsbeschränkungen).

83 HARATSCH, supra Fn. 70, 162.

zend und fördernd vor die Grundrechte zu stellen.<sup>84</sup> Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit sowie der Schutz des Eigentums schliessen den Schutz vor Beeinträchtigungen durch Umweltbelastungen ein. Das gilt auch für Gefahren, die der Klimawandel verursacht.<sup>85</sup> «Ob, wann und mit welchem Inhalt sich eine (...) [Schutzpflicht ergibt], hängt von der Art, der Nähe, und dem Ausmass möglicher Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts sowie von den schon vorhandenen Regelungen ab.»<sup>86</sup> Das Untermassverbot fungiert dabei als einheitlicher Kontrollmassstab, die Kontrolldichte hängt vom betroffenen Sachbereich ab.<sup>87</sup> Anders als von den Beschwerdeführern vorgetragen, vermochte das Gericht jedenfalls derzeit keine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten durch §§ 3 I 2, 4 I 3 KSG i. V. mit Anlage 2 zu erkennen.

Das Bundesverfassungsgericht stellt die Verletzung einer Schutzpflicht [nur] dann fest, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Massnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (...) Dies ist hier im Ergebnis nicht der Fall.<sup>88</sup>

Angesichts der erheblichen Unsicherheit, die der IPCC selbst durch die Angabe von Spannbreiten und Ungewissheiten dokumentiert hat, bleibt dem Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflicht derzeit noch ein erheblicher Entscheidungsspielraum, zumal er die Erfordernisse des Gesundheitsschutzes auch mit entgegenstehenden Belangen in Einklang zu bringen hat.<sup>89</sup>

Damit blieb das Gericht bei seiner ausserhalb des Schutzes des ungeborenen Lebens grosszügigen Rechtsprechung zur Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten durch den Gesetzgeber und hätte im Übrigen die Prüfung der Begründetheit mit diesen Erwägungen auch abschliessen können. Ersichtlich wollte es das aber nicht, sondern vielmehr Art. 20a GG für die Entscheidung fruchtbar machen.<sup>90</sup>

84 BVerfGE 39, 1 (42).

85 BVerfGE 157, 30 (91, Rn. 99, 111, Rn. 144.).

86 BVerfGE 49, 89 (142).

87 CHRISTIAN BICKENBACH, «Klimaschutzgesetzgebung zwischen lokalen Verfassungsbindungen und globalen Kippunkten», in: M. D. Cole, S. Schiedermaier & E. E. Wagner (Hg.), Die Entfaltung von Freiheit im Rahmen des Rechts, Festschrift für Dieter Dörr, Heidelberg 2022, 135–152, 143.

88 BVerfGE 157, 30 (114, Rn. 152 f.).

89 BVerfGE 157, 30 (118, Rn. 162); siehe auch BVerfGE 157, 30 (123, Rn. 171), dort für Art. 14 I GG und BVerfGE 157, 30 (124 ff. Rn. 173 ff.), Schutzpflicht gegenüber im Ausland lebenden Menschen; allg. zum Einschätzungsspielraum bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten CHRISTIAN BICKENBACH, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, Tübingen 2014, 396 ff.

90 Krit. zur Argumentationsstruktur der Entscheidungsgründe OLIVER LEPSTUS, «Nachweltschutz und Langzeitverantwortung im Verfassungsrecht», in: H. Dreier (Hg.), Repräsentation und Legitimität im Verfassungs- und Umweltstaat, Berlin 2022, 37–75, 65 ff.

c) Konkretisierung von Art. 20a GG

Der Schutzauftrag des Art. 20a GG für die Umwelt umfasst unstreitig den Klimaschutz und zielt auf die Herstellung von Klimaneutralität durch den Staat.<sup>91</sup> Als Staatszielbestimmung handelt es sich jedoch um eine rein objektiv-rechtliche Vorschrift.<sup>92</sup> Daher kann eine Verfassungsbeschwerde nicht allein auf Art. 20a GG gestützt werden. Trotzdem kommt der Vorschrift eine herausragende Bedeutung zu, weil das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Prüfung des intertemporalen Freiheitsschutzes §§ 3 I 2, 4 I 3 KSG auch auf ihre Vereinbarkeit mit objektivem Verfassungsrecht kontrolliert. Sie ist das Scharnier, das die Abwehrfunktion des intertemporalen Freiheitsschutzes mit den bestehenden Klimaschutzziele verbindet.<sup>93</sup> Zur Konkretisierung des inhaltlich unbestimmten Art. 20a GG zieht das Bundesverfassungsgericht die im KSG in Übereinstimmung mit dem Übereinkommen von Paris festgelegten Temperaturziele heran, aus denen sich trotz einiger Unsicherheiten ein CO<sub>2</sub>-Restbudget ergibt, das der Gesetzgeber am Massstab des im Klimabeschluss erstmals postulierten Grundrechts auf intertemporale Freiheitsicherung verhältnismässig über die Zeit verteilen muss. Das Problem bei dieser Operationalisierung von Art. 20a GG liegt erstens darin, dass weder im Übereinkommen von Paris noch im Recht der Europäischen Union ein solches Restbudget festgeschrieben wurde, zweitens, dass es keinen verbindlichen Verteilungsmassstab des weltweiten Restbudgets auf die einzelnen Staaten gibt, und drittens, dass vollkommen unklar ist, was passieren soll, sobald das nationale Restbudget aufgebraucht ist.

d) Intertemporale Freiheitssicherung

Eine Grundrechtsverletzung durch §§ 3 I 2, 4 I 3 KSG i. V. mit Anlage 2 sah das Gericht darin, dass der Gesetzgeber «keine ausreichenden Vorkehrungen getroffen hat, die – wegen der gesetzlich bis 2030 zugelassenen Emissionen in späteren Zeiträumen möglicherweise sehr hohen – Emissionsminderungspflichten grundrechtsschonend zu bewältigen».<sup>94</sup> Diesem Ergebnis liegt die Auffassung zugrunde, dass die Abwehrfunktion der im Grundgesetz normierten Grundrechte – im Zweifelsfall die durch Art. 2 I GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit – eine freiheitsschützende Vorwirkung entfaltet. Eingriffe in diese intertemporale Freiheitsdimension, der Sache nach Grundrechtsgefährdungen, sind wie alle anderen Eingriffe rechtfertigungsbedürftig. Die Rechtfertigung erfolgt am Massstab des Art. 20a GG und des Verhältnismässigkeitsprinzips. Einerseits verlangt das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber «nur» einen Ausgleich zwischen der Wahrnehmung von Frei-

91 BVerfGE, 157, 30 (139, Rn. 198).

92 BVerfGE 157, 30 (95, Rn. 112).

93 SINDER, *supra* Fn. 76, 1080.

94 BVerfGE 157, 30 (130, Rn. 182).

heitsrechten über die Zeit.<sup>95</sup> Erst ein unverhältnismässiges Verschieben der wegen der bereits jetzt absehbaren Folgen des Klimawandels unabweisbaren Grundrechtseingriffe in die Zukunft verstösst gegen das Grundgesetz. Andererseits bedingt die Logik eines CO<sub>2</sub>-Restbudgets einem immer geringeren Spielraum des nationalen Gesetzgebers, obwohl dieser die durch Art. 20a GG geforderte Klimaneutralität nicht allein, sondern nur durch internationale Zusammenarbeit verwirklichen kann.

e) Bewertung

Striktes Klimaschutzverfassungsrecht stärkt den Kampf gegen den Klimawandel.<sup>96</sup> Verfassungsprozessrechtlich und grundrechtsdogmatisch überzeugt der Klimabeschluss vom 24. März 2021 trotzdem nur teilweise. Das gilt speziell für die Formulierung eines intertemporalen Freiheitsschutzes auf der Basis der Abwehrfunktion der Grundrechte. Weder vermag das Gericht eine Zuordnung zu bestimmten sachlichen Schutzbereichen vorzunehmen noch die Eingriffsschwelle zeitlich, örtlich und inhaltlich zu bestimmen. An diese Stelle tritt vielmehr eine diffuse Grundrechtsbeeinträchtigung.<sup>97</sup> Die zurückhaltende Bewertung des Beschlusses deckt sich mit vielen Besprechungen. Die Resonanz in der Rechtswissenschaft ist bei Weitem nicht so zustimmend, wie dies gemeinhin vielleicht angenommen wird.<sup>98</sup> Der Tenor des Beschlusses ist unproblematisch, seine Gründe aber haben das Potenzial, das Prinzip der Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip stark – vielleicht zu stark – zu strapazieren. Der auf Grundlage des CO<sub>2</sub>-Restbudgets eingeschlagene Konkretisierungspfad für Art. 20a GG ist getragen vom Vertrauen in die gesellschaftlich-parlamentarische Einsicht der Notwendigkeit auch schwerer Grundrechtseingriffe sowie von der Hoffnung auf die zeitnahe Entwicklung und Marktreife leistungsfähiger klimaneutraler Technik. Die in Deutschland im Zuge der Reform des Gebäudeenergiegesetzes geführte Diskussion darüber, welche Heizungen zukünftig eingebaut

95 BVerfGE 157, 30 (135, Rn. 192).

96 Zum Klimaverfassungsrecht WOLFGANG KAHL, «Klimaschutz und Grundrechte», 43 Juristische Ausbildung (2021), 117–129.

97 HARATSCH, *supra* Fn. 70, 157.

98 Überwiegend zustimmend z.B. SABINE SCHLACKE, «Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung», 40 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2021), 912–917, 914; KURT FASSBENDER, «Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen», 74 Neue Juristische Wochenschrift (2021), 2085–2091, 2088; JOACHIM WIELAND, «Die Klimaklagen vor dem Bundesverfassungsgericht als Beispiel für strategische Prozessführung», in: M. D. Cole, S. Schiedermaier & E. E. Wagner (Hg.), Die Entfaltung von Freiheit im Rahmens des Rechts, Festschrift für Dieter Dörr, Heidelberg 2022, 167–177, 177; krit. hingegen z.B. MONIKA POLZIN, «Menschenrechtliche Klimaklagen: Kreative Justiz und überforderte Grundrechte», 74 Die Öffentliche Verwaltung (2021), 1089–1099, 1098 f.; RÜDIGER BREUER, «Klimaschutz durch Gerichte? Kritische Anmerkungen zum verfassungsgerichtlichen Entscheidungszugriff», 41 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2022), 1233–1241, 1234 ff.; HARATSCH, *supra* Fn. 70, 166; zu überschwänglich daher SCHMIDT-AHRENDTS & SCHNEIDER, *supra* Fn. 1, 3476, «allseits als epochal» empfunden.

bzw. wie lange vorhandene Anlagen noch betrieben werden dürfen, lässt an diesem Optimismus zweifeln.

Fraglos ist der Klimabeschluss vom 24. März 2021 wegweisend.<sup>99</sup> Fraglich ist aber, ob er dem Klimaschutz einen grundrechtsdogmatisch gangbaren Weg weist oder einen Irrweg, weil die Staatsgewalt nicht von physikalischen Zusammenhängen, selbst wenn sie evident sind, ausgeht, sondern vom Volk. Eine Demokratie ist keine Faktokratie. Rationale Gesetzgebung basiert auf Tatsachen, folgt aber dem Modus der Abwägung. Die Logik eines CO<sub>2</sub>-Restbudgets verengt staatliche Gestaltungsspielräume einschliesslich der Abwägungsspielräume des Gesetzgebers immer weiter.<sup>100</sup> Damit schrumpfen zugleich politisch-gesellschaftliche Diskursräume, was einer Demokratie schadet.<sup>101</sup> Sollten die Gesetzgebungsorgane an der Konkretisierung des Klimaschutzverfassungsrechts scheitern, müsste das Bundesverfassungsgericht die für die Reduktion der THG-Emissionen notwendigen Abwägungen entweder selbst vornehmen, was nicht seine Aufgabe wäre, oder dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung attestieren, nach dem Verbrauch des CO<sub>2</sub>-Restbudgets dauerhaft gegen das Grundgesetz zu verstossen. Hierdurch würde es jedoch nicht nur das Vertrauen in Verfassungsorgane schwächen, sondern die normative Kraft des Grundgesetzes insgesamt. Diese erwächst auch aus dem Umstand, dass die Verfassung der Wirklichkeit ihrer Zeit entspricht. Einem Verfassungsinhalt, der an der Realität vorbeigeht, fehlt die Realisierungsmöglichkeit.<sup>102</sup> Sollten die weltweiten Bemühungen, die im Übereinkommen von Paris festgelegten Temperaturziele einzuhalten, fehlschlagen, müsste das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber vielmehr gestatten, eine gesetzliche Konkretisierung auf der Basis höherer Temperaturziele vorzunehmen.<sup>103</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Klimaschutzklagen werden in Deutschland strategisch geführt, oft von natürlichen Personen jüngerer Alters mit Unterstützung durch Umweltverbände oder den Umweltverbänden selbst. Vertreten werden die Kläger regelmässig von wenigen spezialisierten Kanzleien. Derzeit laufen eine Reihe von Prozessen vor Instanzgerichten, teilweise sind bereits (nicht rechtskräftige) Urteile ergangen, anderswo stehen erste Entscheidungen noch aus.<sup>104</sup> Haben die Klagen nach Erschöpfung des Rechtswegs

99 SINDER, *supra* Fn. 76, 1081.

100 CHRISTIAN BICKENBACH, «Staatlicher Klimaschutz unter CO<sub>2</sub>-Budgetvorbehalt?», 75 Die Öffentliche Verwaltung (2022), 561–569, 566 ff., Gefahr der Freiheitsstrangulierung.

101 Zur notwendigen Politisierbarkeit von Wissen LAURA MÜNKLER, *Expertokratie*, Tübingen 2020, 468 ff.

102 HESSE, *supra* Fn. 7, Rn. 43.

103 Zur Begründungsbedürftigkeit eines solchen Rückschritts BVerfGE 157, 30 (148, Rn. 212).

104 LG Kassel, Wintershall Dea.

nicht das gewünschte Ergebnis, folgen sehr wahrscheinlich Urteilsverfassungsbeschwerden. Eine weitere Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegen das KSG ist bereits erhoben worden.<sup>105</sup> Nimmt das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung an oder haben sie nur teilweise Erfolg, bleibt die Möglichkeit, den EGMR anzurufen.<sup>106</sup>

Klimaschutzklagen bedeuten für die Kläger und ihre Unterstützer eine Win-win-Situation. Werden die Beklagten antragsgemäss verurteilt, ist das rechtliche Prozessziel erreicht, und der Klimawandel erfährt mediale Aufmerksamkeit. Wird die Klage ganz oder teilweise abgewiesen, bleibt die Berichterstattung als politisches Prozessziel, die durch Rechtsmittel und neue Klagen aufrechterhalten bzw. wieder erzeugt werden kann. Sie ist gleichbedeutend mit gesellschaftlichem Druck auf die Entscheidungsträger in der Legislative, Gubernative, Exekutive und Judikative sowie auf die beklagten Unternehmen. Bereits aus diesem Grund wird es absehbar weitere Klagen und Verfassungsbeschwerden geben.

Klimaschutzklagen führen die rechtsprechende Gewalt teilweise an ihre funktionalen Grenzen. Verwaltungs- und Zivilgerichte sind an vorhandene Gesetze gebunden. Soweit sich hieraus Ansprüche gegen die Gubernative, Exekutive oder Unternehmen ergeben, müssen die Gerichte antragsgemäss verurteilen. Richterliche Rechtsfortbildung ist jedoch durch die juristische Methodik limitiert,<sup>107</sup> die die rechtsgewinnungstheoretische Kehrseite der funktionalen Grenzen ist. Das Bundesverfassungsgericht ist davon nicht ausgenommen. Der Klimabeschluss vom 24. März 2021 hat mit der Kreation eines Grundrechts auf intertemporalen Freiheitsschutz Erwartungen geweckt, die den Keim der Enttäuschung in sich tragen, speziell wegen der globalen Dimension des Klimawandels. Was die Legislative nicht wirklichkeitsgerecht regeln kann, kann auch die Judikative nicht durchsetzen.

Klimaschutzklagen sind kein undemokratisches Mittel. Auch die Judikative ist demokratisch legitimiert.<sup>108</sup> Die Kläger und ihre Anwälte nutzen die rechtlichen Möglichkeiten, die sie vorfinden.<sup>109</sup> Sie spielen den Rechtsstaat nicht gegen die Demokratie aus. Kreativität ist eine juristische Tugend. Die Staatsgewalt ist jedoch durch Art. 1 III GG sowie Art. 20 II 2 GG nicht nur limitiert, sondern ihre Ausübung ist auch auf unterschiedliche Organe verteilt. Gerichte, auch das Bundesver-

105 <[www.duh.de/fileadmin/user\\_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Verfassungsbeschwerde\\_II\\_KSG\\_Bund\\_geschw%C3%A4rzt.pdf](http://www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Verfassungsbeschwerde_II_KSG_Bund_geschw%C3%A4rzt.pdf)>, (zuletzt abgerufen am 28.06.2023).

106 Auf Unionsebene ist der People's Climate Case an der Plaumann-Formel gescheitert, Case T-330/18, *Carvalho u. a./Parlament und Rat*, ECLI:EU:T:2019:324, Rn. 54; bestätigt durch C-565/19, ECLI:EU:C:2021:252, Rn. 50; hierzu GERD WINTER, «Armando Carvalho et alii versus Europäische Union: Rechtsdogmatische und staatstheoretische Probleme einer Klimaklage vor dem Europäischen Gericht», 30 Zeitschrift für Umweltrecht (2019), 259–271.

107 LG Stuttgart, supra Fn. 9, 1664.

108 Allg. zu Formen demokratischer Legitimation BÖCKENFÖRDE, supra Fn. 43, Rn. 14 ff.

109 MEIK THÖNE, «Klimaschutz durch Haftungsrecht – vier Problemkreise», 33 Zeitschrift für Umweltrecht (2022), 323–333, 332.

fassungsgericht mit seiner Doppelstellung als Gericht und Verfassungsorgan, müssen daher die auf der Gewaltenteilung beruhenden Gestaltungsspielräume und Einschätzungsprärogativen der an der Gesetzgebung beteiligten Organe beachten.<sup>110</sup> Unabhängige Gerichte sind für einen Rechtsstaat unerlässlich, dürfen aber nicht in einen Richterstaat münden.<sup>111</sup> Augenmass ist ebenfalls eine juristische Tugend, für Richter jedoch zugleich eine Pflicht.

110 Für den Klimaschutz explizit BVerfGE 157, 30 (119, Rn. 163 und 145, Rn. 208).

111 Hierzu allg. BERND RÜTHERS, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl., Tübingen 2016.



# Klimaklagen vor den Gerichten der EU: Der «People’s Climate»-Fall und Luxemburger «judicial self-restraint»

Andreas Th. Müller\*

To the disappointment of many, in the so-called «People Climate’s» case, the Court of Justice of the European Union (CJEU) failed to pronounce itself in more detail on the implications of climate change in the context of EU law and, in particular, EU fundamental rights. Instead, it interpreted the admissibility requirement of individual concern for direct actions by natural and legal persons enshrined in Article 263(4) TFEU narrowly, pursuant to the so-called «Plaumann formula», and declared inadmissible the «climate action» that the applicants had introduced against various measures of the EU legislator that were perceived by them as being too unambitious. This raises the question of the reasons for the CJEU’s «judicial self-restraint», especially in comparison to the restraint manifested by the Swiss Federal Supreme Court in its recent decision regarding the «KlimaSeniorinnen» (climate seniors). While the latter case is primarily about the horizontal division of powers between courts and legislature, the former concerns the vertical division of labour between the central EU jurisdiction, i.e., the CJEU, and the national courts as decentralised «ordinary courts within the EU legal order».

Keywords: CJEU – climate actions – climate change – action for annulment – *Plaumann* formula

Schlagwörter: EuGH – Klimaklagen – Klimawandel – Nichtigkeitsklage – *Plaumann*-Formel

## Inhalt

- I. Einleitung
- II. Der «People’s Climate»-Fall
  - A. Verfahren vor dem Gericht
  - B. Verfahren vor dem Gerichtshof
- III. Die «Plaumann-Formel» als Flaschenhals des Zulässigkeitsregimes für Direktklagen natürlicher und juristischer Personen vor dem EuGH
  - A. Geschichte und *ratio* der *Plaumann*-Formel
  - B. Anwendung der *Plaumann*-Formel im «People’s Climate»-Fall
- IV. Ambivalenz des «judicial self-restraint» auf EU-Ebene
  - A. EU- vs. Schweizer Version des «judicial self-restraint»
  - B. Tragfähigkeit der Gleichwertigkeitsprämisse
  - C. Vorschläge für alternative oder komplementäre Filter
- V. Fazit

\* Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale) ist Professor für Europarecht, Völkerrecht und Menschenrechte, Universität Basel. Für die Unterstützung bei der Dokumentierung des vorliegenden Beitrages dankt der Verfasser herzlich Frau Joana Mösch MLaw.

## I. Einleitung

Klimaklagen sind derzeit in aller Munde. Von den zahlreichen einschlägigen Verfahren auf nationaler Ebene abgesehen,<sup>1</sup> wenden sich auch überstaatliche Gerichte und gerichtsähnliche Gremien zunehmend den Fragen des Klimawandels zu. Diesbezüglich sei lediglich auf den Internationalen Gerichtshof,<sup>2</sup> den Internationalen Seegerichtshof,<sup>3</sup> den UN-Menschenrechtsausschuss<sup>4</sup> sowie den UN-Kinderrechtsausschuss<sup>5</sup> verwiesen. Auch vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sind derzeit eine Reihe von entsprechenden Fällen hängig, namentlich die Beschwerden mehrerer portugiesischer Kinder und Jugendlicher<sup>6</sup> sowie der Schweizer KlimaSeniorinnen.<sup>7</sup>

Während sich verschiedene Spruchkörper schon inhaltlich mit dem Klimawandel und seinen (grund- und menschen-)rechtlichen Implikationen auseinandergesetzt haben,<sup>8</sup> steht die ansonsten für ihren judiziellen Aktivismus ebenso berühmte wie berüchtigte EU-Gerichtsbarkeit bislang eigentümlich abseits. In diesem Zusammenhang ist gleich eingangs klarzustellen, dass im vorliegenden Beitrag unter «EU-Gerichten» lediglich die zentrale EU-Gerichtsbarkeit in Gestalt des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) in Luxemburg (Artikel 19 Absatz 1 EUV) verstanden wird, nicht aber die Gerichte in den EU-Mitgliedstaaten, die, insoweit sie Unionsrecht anwenden, als «juges de droit commun de l'Union européenne»<sup>9</sup>, das heisst als reguläre Unionsgerichte, in dezentraler Form operieren.

Dabei ist es nicht so, dass der EuGH nicht schon Gelegenheit gehabt hätte, sich zum Klimawandel zu äussern. Der sogenannte «People's Climate»-Fall<sup>10</sup> hätte die Möglichkeit geboten, eine spezifisch Luxemburger Antwort auf die einschlägigen

1 Diesbezüglich seien bloss BGE 146 I 145 sowie BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 genannt; vgl. dazu in diesem Heft MIRINA GROSZ, «Klimaschutz vor Schweizer Gerichten», 169 ff. und CHRISTIAN BICKENBACH, «Klimaschutzklagen – Herausforderung für die deutsche Judikative», 186 ff.

2 Request pursuant to General Assembly resolution 77/276 of 29.03.2023 for Advisory Opinion on Obligations of States in Respect of Climate Change.

3 Request of 12.12.2022 for an Advisory Opinion by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal).

4 UN HRC, *Teitiota v. New Zealand*, Appl. No. 2728/2016, Views of the Committee, of 23.09.2020.

5 UN CRC, *Sacchi et al. v. Argentina*, Appl. No. 104/2019, Decision of the Committee of 08.10.2021.

6 ECtHR, *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others*, Appl. No. 39371/20.

7 ECtHR, *Verein Klimaseniorinnen et. al. v. Switzerland*, Appl. No. 53600/20.

8 Vgl. etwa die erfolgreiche niederländische Klimaklage *NGO Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2007, 13.01.2020, <[www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf](http://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf)> (zuletzt besucht am 17.07.2023); vgl. auch die Nachweise supra Fn. 1, 4 und 5.

9 Vgl. etwa Avis 1/09, *Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, EU:C:2011:123, Rz. 80 («ordentliche Unionsgerichte»).

10 Siehe dazu infra II.

Fragen zu geben. Dagegen entschieden beide Instanzen – das Gericht im Jahr 2019<sup>11</sup> ebenso wie der Gerichtshof zwei Jahre später<sup>12</sup> – *unisono*, die Klage als unzulässig zurückzuweisen. Diesbezüglich zeigen sich interessante Parallelen zur Entscheidung des Bundesgerichts von 2020, das sich ebenso in *judicial self-restraint* geübt hatte, aber auch nennenswerte Unterschiede.<sup>13</sup>

Im Folgenden wird zunächst der «People’s Climate»-Fall<sup>14</sup> kurz vorgestellt (II.). Der von den Kläger:innen erhofften Entscheidung in der Sache stand freilich die vom EuGH schon seit 60 Jahren applizierte sogenannte «Plaumann-Formel» im Wege, der der Luxemburger Gerichtshof auch in diesem Fall treu blieb (III.). Dies ist nicht ohne Kritik geblieben. Vor diesem Hintergrund sollen – insbesondere auch im Blick auf die und im Vergleich mit der Entscheidung des Bundesgerichts – die Gründe für einen derartigen «self-restraint» erörtert und kontrastiert werden (IV.).

## II. Der «People’s Climate»-Fall

### A. Verfahren vor dem Gericht

Im besagten Fall hatten Herr Armando Carvalho und 35 weitere Individuen aus Deutschland, Frankreich, Italien, Portugal und Rumänien sowie aus Nicht-EU-Staaten (Fidschi, Kenia), die in verschiedensten Feldern des Landwirtschafts- und Tourismussektors tätig waren, sowie eine schwedische NGO, die die Interessen junger

- 11 Case T-330/18, *Armando Carvalho*, EU:T:2019:324. Entgegen der sonst üblichen Übersetzung von EuGH-Entscheidungen in alle Amtssprachen der EU liegt der Unzulässigkeitsbeschluss nur in englischer und französischer Sprache vor; im Folgenden wird auf die letztere Sprachfassung zurückgegriffen.
- 12 Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, EU:C:2021:252; im Folgenden wird aus den in der vorhergehenden Fn. genannten Gründen auf die französische Sprachfassung zurückgegriffen.
- 13 Vgl. *infra*.
- 14 Dazu im Schrifttum bereits ESTELLE BROSSET & EVE TRUILHÉ, « <Les People’s Climate Case> c. Union européenne (2019) », in: C. Cournil (Hg.), *Les grandes affaires climatiques*, DICE Éditions 2020, 193–205; CAROLINE BROWN, « The Plaumann Problem: How the People’s Climate Case Widened the Gap to Judicial Review of the EU’s Inadequate Climate Policy », 50 *Denv. J. Int’l L. & Pol. Y* (2022), 197–208; PIERRE BRUYAS, « Recours en annulation – Intérêt à agir (environnement) », *Europe* (2021), n° Mai, 18–19; LIV CHRISTIANSEN & CORA MASCHKE, « Klimarechtsschutz und Paradoxien beim EuGH – Warum die *Plaumann*-Formel nicht mehr zeitgemäss ist », 26 *Z. f. Europarechtl. Stud.* (ZeuS) (2023), 31–56; WALTER FENZ, « Klimaschutz nach EuGH und BVerfG », *Europ. Wirtschafts- und Steuerrecht* (2021), 143; ROBERT HORNER, « EuGH bestätigte EuG-Entscheidung und weist People’s Climate Case aufgrund mangelnder Aktivlegitimation zurück », 1 *Nachhaltigkeitsrecht* (2021), 459–463; HANS PETER LEHOFER, « <Klimaklage> unzulässig », 76 *Österr. Jur. Zeitung* (2021), 492; MARIO PAGANO, « Overcoming Plaumann in EU Environmental Litigation. An Analysis of ENGOs Legal Arguments in Actions for Annulment », *Diritto e processo: derecho y proceso, rights & remedies* (2019), 311–360; GERD WINTER, « Not fit for purpose. Die Klagebefugnis vor dem Europäischen Gericht angesichts allgemeiner Gefahren », 57 *Europarecht* (2022), 367–398; GERD WINTER, « Armando Carvalho and Others v. EU: Invoking Human Rights and the Paris Agreement for Better Climate Protection Legislation », 9 *Transn’l Environ’l L* (2020), 137–164.

indigener Samen vertrat, Nichtigkeitsklage vor dem Gericht gemäss Artikel 263 Absatz 4 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>15</sup> erhoben.<sup>16</sup> Anfechtungsobjekt waren Bestimmungen aus drei Gesetzgebungsakten, die die EU zur Umsetzung ihrer Verpflichtungen aus dem Pariser Klimaabkommen<sup>17</sup> und der dort vorgesehenen «national festgelegten Beiträge» (*nationally determined contributions – NDCs*) erlassen hatte, nämlich Richtlinie (EU) 2018/410,<sup>18</sup> Verordnung (EU) 2018/841<sup>19</sup> und Verordnung (EU) 2018/842.<sup>20</sup>

Die Kläger:innen machten im Kern geltend, das von der EU und ihren Mitgliedstaaten gesetzte und den angefochtenen Sekundärrechtsakten zugrunde liegende Ziel der Reduktion von Treibhausgasemissionen um 40% bis 2030 im Vergleich zu 1990 sei angesichts der völkerrechtlichen Verpflichtungen sowie der technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der EU nicht ambitioniert genug. Das Reduktionsziel sollte vielmehr zumindest 50% bis 60% sein.<sup>21</sup>

Von Anbeginn war klar, dass die zentrale Hürde für die Klage die Zulässigkeitsfrage sein würde. Denn gemäss Artikel 263 Absatz 4 AEUV kann eine natürliche und juristische Person Nichtigkeitsklage nur in drei Szenarien erheben, nämlich (1) gegen an sie gerichtete Handlungen (das heisst, wenn sie Adressat eines Beschlusses der Unionsorgane ist), (2) gegen sie unmittelbar und individuell betreffende Handlungen sowie (3) gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmassnahmen nach sich ziehen. Bei Gesetzgebungsakten, wie im fraglichen Fall, kommen das erste und dritte Szenario nicht in-

15 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Konsolidierte Fassung), ABl. C 326/47, 26.02.2012.

16 Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 1, 22. Auf die ebenso erhobene – und vom Gericht gleichermassen zurückgewiesene – Schadenersatzklage gemäss Artikel 268 und 340 AEUV wird im Folgenden nicht näher eingegangen; vgl. *ibid.*, Rz. 22, 24, 56 et seq.

17 Beschluss (EU) 2016/1841 des Rates vom 5.10.2016 über den Abschluss des im Rahmen des Rahmenübereinkommens der Vereinten Nationen über Klimaänderungen geschlossenen Übereinkommens von Paris im Namen der Europäischen Union, ABl. 2016 L 282/1.

18 Richtlinie (EU) 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.03.2018 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Unterstützung kosteneffizienter Emissionsreduktionen und zur Förderung von Investitionen mit geringem CO<sub>2</sub>-Ausstoss und des Beschlusses (EU) 2015/1814, ABl. 2018 L 76/3.

19 Verordnung (EU) 2018/841 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2018 über die Einbeziehung der Emissionen und des Abbaus von Treibhausgasen aus Landnutzung, Landnutzungsänderungen und Forstwirtschaft in den Rahmen für die Klima- und Energiepolitik bis 2030 und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 und des Beschlusses Nr. 529/2013/EU, ABl. 2018 L 156/1.

20 Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmassnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013, ABl. 2018 L 156/26.

21 Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 5, 23.

frage.<sup>22</sup> Im Hinblick auf das zweite Szenario, also die Frage, ob die Kläger:innen Handlungen anfechten, die sie unmittelbar und individuell betreffen,<sup>23</sup> wendet der EuGH zur Prüfung der individuellen Betroffenheit in ständiger Rechtsprechung die sogenannte «Plaumann-Formel» an, die im Folgenden vertiefter Untersuchung bedarf.<sup>24</sup> Im Ergebnis verneinte das Gericht, dass die Kläger:innen von den fraglichen Gesetzgebungsakten individuell betroffen waren, und wies die Klage daher ohne weitere Prüfung des Kriteriums der unmittelbaren Betroffenheit oder gar der inhaltlichen Argumente als unzulässig zurück.<sup>25</sup>

## B. Verfahren vor dem Gerichtshof

Der von den Kläger:innen in der Folge als Rechtsmittelinstanz angerufene Gerichtshof bestätigte die Entscheidung des Gerichts vollumfänglich.<sup>26</sup> Dabei bekräftigte der Gerichtshof, dass die Kläger:innen im Lichte der gefestigten Rechtsprechung nicht individuell betroffen seien<sup>27</sup> und dass auch im Lichte neuerer Entwicklungen, namentlich hinsichtlich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC),<sup>28</sup> kein Grund bestehe, die Judikaturlinie zur «Plaumann-Formel», wie von den Kläger:innen angeregt, zu modifizieren.<sup>29</sup> Es blieb daher beim Ergebnis, dass die Nichtigkeitsklage als unzulässig zurückzuweisen war.

Auch wenn beim EuGH – im Gegensatz etwa zum EGMR – weder die Abstimmungsergebnisse publiziert werden noch Sondervoten möglich sind, indizieren die Umstände, dass die Kläger:innen wenig Unterstützung für ihre Position generieren konnten. Denn der Gerichtshof entschied *in casu* nicht etwa in der Formation der Grossen Kammer mit 15 Richter:innen, womit er zum Ausdruck gebracht hätte, dass dies «die Schwierigkeit oder die Bedeutung der Rechtssache» erfordere,<sup>30</sup> ja nicht einmal in der Fünferkammer, sondern lediglich in der kleinsten Kammerformation mit nur drei Richter:innen. Darüber hinaus verzichtete der Gerichtshof, was noch stärkere Signalwirkung hat, auf Schlussanträge des Generalanwalts,<sup>31</sup> die das zentrale Instrument der Verarbeitung von Meinungsvielfalt innerhalb des Gerichtshofes

22 Vgl. *ibid.*, Rz. 35–42. Gesetzgebungsakte (um die es im vorliegenden Fall ja geht) haben keine bestimmten Adressaten, sondern sind an die Allgemeinheit gerichtet. Darüber hinaus sind Gesetzgebungsakte nach ständiger Rechtsprechung keine «Rechtsakte mit Verordnungscharakter» im Sinne des dritten Szenarios, vgl. Case C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatamai et al.*, EU:C:2013:625, Rz. 60–61.

23 Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 43.

24 Vgl. *infra* III.

25 Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 54, 71.

26 Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 107.

27 Vgl. *ibid.*, Rz. 50.

28 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389.

29 Vgl. Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 79.

30 Art. 60 Abs. 1 Verfahrensordnung des Gerichtshofes, ABl. 2012 L 265/1 i.d.F. ABl. 2019 L 316/103.

31 Vgl. Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, *in initio*.

sind. Denn eine Entscheidung ohne Schlussanträge setzt voraus, dass der Gerichtshof der Auffassung ist, eine Rechtssache werfe keine neue Rechtsfrage auf.<sup>32</sup>

### III. Die «Plaumann-Formel» als Flaschenhals des Zulässigkeitsregimes für Direktklagen natürlicher und juristischer Personen vor dem EuGH

#### A. Geschichte und *ratio* der *Plaumann*-Formel

Bereits vor 60 Jahren hatte der EuGH im *Plaumann*-Fall – hinsichtlich des damaligen Artikels 173 des Vertrags über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag), der für Direktklagen natürlicher und juristischer Personen auch schon das Kriterium der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit enthalten hatte, – entschieden, dass individuelle Betroffenheit, wenn jemand nicht Adressat ist, nur dann gegeben sei, wenn der fragliche Rechtsakt eine Person «wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, [sie] aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und [sie] daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten».<sup>33</sup>

Diese sogenannte «Plaumann-Formel» behielt der EuGH in den folgenden Jahrzehnten bei und änderte in seiner Folgejudikatur auch nichts (oder nur wenig)<sup>34</sup> an ihrem restriktiven Zuschnitt. Versuche von Generalanwaltsseite<sup>35</sup> oder vonseiten des Gerichts,<sup>36</sup> einer grosszügigeren Auslegung der individuellen Betroffenheit Vorschub zu leisten, wies der Gerichtshof bislang konsequent zurück,<sup>37</sup> ungeachtet des Umstandes, dass das Rechtsaktspektrum auf Unionsebene sich seit dem EWG-Vertrag deutlich erweitert hat. Demgegenüber verwies der Gerichtshof darauf, eine Flexibilisierung des Zugangs von natürlichen und juristischen Personen zur Nichtigkeitsklage könne nur im Wege der Vertragsänderung erfolgen.<sup>38</sup> Dies mündete denn auch in der Schaffung der (oberwählten) dritten Alternative des Artikel 263 Ab-

32 Siehe Artikel 20 Abs. 4 Protokoll (Nr. 3) über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, ABL 2012 C 326/210 i.d.F. ABL 2019 L 111/1.

33 Case 25/62, *Firma Plaumann und Co. gegen Kommission der EWG*, EU:C:1963:17, S. 238; vgl. auch die Nachweise in Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 45.

34 Dazu noch infra Fn. 79.

35 Vgl. insb. Schlussanträge des Generalanwalts F. G. Jacobs vom 21.03.2002, Case C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, EU:C:2002:197.

36 Vgl. Case T-177/01, *Jégo-Quéré et Cie SA v. Commission*, EU:T:2002:112.

37 Vgl. Case C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, EU:C:2002:462, Rz. 44–45; Case C-263/02 P, *Commission v. Jégo-Quéré et Cie SA*, EU:C:2004:210, Rz. 33 et seq.

38 Vgl. Case C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, supra Fn. 37, Rz. 45; vor Kurzem bekräftigt durch Case C-297/20 P, *Sabo et al./Europäisches Parlament und Rat*, EU:C:2021:24, Rz. 34.

satz 4 AEUV durch den Vertrag von Lissabon, die der Gerichtshof aber wiederum restriktiv interpretierte.<sup>39</sup>

Den gängigen Vorwurf, dadurch würden die Rechtsschutzmöglichkeiten von natürlichen und juristischen Personen im Unionsrechtssystem verkürzt, hat der EuGH stets mit der Antwort pariert, dass der bloße Umstand, dass die Klagemöglichkeit nach Artikel 263 AEUV nicht offenstehe, keineswegs den Zugang zum unionalen Rechtsschutz überhaupt verunmögliche. Vielmehr betont der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass die Verträge

mit den [Art. 263 und 277 AEUV] einerseits und [Art. 267 AEUV] andererseits ein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren geschaffen [hätten], das die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe, mit der der Gemeinschaftsrichter betraut wird, gewährleisten soll. Nach diesem System haben natürliche oder juristische Personen, die wegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen des [Art. 263 Abs. 4 AEUV] [Unions-]handlungen allgemeiner Geltung nicht unmittelbar anfechten können, die Möglichkeit, je nach den Umständen des Falles die Ungültigkeit solcher Handlungen entweder inzident nach [Art. 277 AEUV] vor dem [Unions-]richter oder aber vor den nationalen Gerichten geltend zu machen und diese Gerichte, die nicht selbst die Ungültigkeit der genannten Handlungen feststellen können, zu veranlassen, dem Gerichtshof insoweit Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.<sup>40</sup>

Neben dem zentralisierten Rechtsschutz im Wege von Artikel 263 AEUV kann die Gültigkeit eines Sekundärrechtsakts auch inzident vor dem EuGH (Artikel 277 AEUV), vor allem aber dezentral im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 267 AEUV geprüft werden, wenn ein nationales Gericht eine entsprechende Frage an den EuGH richtet – mit der Konsequenz der allfälligen Aufhebung des fraglichen Rechtsakts und damit funktional äquivalent zur Nichtigkeitsklage. Diese Gleichwertigkeit der zentralen und dezentralen Erscheinungsform unionalen Rechtsschutzes wird aus Sicht des EuGH auch nicht dadurch infrage gestellt, dass im Einzelfall aufgrund nationaler Verfahrensvorschriften eine Gültigkeitsvorlagefrage nationaler Gerichte nicht möglich ist oder dadurch erschwert wird, dass zunächst gegen eine Vorschrift verstossen werden muss.<sup>41</sup> Bei der *Plaumann*-Formel handelt es sich mithin durchaus um den Flaschenhals des Zulässigkeitsregimes für Direktklagen von natürlichen und juristischen Personen vor dem EuGH, aber aus dessen Sicht um einen vom Primärrecht gewollten. Er muss insbesondere im Zusammenspiel mit anderen – namentlich dezentralen – Rechtsschutzwegen gesehen werden und stellt bei gesamthafter Betrachtung die Existenz eines «vollständigen Systems von Rechtsbehelfen und Verfahren»<sup>42</sup> nicht infrage.

39 Vgl. Case C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatamai et al*, supra Fn. 22.

40 Vgl. Case C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, supra Fn. 37, Rz. 40 (Anmerkungen im Original entfernt); vgl. auch Case C-263/02 P, *Commission v. Jégo-Quéré et Cie SA*, supra Fn. 37, Rz. 30 sowie Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 53.

41 Vgl. Case C-263/02 P, *Commission v. Jégo-Quéré et Cie SA*, supra Fn. 37, Rz. 33–34.

42 Vgl. supra Fn. 40.

## B. Anwendung der *Plaumann*-Formel im «People's Climate»-Fall

Den Kläger:innen stand mithin deutlich vor Augen, dass ihnen in Hinblick auf die ständige Rechtsprechung zum Kriterium der individuellen Betroffenheit eine *uphill battle* bevorstand. Gleichzeitig schien der Klimawandel eine herausragende Möglichkeit zu bieten, die vielerorts als eingefahren betrachtete Judikaturlinie herauszufordern. Diesbezüglich suchte die Kläger:innenseite, dem EuGH die Aktivierung der *Plaumann*-Formel möglichst schwer zu machen, indem im Sinne einer «strategic litigation» vom Klimawandel besonders betroffene Einzelpersonen ausgewählt und zusätzlich noch mit einer fremdnützigen NGO zusammengespannt wurden, die die Interessen von jugendlichen Angehörigen der Samen, einer (vom Klimawandel wiederum besonders betroffenen) indigenen Bevölkerung in Skandinavien, vertritt.

Als *game changer* sollte vor allem die Aufladung des Rechtsschutzbegehrens mit zahlreichen betroffenen Grundrechtspositionen der Kläger:innen dienen. Denn die ungenügende Reduktion von Treibhausgasen durch die EU beeinträchtigte namentlich ihre Grundrechte auf Leben (Artikel 2 GRC), Unversehrtheit (Artikel 3 GRC), die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten (Artikel 15 GRC), die unternehmerische Freiheit (Artikel 16 GRC), das Eigentumsrecht (Artikel 17 GRC), die Gleichheit vor dem Gesetz und Nichtdiskriminierung (Artikel 20 und 21 GRC) sowie die Rechte des Kindes (Artikel 24 GRC).<sup>43</sup> Die Kläger:innen seien angesichts ihrer unterschiedlichen Lebensumstände und beruflichen Hintergründe zwar alle, aber in je einzigartiger und nach Individuum verschiedener Weise vom Klimawandel – und damit «individuell» – betroffen. Denn obgleich Landwirte, seien manche von ihnen von Dürren geplagt und damit in einer unterschiedlichen Situation zu jenen, die mit Überflutungen und Versalzung des Bodens zu kämpfen hätten; andere wiederum, die Waldbesitz hätten oder im Tourismus oder der Tierhaltung tätig seien, würden noch einmal in anderer Weise mit den Folgen des Klimawandels konfrontiert.<sup>44</sup> Die unveränderte Anwendung der *Plaumann*-Formel führe angesichts dessen zu paradoxen Ergebnissen:

Plus les effets dommageables d'un acte sont généralisés, plus l'accès aux tribunaux est restrictif. En d'autres termes, plus le dommage est grave, plus le nombre de personnes affectées est élevé, et moins la protection juridictionnelle est disponible. Il en résulterait une lacune évidente en matière de protection juridictionnelle.<sup>45</sup>

Das Gericht und in der Folge der Gerichtshof hielten dieser Argumentation unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung entgegen, der bloße Umstand, dass ein Se-

43 Vgl. Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 30; Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 33.

44 Vgl. Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11 ; Rz. 31; Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 29.

45 Vgl. Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 32; vgl. auch Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 56.

kundärrechtsakt die Unionsgrundrechte, also Primärrecht, verletze, würde für sich noch nicht genügen, eine Klage nach Artikel 263 Absatz 4 AEUV zulässig zu machen. Ansonsten würden die dort verankerten Zulässigkeitsbeschränkungen für natürliche und juristische Personen überflüssig werden.<sup>46</sup> Diese – im Primärrecht selbst verankerten – Einschränkungen der Klagebefugnis natürlicher und juristischer Personen könne man auch nicht mit dem schlichten Verweis auf Artikel 47 GRC und das dort verankerte Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf aushebeln, zumal dieses Grundrecht lediglich «nach Massgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen» gewährleistet sei.<sup>47</sup>

#### IV. Ambivalenz des «judicial self-restraint» auf EU-Ebene

##### A. EU- vs. Schweizer Version des «judicial self-restraint»

Das Urteil des Bundesgerichts stellte fest, dass die KlimaSeniorinnen durch die gerügten Unterlassungen nicht im Sinne von Artikel 25a VwVG mit hinreichender Intensität in den von ihnen angerufenen Rechten berührt seien. Ihr Gesuch diene nicht dem individuellen Rechtsschutz, sondern ziele vielmehr darauf ab, die getroffenen Klimaschutzmassnahmen abstrakt auf ihre Vereinbarkeit mit menschenrechtlich begründeten staatlichen Schutzpflichten zu überprüfen. Dies laufe auf eine – mit dem auf Individualschutz zielenden Artikel 25a VwVG unvereinbare – Populärbeschwerde hinaus.<sup>48</sup> Und das Bundesgericht fügte mahndend hinzu:

Derartige Anliegen sind nicht auf dem Rechtsweg, sondern mit politischen Mitteln durchzusetzen, wozu das schweizerische System mit seinen demokratischen Instrumenten hinreichende Möglichkeiten eröffnet.<sup>49</sup>

Die vom Bundesgericht geübte richterliche Zurückhaltung ist demnach vor allem durch Überlegungen der Gewaltenteilung motiviert. Die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Frage sei keine justiziable, sondern vielmehr eine politische und im Rahmen von politischen Verfahren zu entscheiden.<sup>50</sup>

Damit kontrastieren die EuGH-Entscheide im «People's Climate»-Fall und überhaupt die auf der *Plaumann*-Formel basierende Judikaturlinie. Zwar sind auch sie Manifestation von «self-restraint», doch ist dieser anders motiviert. Wo es dem

46 Vgl. Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 48, 50; Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 40–41, 48.

47 Vgl. Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 52; Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 77–78.

48 BGE 146 I 145 E. 5.5.

49 Ibid., E. 5.5.

50 Vgl. in diesem Zusammenhang die «political question doctrine» in der Judikatur des US Supreme Court und die ihr zugrunde liegende Gewaltenteilungsargumentation; vgl. insb. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969).

Bundesgericht um die *horizontale* Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Gerichten geht, beschäftigt den EuGH mehr die *vertikale* Aufgabenverteilung innerhalb der Unionsgerichtsbarkeit, nämlich zwischen den nationalen Gerichten als «juges de droit commun de l'Union européenne»<sup>51</sup> und ihm selbst als zentralisierter Unionsgerichtsbarkeit. Dabei treibt ihn weniger der Respekt vor dem Unionsgesetzgeber an,<sup>52</sup> dessen Akte der EuGH durchaus (freilich aus Sicht vieler nach wie vor zu wenig<sup>53</sup>) im Lichte des Primärrechts, namentlich der Unionsgrundrechte prüft.<sup>54</sup> Für eine derartige Argumentation stünde ihm insbesondere der vom Bundesgericht ins Treffen geführte Grund nicht zur Verfügung, denn die direktdemokratischen Instrumente sind im Unionsrechtssystem nur schwach ausgebildet, gerade im Vergleich zur Schweiz.<sup>55</sup>

Dem EuGH geht es vielmehr um ein – seiner Auffassung nach unmittelbar in den Verträgen verankertes und damit für ihn verbindliches – gerichtliches Aufgabenteilungs- und Kooperationsmodell, das er aus dem Zusammenspiel der Artikel 263, 267 und 277 AEUV ableitet. Seine Prämisse ist dabei, wie dargelegt, dass die Verträge den Rechtsschutzsuchenden ein «vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren»<sup>56</sup> offerieren. Der Umstand, dass im einen Fall der EuGH direkt über die Gültigkeit des abgeleiteten Unionsrechts im Lichte des Primärrechts entscheidet (und letzteres gegebenenfalls für nichtig erklärt) und dass im anderen Fall zunächst die nationalen Gerichte angerufen werden müssen, die dann im Wege der Vorlage an den EuGH herantreten (also im Rahmen einer indirekten Gültigkeitsprüfung), ändert aus Sicht des Luxemburger Gerichtshofes nichts an der Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes. Von gegenläufigen Argumente der Kläger:innen<sup>57</sup> liess er sich nicht überzeugen.

51 Vgl. supra Fn. 9.

52 Siehe aber etwa Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 17.01.2013, Case C-583/11 P, *Inuit Tapiri Kanatami/Europäisches Parlament und Rat*, EU:C:2013:21, supra Fn. 22, Rz. 38: «Das Fehlen erleichterter direkter Klagemöglichkeiten Einzelner gegen Gesetzgebungsakte lässt sich vor allem mit der besonders hohen demokratischen Legitimation der parlamentarischen Gesetzgebung erklären. Dementsprechend kann die Unterscheidung zwischen Gesetzgebungsakten und Rechtsakten ohne Gesetzescharakter im Hinblick auf den Rechtsschutz nicht als blosser Formalismus abgetan werden; vielmehr liegt sie in einem qualitativen Unterschied begründet. In vielen nationalen Rechtssystemen verfügen Einzelne über keine oder nur über eingeschränkte direkte Klagemöglichkeiten gegen parlamentarische Gesetze.»

53 Vgl. etwa CHRISTIANSEN & MASCHKE, supra Fn. 14, 50, just unter Hinweis auf die – im Vergleich zur nationalen Ebene – schwächere demokratische Legitimation des Unionsgesetzgebers.

54 Vgl. etwa Case C-92/09, *Volker und Markus Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662; Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*, EU:C:2014:38.

55 Vgl. LORENZ LANGER & ANDREAS TH. MÜLLER, «*Ius cogens* und die Werte der Union. Schranken direktdemokratischer Partizipation in der EU und der Schweiz», 61 Jahrbuch des öff. Rechts d. Gegenwart (2013), 229–292.

56 Vgl. supra Fn. 37.

57 Vgl. Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 32; Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 53 et seq.

## B. Tragfähigkeit der Gleichwertigkeitsprämisse

Diese Gleichwertigkeitsprämisse wird jedoch seit Langem kritisiert. Im Gegenteil ist von «Rechtsschutzlücken»<sup>58</sup> in diesem Zusammenhang die Rede. Besonders eindrücklich hat sich Generalanwalt Jacobs mit Unzulänglichkeiten der indirekten Gültigkeitsprüfung im (Um-)Weg über die nationalen Gerichte auseinandergesetzt.<sup>59</sup> Dabei gehe es insbesondere darum, dass das nationale Recht nicht immer geeignete Rechtsmittel zur Verfügung stelle, um die unionsrechtliche Gültigkeitsproblematik zu relevieren, dass der Umweg über nationale Verfahren Verzögerungen und Kosten verursache sowie dass die Direktklage vor dem Luxemburger Gerichtshof eine umfassendere Aufklärung ermögliche als das Vorlageverfahren.<sup>60</sup> Dies trifft spezifisch auf die gegenständliche Verfahrenskonstellation zu, wo vor den nationalstaatlichen Gerichten ehrgeizigere Klimaschutzmassnahmen eingeklagt werden müssten, für die die Gültigkeit der unionsrechtlichen Reduktionsziele indes nur beschränkt entscheidungserheblich ist.<sup>61</sup>

Auch wenn derartige Gesichtspunkte Beachtung verdienen, stellen sie die Gleichwertigkeit des direkten und indirekten Rechtsschutzweges bei der Gültigkeitsprüfung von Unionsrecht nicht prinzipiell infrage. Vor allem ist in Erinnerung zu rufen, dass der EuGH mit seiner «Foto-Frost-Rechtsprechung» die Vorlagepflicht auch für unterinstanzliche Gerichte verankert hat, wenn sie Zweifel an der Gültigkeit von Unionsrecht haben.<sup>62</sup> Das Argument des EuGH, dass eine andere Gewichtung zwischen direkter und indirekter Gültigkeitskontrolle einen Systemwechsel bedeute, der dem Primärrechtssetzer, also im Wesentlichen den Mitgliedstaaten im Wege einer Vertragsänderung, vorbehalten ist,<sup>63</sup> sollte man daher nicht leichtfertig von der Hand weisen. Der Vertrag von Lissabon hatte explizit die Gelegenheit geboten, Artikel 263 Absatz 4 AEUV nicht nur, wie geschehen, geringfügig,<sup>64</sup> sondern grundsätzlicher abzuändern. Dies ist indes nicht geschehen.<sup>65</sup> Darüber hinaus sollte nicht vergessen werden,<sup>66</sup> dass auch in den EU-Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Modelle des Individualrechtsschutzes gegen nationale Gesetzgebungsakte (namentlich aus Grundrechtsgründen) praktiziert werden; von der Existenz einer «gemeinsamen Verfassungstradition» (etwa im Sinne einer Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze) kann insoweit nicht die Rede sein.

58 So etwa WINTER, «Not fit for purpose», supra Fn. 14, 369.

59 Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts F. G. Jacobs, Case C-50/00 P, supra Fn. 35, Rz. 42–44.

60 Vgl. WINTER, «Not fit for purpose», supra Fn. 14, 376.

61 Dazu vgl. insb. CHRISTIANSEN & MASCHKE, supra Fn. 14, 41.

62 Urteil des Gerichtshofes vom 22. Oktober 1987, *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rechtssache 314/85, EU:C:1987:452.

63 Vgl. supra Fn. 38.

64 Vgl. supra Fn. 39.

65 Siehe dazu die Nachweise bei CHRISTIANSEN & MASCHKE, supra Fn. 14, 47.

66 Daran erinnert aber zu Recht Generalanwältin Kokott, vgl. supra Fn. 52.

Da hilft es auch nicht, zu argumentieren, dass der «normative Köcher» des Unionsrechts in Nachhaltigkeits- und Klimafragen verhältnismässig gut gefüllt ist. Zwar enthält Artikel 11 AEUV eine Querschnittsklausel, derzufolge die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -massnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden. Artikel 191 Absatz 1 AEUV bekräftigt darüber hinaus, dass die Umweltpolitik der Union unter anderem der Förderung von Massnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme und insbesondere zur Bekämpfung des Klimawandels dient. Dazu kommt Artikel 37 GRC, demzufolge ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität in die Politik der Union einbezogen werden und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden müssen. Ungeachtet dieser vielfältigen normativen Anknüpfungspunkte werden dadurch allein jedoch nicht die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Nichtigkeitsklagen natürlicher und juristischer Personen modifiziert.

Ähnliches gilt für die Berufung auf Artikel 47 GRC, wie der EuGH ausdrücklich festhält.<sup>67</sup> Erst jüngst hat das Gericht bekräftigt: «Der durch Art. 47 der Charta gewährte Schutz verlangt nicht, dass ein Einzelner gegen Handlungen, die ihn nicht individuell betreffen, uneingeschränkt eine Nichtigkeitsklage erheben kann.»<sup>68</sup> Und es ergänzt im «People's Climate»-Fall<sup>69</sup> noch, dass auch Artikel 9 Absatz 3 der Aarhus-Konvention<sup>70</sup> diesbezüglich zu keinem anderen Ergebnis führt<sup>71</sup> – insoweit im Übrigen in bemerkenswertem Gleichklang mit dem Bundesgericht.<sup>72</sup>

Dies trifft schliesslich auch auf die Überlegung zu, die Umwelt und NGOs, die sich speziell um Umweltsachen bemühen, verdienen eine rechtlich privilegierte Behandlung<sup>73</sup> (was in der Aarhus-Konvention im Allgemeinen und deren Artikel 9 im Besonderen durchaus zum Ausdruck kommt), da sonst das Risiko eines rechtli-

67 Dazu bereits supra Fn. 47.

68 Case T-252/20, *Joshua Silver/Rat*, EU:T:2021:347, Rz. 64.

69 Vgl. Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 32.

70 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention) vom 25. Juni 1998, SR 0.814.07. Speziell zur Rechtswirkung der angesprochenen Bestimmungen vgl. etwa ARNO KAHL & ANDREAS TH. MÜLLER, «Völkerrechtliche Verpflichtungen Tirols aus der Aarhus-Konvention. Rechtsgutachten zum Umsetzungsverfahren und Umsetzungsmodus für den Tiroler Landesgesetzgeber im Zusammenhang mit eigenständigen völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention», FÖDOK 44, Innsbruck 2020, 18 ff. m.w.N.

71 Vgl. dazu auch BROWN, supra Fn. 14, 207 f.; CHRISTIANSEN & MASCHE, supra Fn. 14, 37; PAGANO, supra Fn. 14, 337, 339 ff.; WINTER, «Not fit for purpose», supra Fn. 14, 385, 392, die auch auf die Kritik an der Plaumann-Rechtsprechung durch das Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) verweisen.

72 BGE 146 I 145 E. 5.5: «Der von den Beschwerdeführerinnen angerufene Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention (SR 0.314.07) vom 25. Juni 1998 vermag daran nichts zu ändern.»

73 Vgl. PAGANO, supra Fn. 14, 318.

chen Vakuums bestünde.<sup>74</sup> Auf dieser Linie befinden sich Versuche, der «sprachlosen» Natur<sup>75</sup> – und in Fortsetzung dessen dem «sprachlosen» Klima<sup>76</sup> – eine institutionalisierte Stimme zu geben. Doch das beantwortet die Frage noch nicht, sondern wirft sie vielmehr auf, wer für die Herbeiführung einer derartigen «Agency-Lösung» verantwortlich zeichnet, die Gerichte oder aber der Gesetz- bzw. Verfassungsgeber.

Eben diese Spannung wird besonders manifest, wenn Generalanwalt Cosmas – im Blick auf die zahlreichen primärrechtlichen Anknüpfungspunkte zum Umweltschutz – bereits 1997 feststellte:

Umweltschutz ist in der Tat eine Angelegenheit von allgemeinem Interesse. Die Erhaltung der Umwelt ist ein berechtigtes Interesse, das theoretisch von allen natürlichen Personen geteilt wird; sie hat daher eine soziale Dimension. Je erheblicher ferner der Eingriff in die Umwelt oder die Belastung der Umwelt ist, um so grösser ist die Zahl der hiervon betroffenen Personen.<sup>77</sup>

Er fügte indes sogleich an:

Diese unbestreitbare Feststellung kann natürlich nicht zu einem Beiseiteschieben der Prozessvoraussetzungen des [Artikel 263 Absatz 4 AEUV] mit Rücksicht auf die besondere Natur des berechtigten Umweltinteresses führen. Die Einräumung einer Klagebefugnis vor dem Gericht für jede Person, deren Interesse an der Erhaltung der Umwelt durch eine Handlung eines [Unions-]organs beeinträchtigt würde, wäre gleichbedeutend mit der Anerkennung einer Popularklage in allen umweltbezogenen Fällen. Wie ich bereits ausgeführt habe, ist eine Neuorientierung der Rechtsprechung in dieser Richtung unmöglich, weil sie, ganz abgesehen von den praktischen Hindernissen, denen man begegnen würde, dem Wortlaut des [Artikel 263 Absatz 4 AEUV] zuwiderlaufen würde.<sup>78</sup>

Damit wird einem «Umwelt-» oder «Klimasonderprozessrecht» im Rahmen der Nichtigkeitsklage eine Absage erteilt. Der Ball liegt von daher vorrangig im Hof des Primärrechtsgebers.

### C. Vorschläge für alternative oder komplementäre Filter

Befriedigend ist diese Situation freilich nicht. Dies liegt auch daran, dass in der Literatur immer wieder darauf hingewiesen wird, dass der EuGH die *Plaumann*-Rechtsprechung für die Bedürfnisse von wirtschaftlichen Akteuren durchaus modifiziert und flexibilisiert habe.<sup>79</sup> Um einen derartigen «Wirtschafts-Bias» zu vermeiden,

74 Vgl. PAGANO, supra Fn. 14, 322.

75 BGE 144 II 218 E. 7.

76 LORENZ KNEUBÜHLER & DOMINIQUE HÄNNI, «Umweltschutz, Klimaschutz, Rechtsschutz. Ein Plädoyer für eine Verbandsbeschwerde im schweizerischen Klimarecht», 122 ZBl (2021), 479–502, 493.

77 Schlussanträge des Generalanwalts Georges Cosmas vom 23. September 1997, Case C-321/95 P, *Greenpeace Council/Kommission*, EU:C:1997:421, Rz. 102.

78 Ibid., Rz. 103.

79 Vgl. CHRISTIANSEN & MASCHKE, supra Fn. 14, 34, 50; PAGANO, supra Fn. 14, 326; WINTER, «Not fit for purpose», supra Fn. 14, 385; WINTER, «Armando Carvalho and Others», supra Fn. 14, 142.

müsse der Luxemburger Gerichtshof auch im Umwelt- und Klimakontext mehr Spielraum eröffnen. Das Gericht adressierte dieses Argument *in casu* immerhin indirekt, erteilte ihm jedoch eine Absage.<sup>80</sup>

Angesichts der festgezurrten Judikaturlage wird man sich eine echte Weiterentwicklung von daher vor allem von einer Primärrechtsänderung erwarten müssen – auch wenn diese politisch nicht leicht zu bewerkstelligen sein wird. Denkanstöße für alternative oder komplementäre Zulässigkeitsfilter zum bestehenden Artikel 263 Absatz 4 AEUV gibt es bereits zahlreiche.<sup>81</sup> Unter den bekanntesten Vorschlägen ist jener von Generalanwalt Jacobs, der das Kriterium der individuellen Betroffenheit dann als erfüllt ansehen wollte, wenn eine Unionshandlung in Bezug auf einen Einzelnen «aufgrund seiner persönlichen Umstände erhebliche nachteilige Auswirkungen auf seine Interessen hat oder wahrscheinlich haben wird».<sup>82</sup> Diesen Vorschlag griffen die Kläger:innen im gegenständlichen Verfahren ausdrücklich auf.<sup>83</sup> Insbesondere begehrten sie eine Weiterentwicklung des Kriteriums der individuellen Betroffenheit dahingehend, dass es bereits erfüllt sein soll, wenn ein Gesetzgebungsakt «significantly encroaches on a personal fundamental right or encroaches on that right to an extent likely to undermine the essence of the right».<sup>84</sup>

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch ein anderer jüngerer EuGH-Fall: In *Peter Sabo et al.* begehrten eine Reihe von Individuen und Umwelt-NGOs, die Erneuerbare Energien-Richtlinie der EU<sup>85</sup> für teilweise nichtig zu erklären, weil sie die Energieproduktion aus Waldbiomasse als erneuerbare Energie einordne.<sup>86</sup> Die von den Kläger:innen vorgeschlagene modifizierte Auslegung der *Plaumann*-Formel dahingehend, dass Individuen und Umweltorganisationen in Umweltangelegenheiten schon dann eine Direktklage gegen einen Gesetzgebungsakt erheben dürfen sollten, wenn sie ein nachweisbares Interesse daran belegten, dass diese Frage von der Unionsgerichtsbarkeit geprüft werde, lehnte das Gericht unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung ab<sup>87</sup> und wurde darin vom Gerichtshof bestätigt.<sup>88</sup>

Denkbar ist natürlich, dass sich der EuGH angesichts der rasant wachsenden Bedeutung der Klimathematik doch zu einer Korrektur seiner Rechtsprechung durchringt. Trotz der durch Artikel 263 Absatz 4 AEUV primärrechtlich gesetzten Schranken besteht im Rahmen der systematischen Auslegung des Primärrechts – primärrechtskonform (vor allem im Blick auf die GRC und die einschlägigen Quer-

80 Vgl. Case T-330/18, *Armando Carvalho*, supra Fn. 11, Rz. 55.

81 Vgl. CHRISTIANSEN & MASCHKE, supra Fn. 14, 51 m.w.N.

82 Schlussanträge des Generalanwalts F. G. Jacobs, Case C-50/00 P, supra Fn. 35, Rz. 60.

83 Vgl. die Nachweise bei PAGANO, supra Fn. 14, 351.

84 Vgl. Case C-565/19 P, *Armando Carvalho*, supra Fn. 12, Rz. 64.

85 Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABL 2018 L 328/82.

86 Case T-141/19, *Peter Sabo et al./Europäisches Parlament und Rat*, EU:T:2020:179, Rz. 15.

87 Vgl. *ibid.*, Rz. 44.

88 Vgl. Case C-297/20 P, *Sabo et al./Europäisches Parlament und Rat*, supra Fn. 38, Rz. 34.

schnittsklauseln im AEUV) und völkerrechtskonform (vor allem im Blick auf die Aarhus-Konvention) – dafür ein gewisser Spielraum. Allerdings steht das Erfordernis der «individuellen» Betroffenheit einer ambitionierten Erweiterung auf Konstellationen fremdnütziger Klagsführung entgegen. Das hindert vor allem die Klagebefugnis von Umwelt- und Klima-NGOs. Mehr liesse sich bei Individualkläger:innen erreichen, die eigene Rechtspositionen vertreten, wofür etwa das Bundesverfassungsgericht in seinem Klimabeschluss von 2021, indes auf anderer Rechtsgrundlage, optiert hat.<sup>89</sup>

## V. Fazit

Man mag den «People's Climate»-Fall als «private-public litigation of a constitutional nature»<sup>90</sup> apostrophieren. Damit ist aber noch wenig darüber gesagt, worum es in diesem Fall im Kern geht. Der Sache nach näher kommt der Verweis auf das sog. «Plaumann-Paradox».<sup>91</sup> Damit ist gemeint, dass die «exklusive» Lesart<sup>92</sup> des Kriteriums der individuellen Betroffenheit durch den EuGH dazu führt, dass Konstellationen, in denen viele, ja alle betroffen sind, von vornherein von der Direktklagemöglichkeit ausgeschlossen sind.<sup>93</sup> Dies ist aber in Klimafragen in geradezu paradigmatischer Weise der Fall.

Das restriktive Vorgehen des Luxemburger Gerichtshofs, seine mangelnde Bereitschaft, angesichts der fundamentalen Herausforderungen des Klimawandels das Zulässigkeitsregime des Artikel 263 Absatz 4 AEUV extensiv zu interpretieren bzw. kreativ weiterzuentwickeln, hat vielfach zu Ernüchterung geführt. Es steht auch in gewisser Spannung zur Rolle als globalem Vorbild und Vorreiter im Klimabereich, die sich die Union gerne auf die Fahnen schreibt. Angesichts der Entscheidungen von Gericht und Gerichtshof im «People's Climate»-Fall wollen manche den EuGH als wichtigen «Klimaakteur» im Reigen der internationalen Gerichte, Tribunale und Gremien bereits abschreiben und schauen vor allem gebannt nach Strassburg, wo der EGMR in den kommenden Monaten Leitentscheidungen in Sachen Klimawandel

89 Vgl. Beschluss des Ersten Senats vom 24.03.2021, supra Fn. 1, Rz. 110 («Es handelt sich auch nicht um unzulässige sogenannte Popularverfassungsbeschwerden. Allein der Umstand, dass eine sehr grosse Zahl an Personen betroffen ist, steht einer individuellen Grundrechtsbetroffenheit nicht entgegen.»), Rz. 131 («Die Beschwerdeführenden sind in ihrer *eigenen* Freiheit betroffen. Sie können die nach 2030 erforderlichen Massnahmen zur Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen selbst noch erleben. Dass die Restriktionen praktisch jede dann in Deutschland lebende Person betreffen werden, steht der eigenen Betroffenheit auch hier nicht entgegen.»).

90 WINTER, «Armando Carvalho and Others», supra Fn. 14, 138.

91 Dazu bereits supra III.B; vgl. auch CHRISTIANSEN & MASCHÉ, supra Fn. 14, 31 (bereits im Titel des Beitrages) sowie 43; ähnlich BROWN, supra Fn. 14, 205; PAGANO, supra Fn. 14, 351; WINTER, «Not fit for purpose», supra Fn. 14, 396.

92 Vgl. CHRISTIANSEN & MASCHÉ, supra Fn. 14, 33.

93 Vgl. supra Fn. 45.

fällen wird.<sup>94</sup> Man mag sich von dort ein beherzteres Vorgehen erwarten, was die Handhabung der Zulässigkeitskriterien für Individualbeschwerden betrifft. Das Heft des Handelns scheint der EuGH jedenfalls abgeben zu haben.

Indes sollte man den Luxemburger Gerichtshof als relevanten Klimaakteur nicht vorschnell aufgeben. Denn relevante judizielle Festlegungen vom Kirchberg-Plateau können, das sollte nicht vergessen werden, durchaus auch in anderen Verfahrensarten und -konstellationen als Direktklagen von natürlichen und juristischen Personen erfolgen, ja tun dies typischerweise. Man denke nur an geeignete Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 267 AEUV (nicht nur zu Gültigkeitsfragen, sondern auch zur Auslegung des Unionsrechts, namentlich der oberwähnten primärrechtlichen Ressourcen zum Klimaschutz) oder an Vertragsverletzungsklagen der Kommission gegen die Mitgliedstaaten nach Artikel 258 AEUV. Denkbar sind schliesslich auch Nichtigkeitsklageverfahren nach Artikel 263 AEUV, die von einzelnen Mitgliedstaaten angestrengt werden könnten (womöglich sogar anlässlich einer Nichtigkeitsklage, die einem angeblichen Zuviel an Klimaschutz entgegenzutreten trachtet<sup>95</sup>) und nicht dem engen Zulässigkeitsrahmen des Artikel 263 Absatz 4 AEUV unterliegen, der ja lediglich für «normale» natürliche und juristische Personen gilt. Die Enttäuschung über die EuGH-Entscheidungen im «People's Climate»-Fall wird vor diesem Hintergrund bei jenen am grössten sein, die sich judizielle Weiterentwicklungen vor allem von Individualklagen erwarten, und weniger von anderen Akteuren, die in ihrem je eigenen Interessen- und Prioritätengeflecht operieren und interagieren.

Den Initianten des Falls kann man jedenfalls nicht vorwerfen, sie hätten es dem EuGH nicht so schwer wie möglich gemacht, sich des Falls schon auf Zulässigkeitsebene zu entledigen. Dies zeigt sich vor allem an der sorgfältigen Choreografie der Kläger:innengruppe hinsichtlich Alter, Herkunft, Nationalität, Berufsgruppe etc. sowie des zusätzlichen Einschlusses einer NGO, die die Rechte jugendlicher Angehöriger einer indigenen Bevölkerung vertritt.<sup>96</sup> Dennoch hat sich der Luxemburger Gerichtshof durch diesen Akt strategischer Prozessführung<sup>97</sup> nicht dafür gewinnen lassen wollen, Artikel 263 Absatz 4 AEUV als Instrument auch und gerade in Klimawandelfragen zur Verfügung zu stellen.

94 Siehe die Nachweise in supra Fn. 6 und 7.

95 Vgl. in diesem Sinne etwa die Nichtigkeitsklage der Slowakei und Ungarns gegen die Beschlüsse des Rates zur Umverteilung von 120 000 Asylsuchenden aus Griechenland und Italien auf die anderen EU-Mitgliedstaaten, die der EuGH dafür nutzte, den Solidaritätsgrundsatz im europäischen Asylrecht zu bekräftigen; vgl. Joined Cases C-643/15 und C-647/15, *Slowakei und Ungarn/Rat*, EU:C:2017:631, Rz. 252 f.; weiterführend ANDREAS TH. MÜLLER, «*Ex solidaritate lux?* Vom Aufstieg eines Grundsatzes und seiner Tauglichkeit für die Aussenbeziehungen der EU», 32 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2022), 557–583.

96 Vgl. supra II.A.

97 Dazu bereits supra III.B.

Wie gezeigt wurde, ist der «judicial restraint» des EuGH vornehmlich durch Überlegungen vertikaler Aufgabenteilung zwischen der dezentralen Unionsgerichtsbarkeit auf nationaler Ebene und der zentralen Unionsgerichtsbarkeit in Luxemburg motiviert.<sup>98</sup> Gewaltenteilungsüberlegungen zwischen Unionsgerichten und Unionsgesetzgeber stehen hier eher im Hintergrund.<sup>99</sup> Diese wiederum waren massgeblich für den Entscheid des Bundesgerichts,<sup>100</sup> das die Beschwerdeführerinnen auf den politischen Prozess verwies. Denn da der Klimawandel alle, und alle in je verschiedener Weise, betrifft, stellen sich komplexe Abwägungs- und Verteilungsfragen – und zwar synchron zwischen verschiedenen Gruppen in der Gegenwart ebenso wie diachron über die Zeit –, deren Beantwortung im demokratischen Prozess womöglich besser aufgehoben und legitimiert ist als durch richterliches Fiat. Dieses Denken ist im Rahmen der schweizerischen Verfassungsordnung besonders stark verankert und lässt sich nicht ohne Weiteres auf das Verfassungssystem der Union übertragen. Aber auch hier mag «judicial self-restraint» und das damit verbundene Freihalten eines Raums für politisches Handeln eine bisweilen unterschätzte Tugend sein. Und tatsächlich hat der Unionsgesetzgeber in den letzten Jahren mit weiteren legislativen Massnahmen im Kampf gegen den Klimawandel nachgezogen, auch wenn diese immer noch zu wenig ambitioniert und zaghafte erscheinen.

98 Vgl. supra IV.A.

99 Siehe aber supra Fn. 52.

100 Vgl. supra Fn. 1.



# Rechtsprechung zum internationalen Schuldrecht und zum internationalen Zwangsvollstreckungsrecht

Ivo Schwander\*

## Inhalt

- I. Gerichtsbarkeit, internationale Zuständigkeit
- II. Verfahrensrechtliche Fragen
- III. Anwendbares Recht
- IV. Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen.  
Internationales Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

## I. Gerichtsbarkeit, internationale Zuständigkeit

- A. Zuständigkeit für deliktsrechtliche Klagen, Handlungs- oder Erfolgsort, Art. 129 IPRG. Negative Feststellungsklage. Anforderungen an die Substanziierung des Tatsachenfundaments, aus dem sich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergeben soll. Amtswegige Abklärung der internationalen Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung, insbesondere wenn Anhaltspunkte für die eigene Unzuständigkeit bestehen; Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO.

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 3. August 2022, *A. Ltd, B. Ltd (in Liquidation), C. c. D. Corp, LLC*, BGer 4A\_136/2022.

Die drei Klägerinnen (die erste mit Sitz in Zug, die anderen mit Sitz in Zypern bzw. Wohnsitz in Polen) reichten in Zug eine negative Feststellungsklage gegen die Beklagte mit Sitz in den USA ein. Beide kantonalen Instanzen traten auf die Klage mangels internationaler Zuständigkeit nicht ein, das Bundesgericht wies die dagegen gerichtete Beschwerde ab.

\* Dr. iur., Dr. h.c. (Universität Zürich), em. Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St. Gallen, Rechtskonsulent bei Pestalozzi Rechtsanwälte AG, Feldeggstrasse 4, CH-8008 Zürich. E-Mail: ivo.schwander@pestalozzilaw.com. Sämtliche hier besprochenen Bundesgerichtsentscheide sind unter <[www.bger.ch](http://www.bger.ch)> abrufbar.

Es handelte sich um eine negative Feststellungsklage als Reaktion auf ein Schreiben der Beklagten, in welchem Schadenersatzforderungen aus Verletzung einer Zusammenarbeitsvereinbarung und anderen schädigenden Handlungen angekündigt worden waren. Die negative Feststellungsklage zielte auf eine gerichtliche Feststellung, dass die Klägerinnen der Beklagten nichts schuldeten. Da für vertragliche Ansprüche kein Anhaltspunkt für eine Gerichtszuständigkeit in der Schweiz vorlag, prüften die kantonalen Instanzen ihre Zuständigkeit noch nach Art. 129 IPRG (unerlaubte Handlungen). Da die Beklagte in den USA Sitz hat, wäre als Zuständigkeitsbegründung ein Handlungs- oder Erfolgsort in der Schweiz in Betracht gefallen. Diesbezüglich fehlte es aber im erstinstanzlichen Verfahren vollständig an tatsächlichen Ausführungen; erst im kantonalen Berufungsverfahren argumentierten die Klägerinnen, der Ort der tatsächlichen Verwaltung der Klägerin 1 sei in Zug und Klägerin 1 nehme von dort aus ihre geschäftliche Aktivität wahr – ohne zu begründen, warum sie dies nicht bereits in der ersten Instanz ausgeführt hatten.

In Erw. 4.5 führt das Bundesgericht aus, dass es den Klägerinnen oblag, «die Tatsachen vorzutragen, welche die Zulässigkeit ihrer Klage (hier: ein Gerichtsstand in Zug) begründen. Daran ändert grundsätzlich nichts, dass es sich um eine negative Feststellungsklage handelt und die Vorwürfe ihnen gegenüber frei erfunden sein sollen». Die Klägerinnen «hätten die ihnen vorgeworfenen Handlungen präzisieren und ausführen müssen, wo der Handlungs- bzw. Erfolgsort liegen würden, wenn die Vorwürfe» der Beklagten zuträfen – und dies für jede der drei in verschiedenen Staaten ansässigen Klägerinnen separat. Es liege nicht primär an der Beklagten, «Ausführungen zu tätigen, die gegen die Zuständigkeit des von den Klägerinnen angerufenen Gerichts sprächen», sondern vielmehr haben die Klägerinnen «zuerst die Tatsachen hinreichend darzutun, aus denen sich ergeben soll, dass das von ihnen angerufene Gericht örtlich zuständig ist». Die pauschale Behauptung eines Vorwurfs unerlaubter Handlungen genüge nicht, ebenso wenig die Behauptung, es liege ein Handlungs- bzw. Erfolgsort in Zug vor. Ein solcher ergibt sich nicht bereits aus der blossen Behauptung, die Geschäftstätigkeit der Klägerin 1 erfolge von Zug aus. Zudem wären tatsächliche Behauptungen ebenfalls bezüglich der zwei anderen Klägerinnen notwendig gewesen. Erw. 5: Im Ergebnis durften die kantonalen Instanzen ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, dass ein Gerichtsstand in Zug fehlt.

Dieser Entscheid folgt der in Erwägungen 4.1.1 und 4.1.2 zusammengefassten Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 60 ZPO. Danach hat die klagende Partei auch in Verfahren der Verhandlungsmaxime die Tatsachen zu behaupten und zu belegen, welche die Zulässigkeit ihrer Klage begründen, und dieselbe Obliegenheit liegt bei der beklagten Partei bezüglich Tatsachen, welche die Zuständigkeit angreifen. «Das Gericht hat aber von Amtes wegen Abklärungen zu treffen, wenn die Gefahr besteht, dass ein Sachurteil trotz Fehlen einer Prozessvoraussetzung ergeht (BGE 146 III 185 E. 4.4.2 [...]). Die Pflicht, den Tatsachen nachzugehen oder diese von Amtes wegen zu berücksichtigen, betrifft also lediglich Umstände, welche die Zu-

lässigkeit der Klage hindern oder ein Nichteintreten begründen können (zit. Urteil 4A\_427/2018 E. 4; Urteil 4A\_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.4.2). Der Richter ist allerdings nicht zu ausgedehnten Nachforschungen verpflichtet (BGE 139 III 278 E. 4.3; [...]). Eine amtswegige Tatsachenermittlung ist freilich dann geboten, wenn nach den Parteivorträgen, aufgrund von notorischen Tatsachen oder sonst nach der Wahrnehmung des Gerichts Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Prozessvoraussetzung fehlen könnte (Urteil 5D\_181/2017 vom 24. April 2018 E. 2.4.2; [...]).»

Die Relevanz des hier besprochenen Entscheids liegt darin, dass das Bundesgericht die eben zitierten Grundsätze zu Art. 60 ZPO explizit auch auf die *Konstellation der negativen Feststellungsklage* anwendet: Die Klägerinnen hätten «die ihnen vorgeworfenen Handlungen präzisieren und ausführen müssen, wo der Handlungs- bzw. Erfolgsort liegen würde, wenn die Vorwürfe» der Beklagten zuträfen (Erw. 4.5, Abschnitt 3, Satz 2). Selbst wenn eine Feststellungsklägerin den Nichtbestand jedweder Forderung beantragt, ändert dies nichts daran, dass sie bereits in der Klageschrift zumindest bezüglich *der ihr bekannten Vorhaltungen* die tatsächlichen Voraussetzungen der internationalen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts darlegt, und nur soweit für sie nicht vorhersehbare Forderungsgrundlagen mit der Klageantwort ins Spiel kommen, muss sie spätestens in der Replik die diesbezüglichen Tatsachen behaupten und belegen, welche die Zuständigkeit zur Beurteilung der negativen Feststellungsklage begründen. Die Klägerin einer negativen Feststellungsklage kann das Erfordernis des Nachweises der internationalen Gerichtszuständigkeit bezüglich jeder vom Gericht zu prüfenden Anspruchsgrundlage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht aushebeln, indem sie die Feststellung verlangt, aus keinem Grund oder keiner Tatsache Geld zu schulden. Richtigerweise muss sich das Gericht ausdrücklich für nur einen Teilbereich der derart breit formulierten negativen Feststellungsklage für zuständig erklären, z.B. nur für deliktische oder nur vertragliche Ansprüche oder nur für Ansprüche aus Vertrag 1 und nicht solche aus Vertrag 2.

Dies kann Anlass für weitergehende Überlegungen bieten: Sollten *de lege ferenda* umfassende negative Feststellungsklagen («keine Forderung aus irgend einem Rechtsgrund...») nur am Wohnsitz- bzw. Sitzgerichtsstand der einen Partei, und zwar m.E. nur der Beklagten, angebracht werden können? Für eine solche Lösung spricht, dass es bei einem solchen Rechtsbegehren um die Gesamtheit des Bestandes der Forderungen und damit des Vermögens der Gläubigerin geht, und, wirtschaftlich betrachtet, die Verfügungsgewalt am Wohnsitz/Sitz der Gläubigerin lokalisiert werden kann. In solchen Konstellationen möchte sich die Feststellungsklägerin ja vorbehalten, im Verlauf des Prozesses jede theoretisch denkbare Forderungsbegründung zu bekämpfen, ohne den Streitgegenstand einzuschränken; solche Pauschalklagen verdienen aber m.E. keine Privilegierung auf der Ebene des Zuständigkeitsrechts. Der vorgeschlagenen Lösung (Konzentration der Zuständigkeit für *umfassende* negative Feststellungsklagen am Wohnsitz- bzw. Sitzgerichtsstand der damit beklagten

Partei) kann entgegengehalten werden, damit entziehe man der negativen Feststellungsklage den spezifischen praktischen Nutzen, nämlich nicht am Wohnsitz/Sitz der damit beklagten Partei klagen zu müssen. Dieser hier gemachte Vorschlag rechtfertigt sich m.E. aber damit, dass davon einzig negative Feststellungsklagen ohne Beschränkung auf konkrete Rechtsstreitigkeiten betroffen wären, und gerade solche unsubstanzierten Klagen sollen nicht dazu dienen, die potenzielle Gläubigerin zur frühzeitigen Geltendmachung der Forderung am Wohnsitz/Sitz der Feststellungsklägerin zu zwingen und dort nebenbei einen Gerichtsstand für Streitpunkte zu schaffen, für welche das angerufene Gericht von vorneherein keine internationale Zuständigkeit hätte.

Das angesprochene Missbrauchspotenzial könnte allerdings auch mit einfachen *verfahrensrechtlichen Mitteln* vermieden werden, nämlich indem das Gericht nach Eingang der Klageantwort (und meistens wohl nach Durchführung einer förmlichen Verhandlung mit den Parteien) in einem selbstständig anfechtbaren Zwischenentscheid die effektiven Streitgegenstände spezifiziert und seine eigene Zuständigkeit für die einzelnen möglichen Rechtsgrundlagen bejaht oder verneint. Folge davon ist, dass am Ende des Prozesses auch das Urteilsdispositiv spezifiziert, aus welchem Rechtsverhältnis und Rechtsgrund bzw. aufgrund welcher Tatsachen die Klägerin der Beklagten im Urteilszeitpunkt nichts schuldet. Eine förmliche Entscheidung, dass die Feststellungsklägerin der Gegenpartei unter keinem Titel irgend etwas schuldet, dürfte von einem Schweizer Gericht nur erlassen werden, wenn alle denkbaren Ansprüche aus «irgend einem Rechtsgrund» zwischen den Parteien klarerweise der schweizerischen Gerichtszuständigkeit unterstehen (was kaum je in dieser Absolutheit der Fall sein kann, wenn infrage kommende Sachverhalte Ausländbezüge aufweisen) – und diese Prozessvoraussetzung hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen. Zwar ist ein Urteilsdispositiv in der absoluten Breite klarerweise revisionsanfällig, soweit es um der beklagten Partei im Zeitpunkt des Aktenschlusses unbekannte Ansprüche geht – aber gerade in solchen Konstellationen ist zu vermuten, dass die Feststellungsklägerin sich ihr nicht zustehende Vorteile verschaffen wollte, und in solchen Konstellationen ist es widersprüchlich, von der beklagten Partei zu erwarten, sich mit dem Revisionsbegehren auf ein Schweizer Gericht einzulassen, wenn dieses für diese Ansprüche ohne die vorgängig hängig gemachte pauschale negative Feststellungsklage nicht entscheidungszuständig gewesen wäre.

B. Sachlicher Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, Art. 1 Abs. 1 und Art. 1 Ziff. 2 lit. a LugÜ. Rückgriff der zahlenden Erbin auf den solidarisch haftenden Miterben für Steuerschulden nach deutschem Recht.

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 1. November 2022, *A.A. c. B.A.*, BGer 4A\_240/2022.

Für zwei Schenkungsvorgänge des C.A. an dessen ältesten Sohn A.A. erliessen deutsche Behörden Schenkungssteuerbescheide gegen A.A. und die Witwe B.A. des inzwischen verstorbenen Schenkers. Während A.A. gegen alle Steuerbescheide Einspruch erhob, bezahlte die Witwe schliesslich die ihr gegenüber festgesetzten Steuern und nahm auf A.A. Regress im Umfang von über CHF 4,6 Mio. Beide kantonalen Instanzen hiessen die Regressklage gut.

Der Regressbeklagte wohnt in der Schweiz, die Klägerin verlegte ihren Wohnsitz ihrerseits aus Deutschland erst nach Klageanhängigmachung in die Schweiz. Die Vorinstanzen hatten daher von einem internationalen Prozessrechtsverhältnis auszugehen (Erw. 5).

Der Beschwerdeführer machte geltend, das Lugano-Übereinkommen sei wegen des öffentlichrechtlichen Charakters der Steuerforderung nicht anwendbar (Art. 1 Abs. 1 LugÜ). Das Bundesgericht führt dazu (Erw. 6.2) aus: In autonomer Auslegung des Abkommens muss, insbesondere bei einer Mehrzahl von Beziehungen, «zuerst ermittelt werden, welche Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehen (Urteil Frahuil, Randnr. 2)». Gemäss deutschem Recht, auf das sich die Regressklägerin/Beschwerdegegnerin beruft, lag mit der gemeinsamen Verwirklichung des Steuertatbestands ein Gesamtschuldverhältnis vor; gemäss §§ 421 und 426 Abs. 2 BGB geht die Forderung des Gläubigers (hier: des Staates) gegen die übrigen Schuldner im Umfang der intern zu tragenden Quote auf die zahlende Solidarschuldnerin über. Dies ist eine bestärkende Legalzession: Die übergehende Forderung besteht neben dem privatrechtlichen Ausgleichsanspruch gemäss § 426 Abs. 1 BGB. «Da die Legalzession aber lediglich der Durchsetzung der Ausgleichsansprüche dienen soll, gehen die Befugnisse, die öffentlich-rechtlicher Natur sind, nach der Rechtsprechung nicht auf den privaten Gläubiger über» (Erw. 6.2 mit Verweis auf Entscheidungen des BGH). Das Bundesgericht fährt dann fort, dass das Lugano-Übereinkommen nach Art. 1 Abs. 1 nur dann nicht anwendbar ist, wenn es bei der Streitsache um die Anwendung hoheitlicher Befugnisse geht, was hier nicht der Fall war.

Der Beschwerdeführer machte zudem erfolglos geltend, es handle sich um eine erbrechtliche Streitsache, auf welche das Lugano Übereinkommen nach dessen Art. 1 Ziff. 2 lit. a nicht anwendbar sei; der Regressanspruch stütze sich auf Schenkungen, die auf den Pflichtteil anzurechnen gewesen seien bzw. gegen Erbverzicht

erfolgt seien. Gemäss der in Erw. 7 zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffen erbrechtliche Streitigkeiten «Klagen, mit denen Bestand und Höhe erbrechtlicher Ansprüche geltend gemacht oder bestritten» werden. Hier geht es im Gegensatz dazu um den «Anspruch auf Rückerstattung der durch die Schenkung ausgelösten Erbschaftssteuern».

### C. Kriterien für die Bestimmung des Wohnsitzes von Personen mit regelmässigen Aufenthalten in verschiedenen Staaten. Art. 20 IPRG.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 5. August 2022, *A. c. Etat de Genève et Confédération suisse*, BGer 5A\_47/2022.

Immer häufiger beschäftigen Personen mit abwechselnden Aufenthaltsorten (z.B. mit Wohnungen und familiären Kontakten in verschiedenen Staaten) die Gerichte, wenn diese – z.B. zur Bestimmung der eigenen Entscheidzuständigkeit oder wie im hier angezeigten Entscheid zur Klärung der Zulässigkeit einer Arrestlegung in der Schweiz – den Wohnsitz in einem bestimmten Zeitpunkt fixieren müssen. In Erw. 4.4 bis 4.4.3 ist eine aktualisierte Zusammenstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Bestimmung des Wohnsitzes zu finden.

In diesem Entscheid ging es um die Frage, ob der Beschwerdeführer im Mai 2019 in Genf oder in Monaco Wohnsitz hatte. Nach eigener Darstellung hatte sich der Beschwerdeführer im Jahr 2019 130 Tage in Indien, 123 Tage in Monaco, 9 Tage in Genf aufgehalten; insgesamt hielt er sich während des Jahres 2019 insgesamt in 14 Ländern auf. Andererseits berücksichtigten die Vorinstanzen unter anderem den Umstand, dass im Zeitraum zwischen 19. März und 8. Juli 2019 von 14 Flugbilletten deren 11 als Abfahrts- oder Destination den Flughafen Genf aufführen. Damit war ein Zeitraum rund um denjenigen der strittigen Arrestlegung im Mai 2019 erfasst, und unter anderem daraus konnte nach Ansicht des Bundesgerichts die kantonale Vorinstanz willkürfrei annehmen, dass die Beziehungen des Beschwerdeführers im Mai 2019 zu Genf enger waren als zu Monaco (dies obwohl andererseits immerhin 7 der erwähnten Flugbillette den Flughafen Nizza als Abfahrts- oder Destinationsort aufgeführt hatten, s. Erw. 6.1.2!). Auch befand die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer Kopien von ihm (bzw. nach Ansicht der Vorinstanz: aller) wichtigen Dokumenten in einem Zimmer der vom Sohn bewohnten Villa in Genf aufbewahrt hatte. Richtigerweise spielten zwar bei der vorinstanzlichen Beweiswürdigung die familiären Verhältnisse eine gewichtige Rolle, aber auch diesbezüglich wäre m.E. ein anderes Resultat der Abwägung möglich gewesen, zumal in Genf zwar der Sohn mit dessen Familie lebt, in Monaco aber dem Beschwerdeführer und dessen Gattin eine grosse Wohnfläche in einer ihm und zwei Brüdern gehörenden Immobilie zusteht und ihm vier Autos und zwei Yachten gehören. Für ein Domizil in Monaco

hätte m.E. als Indiz auch der Umstand ein gewisses Gewicht haben können, dass der Beschwerdeführer ein monegassisches «certificat de résidence» hatte. Allerdings: Für Aussenstehende, die keinen Einblick in die Akten hatten – wie den Rezensenten – ist es natürlich schwierig, sich eine abschliessende Meinung zu den kantonalen Entscheidungen und zum einzig unter Willkür Gesichtspunkten gefällten Bundesgerichtsentscheid zu bilden.

Grundsätzlicher ist zu kritisieren, dass der Entscheid den Widerspruch nicht auflöst, dass er einerseits betont, es komme auf den engsten Bezug des Beschwerdeführers zu einem bestimmten Ort im Zeitpunkt der Arrestlegung im Mai 2019 an (auf diesen Zeitpunkt beziehen sich konsequenterweise die Beweiserhebungen der Vorinstanzen), andererseits aber in Erw. 6.1.2 ausführt, der Beschwerdeführer verfüge über grosse finanzielle Mittel, die es ihm erlauben, rasch und häufig den Aufenthaltsort zu wechseln; dies habe aber keinen Einfluss auf den Lebensmittelpunkt, welcher am Ort liege, wo die meisten Elemente seiner Lebensführung zusammenkommen, und zwar ununterbrochen während Jahrzehnten (wörtlich: «le centre de son existence, qui correspond au lieu où se focalise le maximum d'éléments concernant sa vie, de manière ininterrompue depuis plusieurs dizaines d'années»). Diesbezüglich besteht Klärungsbedarf, nämlich, ob die Wohnsitzeverhältnisse im relevanten Zeitpunkt isoliert gewürdigt werden müssen oder wie weit – allerdings speziell begründungsbedürftig – ein weiterer Zeithorizont einbezogen werden soll.

Korrekterweise nur im Sachverhalt, nicht in den Erwägungen erwähnt wird, dass es um steuerrechtliche Sicherstellungsverfügungen des Bundes und des Kantons Genf über insgesamt rund CHF 157 Mio. ging.

- D. Zuständigkeitsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ. Bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter können die Parteien dem Dritten den Anspruch so einräumen, dass dieser die zu seinen Gunsten geschaffene Forderung einzig vor dem vereinbarten Forum einklagen kann.

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 23. November 2022, *A. AG c. B. EU Holding B.V., und B. Inc.*, BGer 4A\_120/2022.

Art. 23 LugÜ – wie übrigens auch Art. 5 IPRG und Art. 17 ZPO – regelt im Wortlaut nicht, ob oder inwieweit in einem echten Vertrag zugunsten Dritter der Dritte an eine Gerichtsstandsvereinbarung gebunden ist; auch die erläuternden Berichte geben keine Klärung (Erw. 4.1). Eine Minderheit der Lehre bringt zwar Argumente aus System und Zweck des Lugano-Übereinkommens im Allgemeinen zugunsten einer vertragsautonomen Lösung vor, überzeugt damit aber die herrschende Lehre und auch das Bundesgericht nicht (Erw. 4.2 und 4.3). Somit greift das Bundesgericht auf nationales Recht zurück, genauer: «auf das nach dem IPR des Forumstaates für

anwendbar erklärte nationale Recht bzw. das nach dem Hauptvertrag anwendbare Recht [...]. Ist der Dritte danach gebunden, kann die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ dem Dritten entgegen gehalten werden. Die Wirkung der Vereinbarung bestimmt sich insoweit wieder nach dem Lugano-Übereinkommen» (Erw. 4.4).

Somit kommt das Bundesgericht in Erw. 4.5 mit der von ihm zitierten herrschenden Lehre zum Schluss, dass die Parteien eines echten Vertrags zugunsten Dritter diesem den Anspruch so einräumen *können*, dass er den ihm eingeräumten Anspruch nur vor dem vertraglich vereinbarten Forum einklagen kann. Dem vom IPR des Forumstaates bestimmten Vertragsstatut ist also zu entnehmen, welche zwingenden oder dispositiven Rechtsätze einschlägig sind. Dasselbe gilt folglich für die den Parteien diesbezüglich zustehende materiellrechtliche Privatautonomie. Hingegen ändert dies nichts daran, dass im Übrigen von den Vertragsparteien die Formvorschriften des Lugano-Übereinkommens einzuhalten sind (Erw. 4.4).

Ohne dass sich das Bundesgericht dazu äussert, kann m.E. davon ausgegangen werden, dass es im Rahmen des Art. 5 IPRG zum selben Auslegungsergebnis käme.

Der hier angezeigte Entscheid wurde ausführlich, auch bezüglich materiellrechtlicher Fragen, von Bernhard Berger/Jan Heller in AJP/PJA 2023, 648–655, besprochen.

## II. Verfahrensrechtliche Fragen

### A. Interpretation des neuen Art. 190a IPRG. Revision in Schiedsverfahren.

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 8. März 2023, *Republik Indien c. Aa. AG*, BGer 4A\_184/2022.

Die Aa-AG warf der Republik Indien die Verletzung des bilateralen Investitionsschutzübereinkommens Indien–Deutschland vor und klagte diese vor einem Schiedsgericht mit Sitz in Genf auf Schadenersatz ein. Im Dezember 2017 hat das Schiedsgericht mit einem Zwischenschiedsspruch die eigene Zutändigkeit bejaht und im Grundsatz erkannt, dass der Staat Indien das Mass gerechter und billiger Behandlung gemäss dem bilateralen Abkommen verletzt hatte. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde Indiens im Dezember 2018 ab, soweit es darauf eingetreten ist. Mit Endschiedsspruch vom Mai 2020 verurteilte das Schiedsgericht die Beklagte zur Schadenersatzzahlung von 93 Mio. Dollar. Der Schiedsspruch blieb unangefochten. Im Mai 2022 verlangte die Republik Indien beim Bundesgericht die Revision des Zwischenschiedsspruchs von 2017 und des Endschiedsspruchs von 2020.

Das Bundesgericht hatte die per Anfang 2021 in Kraft getretenen Bestimmungen Art. 190a und folgende des IPRG anzuwenden. Diese sind intertemporalrechtlich

anwendbar, weil das Revisionsgesuch nach dem 1. Januar 2021 eingereicht worden ist; dies gilt auch, wenn der Schiedsspruch vor diesem Datum ergangen ist (Erw. 2.2).

Revisionsgesuche können sich nur auf materiell rechtskräftig Entschiedenes beziehen. Diese Voraussetzung war hier gegeben. Für das Schiedsgericht war das Verfahren abgeschlossen. Sowohl der Zwischen- wie auch der Endentscheid des Schiedsgerichts waren somit zulässige Revisionsobjekte. Hingegen hat es die Revisionsklägerin unterlassen, den Bundesgerichtsentscheid betreffend den Zwischenentscheid aus dem Jahr 2018 (Zuständigkeit, Grundsatz der Verletzung des bilateralen Investitionsschutzabkommens) zum Gegenstand des Revisionsgesuchs zu machen.

Die Revisionsklägerin macht geltend, sie habe mit dem Urteil des indischen Supreme Court vom 17. Januar 2022 erhebliche neue Tatsachen und Beweismittel dafür erfahren, dass die strittige Investition auf betrügerische Weise erfolgt und daher widerrechtlich gewesen sei. Mit dem genannten Urteil wurde letztinstanzlich die Liquidation einer Gesellschaft wegen betrügerischer Machenschaften angeordnet.

Es war zu prüfen, ob die Frist zur Einreichung des Revisionsgesuchs (90 Tage seit Entdeckung des Revisionsgrundes) gewahrt worden war. Die Frist wäre zwar eingehalten worden, berechnet man sie ab Eröffnung des genannten letztinstanzlichen indischen Urteils. Jedoch stellte das Bundesgericht (Erw. 4.3) fest, dass schon die zwei indischen Vorinstanzen die Liquidation der Gesellschaft wegen betrügerischer Machenschaften angeordnet hatten und die Revisionsklägerin somit schon Jahre zuvor entsprechende Kenntnisse hatte. Die Revisionsklägerin hat es jedenfalls unterlassen, konkrete tatsächliche Ausführungen und Beweismittel dazu vorzubringen, dass sie erst seit Januar 2022 konkrete Kenntnisse darüber erhalten haben soll. Für die Fristberechnung relevant ist der Zeitpunkt, in dem die Revisionsklägerin Kenntnis von den Machenschaften hatte, und nicht erst der Zeitpunkt, in dem die Machenschaften letztinstanzlich autoritativ festgestellt worden sind.

In Erw. 4.3 führt das Bundesgericht eine einengende Auslegung des Art. 190a IPRG ein: Danach beginnt die Revisionsfrist bereits ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem die Partei Kenntnis von der Tatsache erhalten hat, und nicht erst im Zeitpunkt, in dem sie auch die Beweismittel in den Händen hat. Diese einengende Auslegung ist m.E. weder vom Wortlaut noch von der Entstehungsgeschichte her geboten oder gar naheliegend. Denn grundsätzlich fordert die Rechtsprechung bezüglich nachträglich entdeckter Tatsachen, dass der Revisionskläger sichere Kenntnis der Tatsache hat, und nicht nur Vermutungen. Und sichere Kenntnis hat man regelmässig erst dann, wenn man schlüssige Argumentationen vorweisen kann und über recht exakte Informationen verfügt, was wohl erst der Fall sein wird, wenn man auch zugleich entsprechende Beweismittel bezeichnen kann. Rechtspolitisch ist zu bedenken: Es liegt nicht im Interesse der Justiz, Parteien dazu anzuhalten, frühzeitig auf blosse Verdachtsmomente hin Revisionsverfahren in Gang zu setzen – solche können dann zwar von den Revisionsinstanzen relativ einfach als blosse Unterstellungen abgetan werden, aber dem Zweck der Revisionsverfahren wird damit nicht entsprochen.

### III. Anwendbares Recht

#### A. Verjährungsunterbrechung durch ein im Schlichtungsverfahren in «falscher» Währung gestelltes Rechtsbegehren.

Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 8. November 2022, *A. c. B., C., D. SA*, BGer 4A\_298/2021.

Im Entscheid BGer 4A\_503/2021 vom 25. April 2022 i.S. *A. et B. c. Union Cycliste Internationale (UCI)* hat das Bundesgericht trotz Kritik der Lehre an seiner langjährigen Rechtsprechung festgehalten, dass Forderungsklagen, deren Rechtsbegehren in «falscher» Währung definiert sind (in casu: in EUR statt in CHF), materiell abgewiesen werden müssen, weil eine in der nicht richtigen Währung geforderte Forderung ein «aliud» sei. Konsequenz dieser Konstruktion ist immerhin auch, dass – sofern keine Verjährung oder Verwirkung eingetreten ist – eine neue Klage in der «richtigen» Währung möglich bleibt (was der hier angezeigte Entscheid vom 9. November 2022 in Erw. 5.2 bestätigt). Der Rezensent hat die Klageabweisung von in «falscher» Währung eingereichten Forderungsklagen in der letztjährigen Chronik, 32 SRIEL (2022), 430–435, kritisiert; ebenso ausführlicher zusätzlich unter methodologischen Gesichtspunkten in ZZZ (2022), 457–466.

Im in der diesjährigen Chronik angezeigten Entscheid geht es um die Thematik, ob ein in «falscher» Währung definiertes Rechtsbegehren im Begehren um Durchführung eines Schlichtungsgesuchs (in casu: Rechtsbegehren in CHF) die Verjährung unterbrechen konnte, sodass ein nunmehr in der durch die Verjährungsunterbrechung neu laufenden Frist das in «richtiger» Währung (EUR) formulierte Rechtsbegehren vom Gericht behandelt werden muss.

Das Bundesgericht behandelt diese Thematik in Erw. 6 nicht unter dem Gesichtspunkt der Dispositonsmaxime bzw. eines «aliud»-Charakters der Forderung, sondern unter demjenigen der Rechts- und Interessenlage bei der (materiellrechtlichen) Verjährungsunterbrechung durch Inanspruchnahme einer Behörde. Entscheidend sei, dass die Forderung, um deren Verjährungsunterbrechung es geht, genügend individualisiert ist (Erw. 6.2.1.1) und dass der unterbrechende Akt (hier: das Schlichtungsverfahren) von der «richtigen» Gläubigerin ausgeht und gegen die «richtige» Schuldnerin gerichtet und dieser zugegangen ist (Erw. 6.2.1.2). Nach dem Vertrauensprinzip sei daraus zu schliessen, dass ein auf Schweizer Franken lautendes Schlichtungsbegehren, das vor Ablauf der Verjährungsfrist eingereicht worden ist, den Lauf der Verjährung auch einer in ausländischer Währung geschuldeten Forderung unterbricht. Das Bundesgericht führt zur Begründung weiter aus, die Forderung und deren Grundlage seien genügend individualisiert und die Beträge in Schweizer Franken oder in Euro seien nur zwei Seiten desselben Gegenstands (wörtlich: «[...] les montants en francs suisses et en euros ne sont que les deux faces d'une même pièce»). Diese Einsicht des Bundesgerichts ist zu begrüssen; im einleitend zitierten Entscheid

war das Bundesgericht noch von einem «aliud» ausgegangen. Als weitere Begründung führt das Bundesgericht aus, es sei nicht einzusehen, warum es zwar möglich ist, die Verjährung einer Forderung in ausländischer Währung durch Betreibung – und damit notwendigerweise in Schweizer-Franken-Beträgen – zu unterbrechen, nicht aber durch ein Begehren um Schlichtungsgesuch, das auf Schweizer Franken lautet. Auch dieser Begründung ist zuzustimmen, weil es sich in beiden Konstellationen um Verjährungsunterbrechungen unter Mitwirkung einer staatlichen Behörde handelt. Konsequenterweise müsste a fortiori angenommen werden, dass auch die gerichtliche Klage in «falscher» Währung verjährungsunterbrechende Wirkung hat – also im in der letztjährigen Chronik besprochenen Fall ebenfalls eine Verjährung nicht eintreten konnte, solange das Verfahren hängig war. Dies, wenn schweizerisches Verjährungsrecht auf die Forderung anwendbar ist oder das ausländische Forderungsstatut eine Regelung mit vergleichbarem Resultat enthält.

Der hier angezeigte Entscheid wurde von Raphael Märki, ZZZ (2023), 194–199, ausführlich besprochen.

## B. Pauschale Unterstellung von Simulation und Rechtsmissbrauch unter die materielle lex fori.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 10. November 2022, *A. AG c. B.*, BGer 5A\_743/2021.

Im Rahmen einer Widerspruchsklage machte der bestreitende Gläubiger geltend, das den Drittanspruch begründende Geschäft sei zufolge Simulation unwirksam. Dazu Erw. 5.2 des angezeigten Entscheids: «Das Obergericht ist mit dem Bezirksgericht davon ausgegangen, dass sich die Voraussetzungen der Simulation – ebenso wie diejenigen des Rechtsmissbrauchs (BGE 128 III 101 E. 1c; Urteil 4A\_446/2018 vom 21. Mai 2019 E. 3.3, nicht publ. in: BGE 145 III 303) – in jedem Fall nach schweizerischem Recht richten, was von der Beschwerdeführerin auch vor Bundesgericht nicht beanstandet wurde.»

Dieser Auffassung muss deutlich widersprochen werden. Zutreffenderweise behandelt man zwar die beiden materiellrechtlichen Einwendungen der Simulation und des Rechtsmissbrauchs kollisionsrechtlich gleich, kann doch die erstere als Anwendungsfall des breiteren Verbots des Rechtsmissbrauchs verstanden werden bzw. geht es um Anwendungen ähnlicher Generalklauseln mit negativem Werturteil.

Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum bezüglich Simulation und Rechtsmissbrauch vom üblichen methodischen Vorgehen abgewichen werden soll, nämlich dass das nach den IPR-Kollisionsregeln des Forums massgebliche ausländische Forderungsstatut die zur Fallentscheidung materiellrechtlichen Regeln und Ausnahmebehelfe bereithält. Es ist die anwendbare Rechtsordnung, welche den Inhalt und die Auslegung der eigenen Rechtssätze bestimmt und damit auch den Umfang und die

Grenzen der Rechtsfolgenanordnung selber festlegt. So sagt Art. 13 IPRG im ersten Satz: «Die Verweisung dieses Gesetzes auf ein ausländisches Recht umfasst alle Bestimmungen, die nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind.» Dazu z.B. Anton Heini/Andreas Furrer im Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 13 N 2: «Der Grundsatz der umfassenden Anwendung des ausländischen Rechts basiert auf dem Grundsatz der Anerkennung der Gleichwertigkeit ausländischer Rechtsordnungen unabhängig von ihrer politischen oder regulativen Ausrichtung.» Und dieselben, op. cit., Art. 13 N 18 und unter Verweis auf BGE 126 III 493, E. 3c/aa: «Das schweizerische Gericht hat das ausländische Recht im Grundsatz so anzuwenden, wie dies ein Gericht in der berufenen Rechtsordnung tun würde.»

*Simulation* ist ein seit Jahrtausenden bekanntes Problem insbesondere des Vertragsrechts, und es ist doch selbstverständlich, Kriterien zur Beurteilung typischer Fallgruppen in der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und dem Schrifttum in derjenigen (ausländischen) Rechtsordnung zu suchen, die das Gericht aufgrund der Verweisung im IPRG auf den Vertrag anzuwenden hat. Es geht dabei ja den involvierten Parteien regelmässig darum, einzelne Voraussetzungen oder tatsächliche Umstände oder Zweckverwendungen für den im ausländischen Gesetz vorgesehenen Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge zu simulieren oder zu dissimulieren. Was Art. 18 OR zur Lösung beitragen können soll, ist unerfindlich. Und wenn ausnahmsweise die Anwendung des fremden Rechts (inklusive dessen Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Simulation) im Einzelfall zu einem ungerechten Ergebnis führen sollte, hat das Schweizer Gericht nach Art. 17 IPRG (*Ordre public*) zu verfahren. Art. 18 OR hilft nicht weiter: Absatz 1 gibt bloss eine Lehrbuchdefinition der Simulation, und die in Absatz 2 geregelte Frage der Wirkung gegenüber Dritten muss erst recht dem ausländischen Forderungsstatut überlassen bleiben.

Jede ausländische Rechtsordnung kennt in der einen oder anderen Form wertende Gesetzes- und Auslegungskorrekturen gegenüber sinn- und zweckwidrigen Ergebnissen eines bloss formalen, nicht wertungsorientierten Rechtsfindungsvorgangs bzw. einer missbräuchlichen Berufung auf den Wortlaut oder die darauf bezogene tradierte Rechtsprechung. Ob die ausländische Rechtsordnung eine Art. 2 ZGB vergleichbare gesetzliche Generalklausel des Rechtsmissbrauchs kennt oder eine entsprechende Rechtsprechungstradition mit spezifischen Rechtsfiguren (wie z.B. *sham trust*, *piercing the corporate veil*) pflegt oder ob sie es ganz einfach einer wertenden teleologischen Auslegung überlässt, die missbräuchliche Berufung auf eine positivrechtlich verfestigte, aber undifferenzierte Auslegung zu korrigieren, ist insofern gleichgültig. Entscheidend ist, dass jede Rechtsordnung ein Instrumentarium kennt, das *Rechtsmissbrauch* ausschliesst. Ist nach dem IPRG-Kollisionsrecht des Forums fremdes Recht anzuwenden, bedeutet richtige, kohärente Anwendung fremden Rechts auch und gerade, in Auslegung der fremden Rechtssätze akkurat ebenfalls dem Weg

zu folgen, den die Gerichte dieses fremden Staates gehen, um Rechtsmissbrauch zu bekämpfen.

Unmittelbar Art. 2 Abs. 2 ZGB zur Grundlage heranzuziehen, um innerhalb der anwendbaren ausländischen Rechtsordnung Ergebniskorrekturen anzubringen, ist aus mehreren Gründen methodisch falsch: Eine wertende Generalklausel wie Art. 2 ZGB ist keine *loi d'application immédiate* im Sinne von Art. 18 IPR, d.h., sie hält nicht unmittelbar eine Ersatzlösung bereit. Für eine materiellrechtliche, ergebnisfokussierte Korrektur im Einzelfall steht der *Ordre public* nach Art. 17 IPRG zur Verfügung; dessen Anwendung im Einzelfall setzt aber voraus, dass zuerst geprüft wird, ob nicht innerhalb der anwendbaren fremden Rechtsordnung eine Korrektur des im ersten Auslegungsvorgang gefundenen stossenden Ergebnisses zu finden ist. Die schweizerische Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 ZGB bietet kaum je brauchbare Präjudizien oder überzeugende Anhaltspunkte für Rechtsmissbrauchskonstellationen, die sich aus der Berufung auf ein bestimmtes ausländisches Rechtsinstitut oder einen zweckwidrig angerufenen ausländischen Rechtssatz ergeben können.

Ob im IPR-Kollisionsrecht nach richtiger Methode vorgegangen wird, lässt sich oft anhand eines einfachen Tests feststellen. Fände es das Bundesgericht richtig, wenn ein ausländisches Gericht zwar auf einen Vertrag Schweizer Recht anwendet, jedoch für die Frage einer Simulation oder eines Rechtsmissbrauchs die eigene materiellrechtliche *lex fori* heranzieht?

Die formale Begründung der hier kritisierten Äusserung des Bundesgerichts in Erw. 5.2 lässt hoffen, dass das Bundesgericht auch anders wird entscheiden können. Denn diese Erwägung verweist darauf, dass schon beide kantonalen Instanzen trotz ausländischem Vertragsstatut die Frage der Simulation nach Schweizer Recht entschieden hatten und die Beschwerdeführerin dies vor Bundesgericht nicht gerügt hatte. Das heisst: Der Entscheid fiel mangels Rüge ohne weitere Hinterfragung der kollisionsrechtlichen Frage so aus. Das lässt darauf hoffen, dass bei nächster Gelegenheit das Bundesgericht seine Rechtsprechung (u.a. BGE 128 III 201 Erw. 1c; vom Rezenten kritisiert in SZIER [2003], 259–267) korrigiert, zumal seine Rechtsprechung in dieser methodologischen Frage nicht so einheitlich war.

#### IV. Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen. Internationales Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

- A. Keine Prüfung der Verweigerungsgründe nach Art. 34 und Art. 35 LugÜ durch das Rechtsöffnungsgericht, wenn die Schuldnerin es in einem vorgängigen Verfahren auf einen selbstständigen Exequaturentscheid unterlassen hatte, Beschwerde nach Art. 327a ZPO zu führen.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 6. Februar 2023, *A. c. B.*, BGer 5A\_528/2022.

Nach wie vor scheint die in Erw. 3.2 zusammengefasste und in Erwägungen 3.3 und 3.4 nochmals begründete Rechtsprechung einen (vermeidbaren) Stolperstein zu bilden: Wählt die Gläubigerin das selbstständige Exequaturverfahren, um die Vollstreckbarkeit des ausländischen Titels als Hauptfrage feststellen zu lassen, und unterlässt die Schuldnerin gegen einen gutheissenden Entscheid die Beschwerde nach Art. 327a ZPO, ist die Schuldnerin im Verfahren auf definitive Rechtsöffnung mit der Geltendmachung von Verweigerungsgründen nach Art. 34 und Art. 35 LugÜ ausgeschlossen.

- B. Glaubhaftmachen eines genügenden Bezugs der Forderung zur Schweiz als Arrestvoraussetzung nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Unerlaubte Handlung, Geldwäscherei nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. Juli 2022, *A. Ltd., B. Ltd., C N.V. c. D. S.p.A. und E. S.p.A.*, BGer 5A\_709/2018, auszugsweise amtlich publiziert: BGE 148 III 377.

In einem Arresteinspracheverfahren, das sich gegen die Verarrestierung von Vermögenswerten auf einem Konto bei einer Schweizer Bank richtet, ging es u.a. um die Frage, ob die Forderung – als Arrestvoraussetzung nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG – infolge Geldwäscherei einen *genügenden Inlandsbezug* aufweise. Das Bundesgericht hebt das Urteil der oberen kantonalen Gerichtsinstanz auf; dieses erachtete es in willkürlicher Weise als glaubhaft, dass die Forderung infolge Geldwäscherei (Art. 305<sup>bis</sup> StGB) einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweise.

In Erw. 2.3.5 führt das Bundesgericht aus, dass die blossе Präsenz von in der Schweiz arretierten Vermögenswerten noch keinen genügenden Inlandsbezug herstellt. Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass in der Schweiz erfolgte Geldwäscherei als

unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR) anhand der Kriterien in Art. 129 ff. IPRG einen genügenden Bezug zur Schweiz begründen kann. Diesen muss die Gläubigerin als Voraussetzung des Arrests nach den Regeln des SchKG glaubhaft machen (Art. 272 Abs. 1 SchKG); *sie* muss ja die den Arrestgrund bildenden Tatsachen darlegen und die Beweismittel vorlegen, welche die Arrestvoraussetzungen glaubhaft machen. Es obliegt somit der Gläubigerin, die tatbeständlichen Voraussetzungen der Geldwäscherei nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB glaubhaft zu machen, so insbesondere, dass die Vorgehensweise geeignet ist, den Zugriff auf bzw. die Beschlagnahme der Vermögenswerte zu vereiteln (Verweis auf BGE 144 IV 172 Erw. 7.2.2). Soll die strafbare Vortat im Ausland begangen worden sein, darf diese noch nicht verjährt gewesen sein, als die Geldwäschereihandlungen vorgenommen wurden (Verweis auf BGE 145 IV 335 Erw. 3.3), und im Zeitpunkt der Vornahme der Geldwäschereihandlungen musste nach der damaligen ausländischen Rechtslage eine Beschlagnahme bzw. ein Einzug möglich gewesen sein (Verweis auf BGE 145 IV 335 Erw. 4.4).

Die Gläubigerin hatte als Vortat (einzig) eine unrechtmässige Aneignung (Art. 137 StGB) behauptet; die Vorinstanz war demgegenüber zum Schluss gelangt, dass es an der erforderlichen Widerrechtlichkeit der Aneignung gefehlt hatte. Das Bundesgericht rügt die kantonale Vorinstanz, weil diese trotzdem von Amtes wegen den Tatbestand der Geldwäscherei «aus anderen Gründen» bejaht und damit auch auf die Absicht der Vereitelung der Rechtsverfolgung geschlossen hat. Zudem beanstandet das Bundesgericht, dass die Vorinstanz daraus ermessensweise auf einen Inlandsbezug geschlossen hatte.

### C. Gegen die ungeteilte Erbschaft gerichtete Arrestgesuche. Art. 49 SchKG.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 31. Oktober 2022, *A. c. Erbschaft von B. selig*, BGer 5A\_103/2022.

Wie das Bundesgericht in Erw. 3.4.1 ausführt, wird der Betreuungsort des Arrestes nach Art. 52 SchKG durch den vollzogenen Arrest begründet. Im hier besprochenen Entscheid war strittig, ob gegen die unverteilte Erbschaft durch Arrest nur dann ein Vollstreckungsort (Betreuungsort) bestehen kann, wenn der Arrest gegen den Erblasser bereits im Zeitpunkt seines Todes vollzogen worden ist, oder ob eine Betreuung auch am Ort des Arrestes gegen die unverteilte Erbschaft möglich ist.

Kantonale Rechtsprechungen erlauben den Betreuungsort des Arrestes und anerkennen, dass das Arrestgesuch nicht nur gegen einzelne Erben, sondern auch gegen die unverteilte Erbschaft gerichtet werden kann (Erw. 3.4.2). Das Obergericht Zürich hat im vor Bundesgericht angefochtenen Entscheid vom 6. Januar 2022 befunden, Art. 49 SchKG setze voraus, dass ein Betreuungsort des Arrestes (Art. 52 SchKG) im Zeitpunkt des Todes des Erblassers tatsächlich bestanden haben müsse, d.h. ein Ar-

rest bereits vollzogen worden war (Erw. 3.5.1). Dem hält das Bundesgericht in Erw. 3.5.2 entgegen, dass die Sonderbestimmung Art. 49 SchKG der ungeteilten Erbschaft die passive Parteifähigkeit im Zusammenhang mit Betreibungen verleiht (Verweis u.a. auf BGE 116 III 4 Erw. 2a). In Erw. 3.5.4 kommt das Bundesgericht zum Schluss: «Nach der Rechtsprechung bringt die Vorschrift von Art. 49 SchKG unabhängig vom auf den Nachlass anwendbaren Recht (BGE 147 III 106 E. 3.4.4) eine Sachhaftung aller Erben zur Anwendung, solange die Teilung des Nachlasses bzw. eine amtliche Liquidation – unter Berücksichtigung ausländischen Rechts (BGE 145 III 205 E. 4.4.6) – nicht vorgenommen worden ist. Zweck der Bestimmung ist, dem Gläubiger in beschränktem Rahmen ein Vorgehen zu ermöglichen, wenn noch unklar ist, wer Erbe ist, oder wenn die Erben auswärts wohnen und der Nachlass nach der Teilung in alle Winde verweht wird (BGE 146 III 106 E. 3.4.2; [...]).» Somit kann «*das Arrestgesuch (auch) gegen die ungeteilte Erbschaft gerichtet werden [...], wenn die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte des Erblassers im Zeitpunkt des Todes mit Arrest belegt und damit ein Betreibungsort (Art. 52 SchKG) hätte geschaffen werden können.*»

Interessant und überzeugend ist auch Erw. 3.3.3, was die *Kognition des Bundesgerichts* anbelangt: «Wenn das Obergericht eine Vollstreckung (Betreibung) am Arrestort gegenüber der Erbschaft ausgeschlossen hat, geht es nicht um die blosse Durchführung des Arrestes, d.h. eine arrestspezifische Kritik, sondern um die korrekte Anwendung der nationalen Zuständigkeitsregeln im Hinblick darauf, ob in der Schweiz (Zürich) eine Vollstreckung überhaupt möglich sein könnte, was das Obergericht verneint hatte. Damit erfasst die Kritik des Beschwerdeführers die Anwendung von Art. 39 Abs. 2 LugÜ, d.h. die Zuständigkeit zur Vollstreckbarerklärung des ausländischen Urteils, und die Kognition des Bundesgerichts ist frei.»

#### D. Anforderungen an das Rechtsbegehren der Gläubigerin, wenn diese ein Arrestbegehren unter Beilegung eines Entscheids eines Lugano-Konventions-Staates einreicht.

Schweizerisches Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 18. Januar 2023, *A. c. B.*, BGER 5A\_428/2022.

Dieser Leitentscheid äussert sich erstmals zur bisher (BGE 147 III 491 E. 6.2.1) offengelassenen Frage, ob der Arrestrichter in Verfahren gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Lugano-Konventions-Urteils auch dann bejahen darf, wenn die Gläubigerin keinen ausdrücklichen Antrag auf Vollstreckbarerklärung gestellt hat (Erw. 5).

Die Mehrheit der in Erw. 5.1.1 zitierten Lehrmeinungen bejaht diese Möglichkeit, eine Minderheit schränkt diese Möglichkeit ein oder verneint sie ganz.

Bevor sich das Bundesgericht explizit zur Kontroverse äussert, relativiert es in Erw. 5.1.2 die praktische Bedeutung der Kontroverse. Es betont, dass einer Gläubigerin, welcher das Exequatur einzig deswegen verweigert wird, weil sie einzelne Dokumente aus dem ausländischen Verfahren nicht mitgeliefert hat, keine materielle Rechtskraft des abweisenden Entscheids entgegengehalten werden kann. Materiell rechtskräftig wird ein abweisender Exequatur-Entscheid nur, wenn das Gericht Einwendungen gegen die Vollstreckbarerklärung materiell beurteilt. Zudem stehen den Exequaturgerichten Möglichkeiten offen, wie z.B. die Gläubigerin zur Ergänzung der Dokumentation aufzufordern oder sich allenfalls auch nur mit Kopien der einzureichenden Dokumente zu begnügen. Und zudem: Der Gläubigerin stehen gegen die das Exequatur verweigernden Lugano-Konventions-Entscheide Rechtsmittel mit freier rechtlicher Kognition zur Verfügung (BGer 5A\_103/2022 vom 31.10.2022 E. 3.3.4).

In Erw. 5.2.1.2 betont das Bundesgericht, wie einfach der Nachweis der Vollstreckbarkeit zu erbringen ist, nämlich mit der Vorlegung des ausländischen Urteils und der Bescheinigung des Urteilsstaates nach Art. 54 LugÜ bzw. Formblatt gemäss Anhang V. Das führt dazu, dass sich die Gläubigerin vorerst mit dem Arrestbegehren und zum Nachweis der Vollstreckbarkeit mit dem Einreichen dieser Dokumente begnügen kann und allfällige Einwendungen des Schuldners erst im Beschwerdeverfahren zu hören sind.

Und in Erw. 5.2.1.3 weist es auf die verschiedenen Möglichkeiten hin: nämlich dass die Gläubigerin den Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziffer 6 SchKG gleichzeitig, aber mit separaten Rechtsbegehren auch die Vollstreckbarerklärung verlangen kann – was in der Regel vorzuziehen ist –, oder aber zuerst das Exequatur und erst nach erhaltenem Exequaturrecht das Arrestbegehren stellen kann; in letzterem Fall verzichtet die Gläubigerin auf den Überraschungseffekt des Arrests.

Schliesslich kommt das Bundesgericht zum Schluss (Erw. 5.2.3 am Ende): Stellt das Arrestgericht fest, dass die Gläubigerin den Arrestgrund Art. 271 Abs. 1 Ziffer 6 SchKG anruft, aber gegen eine Vollstreckbarerklärung oder eine Beurteilung der Vollstreckbarkeit des ausländischen Entscheids *opponiert*, muss es sich aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) darauf beschränken, das Arrestbegehren abzuweisen. Drückt die Gläubigerin hingegen *keine Opposition* gegen eine Beurteilung der Vollstreckbarkeit aus, und ordnet das Arrestgericht – mit oder ohne auf das Exequatur bezogenes formelles Rechtsbegehren – den Arrest an, verstösst es nicht gegen die Dispositionsmaxime, wenn es annimmt, dass die Gläubigerin implizit die Vollstreckbarerklärung beantragt hat.

Im Ergebnis ist dem Entscheid zuzustimmen: Macht die Gläubigerin mit dem Arrestbegehren zugleich die Vollstreckbarkeit des ausländischen Lugano-Konventions-Entscheids durch Einreichen des ausländischen Entscheids und der Bescheinigung des Urteilsstaates nach Art. 54 LugÜ vorerst glaubhaft (selbst wenn sie keinen ausdrücklichen Antrag auf Exequatur formuliert hat), darf der Arrestrichter den aus-

ländischen Entscheid zugleich auch vollstreckbar erklären, wenn nicht auf den Willen der Gläubigerin geschlossen werden kann, dass sie die Vollstreckbarerklärung gar nicht will.

Zu bedauern ist, dass das Bundesgericht nicht einen Schritt weiter geht und sich nicht auch zur Konstellation äussert, dass sich das kantonale Gericht *gegenteilig* entschieden, d.h. das Exequatur verweigert hat. (Im hier besprochenen Entscheid hatte die kantonale Vorinstanz das Rechtsbegehren akzeptiert.) Tut dies das kantonale Gericht leichthin, weil der ausländische Entscheid oder die Bescheinigung nach Art. 54 LugÜ nicht vorgelegt worden sind, ohne die Gläubigerin aufzufordern, diese Dokumente nachzuliefern, könnte man ihm vorwerfen, das gute Funktionieren des Lugano-Konventions-Systems zu behindern bzw. zumindest in Fällen nicht anwaltlich vertretener Gläubigerinnen den Frage- oder Aufklärungspflichten nicht nachzukommen. So wie dieser Leitentscheid formuliert ist, wird es aber wohl schwierig bleiben, gegen einen kantonalen Entscheid Beschwerde zu führen, wenn das kantonale Gericht im Einzelfall das Nichtstellen des Antrags auf Exequatur als Verzicht auf Vollstreckbarerklärung im Arrestverfahren interpretiert. Das ist eine Frage der Würdigung der Parteierklärung, in die das Bundesgericht nur in Willkürfällen eingreifen würde.

Problematisch ist aber, dass hier das Bundesgericht im Ausgangspunkt seiner Überlegungen der Dispositionsmaxime nach Art. 58 Abs. 1 ZPO im Allgemeinen eine Bedeutung zumisst, die ihr gar nicht zukommt. Die Dispositionsmaxime schützt die Privatautonomie in Bezug auf *materiellrechtliche* Ansprüche des Privatrechts. Die Frage des Exequaturs bzw. der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils in der Schweiz ist eine prozessuale bzw. vollstreckungsrechtliche Thematik. Art. 58 Abs. 1 ZPO ist darauf nicht anwendbar, sondern der Officialgrundsatz nach Abs. 2 derselben Bestimmung. Gerichte haben Verfahrens- und Zwangsvollstreckungsrecht grundsätzlich – gesetzlich bestimmte Ausnahmeregelungen, also wo ein Parteiantrag verlangt wird, vorbehalten – *von Amtes wegen* anzuwenden. Das ist gerade auch in der hier vorliegenden Thematik offensichtlich: Die Vollstreckbarerklärung ist im Zwangsvollstreckungsverfahren vergleichbar mit einer Prozessvoraussetzung im Erkenntnisverfahren – und Prozessvoraussetzungen sind bekanntlich nach Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu beachtende Folge: Ein Arrestgericht *kann* – und das ist auch konform mit den Zielsetzungen des Lugano-Übereinkommens – nicht nur ohne spezifischen Antrag auf Exequatur den nach Lugano-Konvention vollstreckbaren ausländischen Entscheid vollstreckbar erklären, sondern er *muss* ihn m.E. vollstreckbar erklären. Die Verweigerung rechtfertigt sich nur, (1) wenn Verweigerungsgründe vorliegen, oder (2) der effektiv, durch Rückfrage, festgestellte Wille der Gläubigerin dahin geht, auf die Vollstreckbarerklärung und damit (worauf unbeholfene Parteien aufmerksam zu machen sind) *auch auf den Arrest* zu verzichten.

E. Auslegung des vorstehend besprochenen Entscheids  
 BGer 5A\_428/2022 vom 18. Januar 2023 durch  
 das Bundesgericht. Anwendung dieser Praxis in Fällen, in  
 denen mehrere ausländische Entscheide vollstreckbar sind.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 23. Januar 2023, *A. c. B. SRL*, BGer 5A\_900/2021.

Auch dieser nicht amtlich publizierte Entscheid befasst sich mit dem Verhältnis Vollstreckbarerklärung eines Lugano-Konventions-Urteils und Arrest. In Erw. 2.3 verweist er explizit auf den vorstehend besprochenen Bundesgerichtsentscheid BGer 5A\_428/2022 vom 18. Januar 2023 und erläutert oder, besser gesagt, interpretiert diesen wie folgt:

- Anträge auf Vollstreckbarerklärung sind nach dem Recht des Vollstreckungsstaates zu interpretieren. «Es entspricht der schweizerischen prozessrechtlichen Auffassung, dass Rechtsbegehren nach Treu und Glauben und im Lichte ihrer Begründung auszulegen sind (BGE 137 III 617).»
- Selbst wenn man annähme, die Gläubigerin habe gar keinen Antrag auf Vollstreckbarerklärung gestellt und die Vorinstanz habe das ausländische Erkenntnis von Amtes wegen für vollstreckbar erklärt, «wäre es nach der genannten neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu beanstanden, dass die Vollstreckbarerklärung auf ein Urteil erstreckt wird, für das zwar kein ausdrücklicher Antrag auf Vollstreckbarerklärung vorliegt, für das aber die Voraussetzungen von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 und Abs. 3 SchKG dargetan wurden».
- Eine falsche Anwendung der Auslegung von Treu und Glauben bzw. Vertrauensprinzip lag in casu nicht vor.

Diesem zweiten Entscheid sollte man aber trotzdem keine zu weit gehende präjudizielle Bedeutung zumessen, denn: In diesem Fall lag die Besonderheit vor, dass die Gläubigerin mehrere Urteile mehrerer Instanzen in derselben Sache vorlegte, die sich teilweise korrigierten, und die Gläubigerin hatte keinen Vollstreckungsantrag bezüglich des (korrigierten, aber teilweise nach wie vor massgeblichen) erstinstanzlichen Urteils, wohl aber der Urteile höherinstanzlicher Gerichte gestellt (Erw. 2.3 am Ende).

Erwägung 3 ist interessant, insofern darin das Bundesgericht Unterschiede zwischen der rumänischen Sicherungsbeschlagnahme und dem schweizerischen Arrestverfahren thematisiert, u.a. lässt das rumänische Recht anscheinend eine Sicherungsbeschlagnahme aller Aktiven einer Person zu; daraus kann aber keine konkursrechtliche Qualifikation abgeleitet werden, weil keine Liquidation sämtlicher Aktiven stattfindet (Erw. 3.3.4). Auch der blosse Umstand, dass die rumänische Sicherungsbeschlagnahme im Gesetz über das Verfahren zur Insolvenzvermeidung und über Insolvenzverfahren (2014) geregelt ist, verleiht dieser Massnahme keinen

konkursrechtlichen Charakter derart, dass hier der Ausschluss des Konkurses aus dem Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens nach Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ zum Zuge käme.

F. Das Verfahren auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets nach Art. 167 ff. IPRG ist nicht ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern ein spezialgesetzlich geregeltes Verfahren.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 2. März 2023, *A. Ltd. (in Liquidation) und/oder C. c. D. LLP*, BGer 5A\_925/2021.

Das Bezirksgericht Zürich hat im Jahr 2020 ein ausländisches Konkursdekret anerkannt. Da sich innert der mit dem Schuldenruf publizierten Eingabefrist keine Gläubigerinnen mit Sitz in der Schweiz gemeldet hatten, verzichtete das Gericht auf die Durchführung eines schweizerischen Hilfskonkurses.

Im Februar 2021 wehrte sich D (Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren) gegen die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets beim Bezirksgericht Zürich, und zwar primär mit einem Revisionsbegehren, eventualiter mit dem Antrag auf Aufhebung des Entscheids gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO.

Das Bezirksgericht trat nicht auf die Anträge ein, das Obergericht hiess den Eventualantrag gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO gut.

Das Bundesgericht prüfte daher zunächst die Argumentation gestützt auf Art. 256 Abs. 2 ZPO und erst danach diejenige gestützt auf Revisionsrecht.

In Erw. 3.1. führt das Bundesgericht aus: Gemäss Art. 256 Abs. 2 ZPO können Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amtes wegen oder auf Antrag aufgehoben oder abgeändert werden, wenn sie sich nachträglich als unrichtig erweisen und das Gesetz oder die Rechtssicherheit nicht entgegenstehen (BGE 141 III 43). Diese erleichterte Korrekturmöglichkeit entspricht einem praktischen Bedürfnis, u.a. wegen des verwaltungsrechtlichen Charakters von Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Korrektur soll möglich sein, unabhängig davon, ob am Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur eine oder mehrere Personen beteiligt gewesen waren (im Ergebnis betroffen können ja auch Dritte sein).

In Erw. 3.4.1 präzisiert das Bundesgericht, dass die Zuordnung eines Instituts zur freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht allein vom Kriterium abhängt, ob eine oder mehrere Parteien beteiligt sind.

Es stellte sich somit die Frage, ob – wie das Obergericht annahm – das Verfahren auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets nach Art. 167 ff. IPRG zur freiwilligen Gerichtsbarkeit zu zählen ist. Das Bundesgericht verneint dies im Gegensatz zur Vorinstanz in Erw. 3.4, kurz zusammengefasst mit folgenden Argumenten: Erw. 3.4.2: Gegen eine Zuordnung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit sprechen der konkursrechtliche Gegenstand und die Gesetzessystematik im IPRG, ferner auch der

Aspekt, dass im SchKG einzig das Verfahren der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört. Erw. 3.4.3: Der positive Konkursanerkennungensentscheid zielt auf eine dauerhafte, definitive Klärung im Verhältnis zu allen Gläubigern. Dies führt das Bundesgericht zum Fazit: Das Verfahren auf Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets ist nicht ein solches der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern ein besonders ausgestaltetes Verfahren nach Art. 167 ff. IPRG.

Das Bundesgericht wies die Sache zur Neuurteilung durch das Obergericht zurück. Dieses hatte festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin nicht auf eine Revision verzichtet hatte, und bejahte die Legitimation der Beschwerdegegnerin zur Revision, hatte aber im Einzelnen die übrigen Voraussetzungen einer Revision noch nicht geprüft (weil sie ja den Antrag nach Art. 256 Abs. 2 ZPO gutgeheissen hatte).

G. Beschwerdelegitimation von dritten Gläubigerinnen, den gestützt auf Art. 191 SchKG eröffneten Konkurs mit der Rüge anzufechten, der Konkurs sei nicht am richtigen Ort eröffnet worden.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 14. Dezember 2022, *Hilfskonkursmasse von A. c. B.*, BGer 5A\_452/2021.

Wie das Bundesgericht in Erw. 3.4.3 festhält, geht es bei der nicht am richtigen Ort abgegebenen Insolvenzerklärung um gewichtige Interessen der Drittgläubiger, denn das Verunmöglichen einer Konkursöffnung am richtigen Ort kann für Gläubigerinnen schwere Nachteile nach sich ziehen. Daher ist die Beschwerdeführerin als Drittgläubigerin berechtigt, «den gegenüber der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 191 SchKG eröffneten Konkurs mit der Rüge anzufechten, der Konkurs sei nicht am richtigen Ort eröffnet worden» (Erw. 3.5).

H. Beachtung ausländischer Verjährungsfristen und ausländischer Regelungen zur zeitlichen Begrenzung der Durchsetzbarkeit des Urteils in der schweizerischen Zwangsvollstreckung.

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 2. August 2022, *A. c. Bank B.*, BGer 5A\_110/2021.

In einem im September 2019 gegen C. eröffneten Konkurs erhob A. im Februar 2020 beim Bezirksgericht Zürich eine negative Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG) gegen die Bank B. und beantragte die Streichung von deren Forderung aus einem Urteil vom 10. Juli 2013 des Northampton County Court. Beide, A. und Bank B., waren im Kollokationsplan mit ihren Forderungen Dritter Klasse zugelassen worden. In allen drei Instanzen wurde A. mit seiner Klage bzw. Beschwerde abgewiesen.

Das Zürcher Obergericht wandte die für die in casu betroffene Art der Forderungen der Bank die gemäss Limitation Act 1980 massgebliche sechsjährige Frist an, unabhängig davon, ob diese Frist prozess- oder materielrechtlich zu qualifizieren ist. Diese Frist hat am Urteilsdatum 10. Juli 2013 zu laufen begonnen; mit dem Begehren der Bank um Rechtsöffnung nach SchKG vom 27. November 2018 sei diese Frist gewahrt worden. Der Beschwerdeführer A. argumentiert, nach Ablauf der erwähnten sechsjährigen Frist müsse eine gerichtliche Instanz das Vorliegen allfälliger Erstreckungsgründe prüfen. Dies sei im schweizerischen Rechtsöffnungsverfahren nicht geschehen, weil dieses nicht zu einem Sachurteil führt. Auch das Konkursverfahren in der Schweiz habe nichts daran geändert, weil dieses ein selbstständiges Verfahren ist, an welchem A. erst am 15. Oktober 2019 durch seine Forderungseingabe teilgenommen habe, also einige Monate nach Ablauf der erwähnten sechsjährigen Frist des englischen Rechts. In richtiger Anwendung englischen Rechts sei daher die mit Urteil vom 10. Juli 2013 beurteilte Forderung nicht mehr durchsetzbar.

Wie das Bundesgericht in Erw. 3.2 hervorhebt: «Typischerweise regeln die Kollisionsregeln des IPRG das anwendbare Recht im Erkenntnisverfahren. Wird die Forderung – wie im konkreten Fall – durch Urteil des Richters festgestellt, stellt sich jedoch die Frage der Verjährung der Wirkungen eines Urteils. Unter dieser Art der Verjährung ist die Frist zu verstehen, nach deren Ablauf die Durchsetzung des Urteils nicht mehr erzwungen werden kann, wie dies in den meisten Rechtssystemen vorgesehen ist (Girsberger/Gassmann, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl. 2018, N 18 zu Art. 148 IPRG: <Urteils- oder Vollstreckungsverjährung>).» Das Schweizer Recht kennt eine solche Begrenzung der Durchsetzbarkeit von Forderungen von zehn Jahren in Art. 137 Ziff. 2 OR.

Gemäss den Lehrmeinungen und kantonalen Urteilen, die in Erw. 3.2.2 bis 3.2.5 aufgeführt sind, sind drei Lösungen denkbar: (1) Anwendung des im Urteil nach dem IPR des ausländischen Forumstaates angewandten Forderungstatuts oder (2) Anwendung der Regel zur zeitlichen Limitierung der Durchsetzbarkeit des Urteils im Recht des ausländischen Urteilstaates oder (3) Anwendung der eigenen Regel zur zeitlichen Limitierung der Durchsetzbarkeit von Urteilen im inländischen Vollstreckungsstaat. Weitere Untervarianten wären denkbar, z.B. dass es unterschiedliche Regime gibt, je nachdem ob das vorgelegte Urteil aus einem Staat stammt, der nur die materielle Verjährung oder nur die Urteilsverwirkung kennt, oder in der Lösung (1), dass der Vollstreckungsstaat sein eigenes IPR ins Spiel bringt, um das Forderungsverjährungsstatut bzw. das Statut der Urteilsverwirkung zu bestimmen.

Das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid (Erw. 3.4) erkannt, dass nicht ersichtlich sei, «dass die Vorinstanz die Regeln des schweizerischen IPR verletzt haben soll (Art. 96 lit. a BGG), wenn sie für die Verjährung der umstrittenen Forderung (wie vom Beschwerdeführer gefordert) auf das englische Recht des Urteilstaates abgestellt hat und dabei [mit Hinweis auf oben zitierte Kommentarstelle Girsberger/Gassmann] alle Fagen, die den rechtlichen Einfluss der Zeit auf die Obligation

betreffen (Beginn, Dauer, Wahrung der Urteilsverjährungsfrist) miteinbezogen hat».

Mit dieser Formulierung legt sich das Bundesgericht nicht vollständig fest. Nach der Begründung ist anzunehmen, dass im englischen Recht die sechsjährige Frist auf Forderungen dieser Art die einzige einschlägige Regelung ist, sodass sie sowohl nach Variante (1) wie auch nach Variante (2) zum Zug kam. (Aus den Erwägungen ist nicht explizit ersichtlich, ob aus Sicht des englischen Gerichts ein Binnensachverhalt vorgelegen hatte oder ob dieses englische Recht aufgrund seiner IPR-Kollisionsregeln angewandt hatte. Die Bezugnahme im englischen Entscheid auf den Limitation Act 1980 und nicht auf den Foreign Limitation Periods Act 1984 lässt keinen sicheren Umkehrschluss in dieser Frage zu, denn das englische Gericht hatte den Limitation Act 1980 auch dann anzuwenden, wenn es aufgrund seines IPR in einem internationalen Sachverhalt englisches Recht als *lex causae* anzuwenden gehabt hatte.) Weil der Beschwerdeführer die Anwendbarkeit der englischen Frist nicht infrage stellte (sondern nur deren Handhabung in der Schweiz), hat er das Bundesgericht gemäss dessen Anforderungen an die Rügeobliegenheiten der beschwerdeführenden Partei nicht zu einer näheren Stellungnahme herausgefordert. Variante (3) zu prüfen, erübrigte sich ohnehin, weil dann nicht die sechsjährige englische, sondern die zehnjährige Schweizer Frist (Art. 137 Abs. 2 OR) zum Zuge gekommen wäre – also eine für den Beschwerdeführer von vorneherein nachteiligere Regel.

Eine allgemein, generell überzeugende Präferenz zwischen den drei Varianten wäre schwierig zu finden. Für Varianten (1) und (2) sprechen der eher erzielbare internationale Entscheidungseinklang und auch die bessere Vorhersehbarkeit des Ergebnisses. Die Wahl zwischen diesen beiden Varianten wird allerdings dadurch beeinflusst sein, ob das Forderungsstatut gemäss IPR des Forums auf eine Rechtsordnung verweist, welche insgesamt nur eine prozessuale Ausgestaltung der «Verjährung» kennt, oder ob diese die Thematik je im materiellen Recht und im Verfahrensrecht reguliert. Variante (2) führt zu einer einheitlichen Urteilsverjährung, während bei Variante (1) bei einer Vielzahl von Forderungen diese zu unterschiedlichen Zeitpunkten verjähren können.

Insbesondere wenn das ausländische Urteil dem (eigenen oder fremden) Recht mit rein prozessualer Ausgestaltung der Problematik folgt, ist es ein starkes Argument für die seltener vertretene Variante (3), dass es im Vollstreckungsstadium letztlich um die Entscheidung zwischen zwei prozess- bzw. zwangsvollstreckungsrechtlichen Fristen geht und die Gerichte des Zwangsvollstreckungsstaates auf ihrem Territorium die Wahl treffen, somit auch im Interesse der Einheitlichkeit im Zwangsvollstreckungsrecht die Regel über die Urteilsverwirkung am Ort der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Dem entspricht, worauf das Bundesgericht hinweist, das in Erw. 3.2.3 des Urteils erwähnte Argument der Beschwerdegegnerin, dass die Vollstreckbarkeit erst mit dem Exequatur ausgelöst wird. Das hat freilich zur Konsequenz, dass das infrage stehende englische Urteil, je nachdem in welchem anderen

Staat es vollstreckt werden soll, zu unterschiedlichen Zeitpunkten noch vollstreckbar bleibt.

Bernard Dutoit/Andrea Bonomi, *Droit International privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6. Aufl., Basel 2022, Art. 148 N 3, weisen auf englische und US-amerikanische Regulierungen hin, welche ihre Gerichte dazu anhalten, bei Anwendung ausländischen Forderungsrechts deren (materiellrechtlich konzipiertes) Verjährungsrecht anzuwenden. Dies gilt namentlich für den englischen Foreign Limitation Periods Act 1984. Das gäbe der Variante (1) noch mehr Schwung.

# Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2022)

## Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2022)

Maria Ludwiczak Glassey\* & Thomas Wahl\*\*

### Inhalt

- I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition (par Maria Ludwiczak Glassey)
  - A. Le fait d'affamer les civils comme crime de guerre
  - B. Avant-projet de loi fédérale sur les données relatives aux passagers aériens (LDPa)
  - C. Projet de loi fédérale sur l'interdiction de se dissimuler le visage (LIDV)
  - D. Avant-projet de loi fédérale sur les biens utilisés pour la torture (LBT)
- II. L'entraide judiciaire internationale en matière pénale de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)
  - A. Actualité législative
  - B. Actualité judiciaire
- III. Le droit pénal international de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)
  - A. Actualité législative
  - B. Actualité judiciaire
- IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Thomas Wahl)
  - A. Schengen-Recht: Neue Gesetzgebung und EuGH-Entscheidungen
  - B. Auslieferungsrecht: Der Umgang mit Unionsbürgern
  - C. Institutionenrecht: Erweiterung des Mandats von Europol

\* Professeure associée au Département de droit pénal de l'Université de Genève, Professeure invitée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

\*\* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg i.Br.

## I. Les instruments internationaux en matière pénale et leur transposition (par Maria Ludwiczak Glassey)

### A. Le fait d'affamer les civils comme crime de guerre

Le Parlement a adopté l'arrêté fédéral<sup>1</sup> du 18 mars 2022 portant approbation de l'amendement du 6 décembre 2019 au Statut de Rome de la Cour pénale internationale traitant du fait d'affamer des civils<sup>2</sup>. Le délai référendaire, fixé au 7 juillet 2022, s'est écoulé sans avoir été utilisé. Le Conseil fédéral a ratifié cet amendement le 21 septembre 2022.

### B. Avant-projet de loi fédérale sur les données relatives aux passagers aériens (LDPa)

Le 13 avril 2022, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de loi fédérale sur le traitement des données relatives aux passagers aériens pour la lutte contre les infractions terroristes et autres infractions graves (Loi sur les données relatives aux passagers aériens, LDPa)<sup>3</sup>. Déjà utilisé dans une soixantaine d'autres Etats (dont les Etats-Unis, le Canada, le Royaume-Uni et la plupart des Etats membres de l'Union européenne), un tel instrument permettrait à la Suisse de se conformer à ses obligations internationales découlant de deux résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU<sup>4</sup> qui ordonnent aux Etats de mettre en place des moyens pour la collecte, le traitement et l'analyse des données relatives aux passagers aériens (*Passenger Name Record*, PNR) et d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU sur l'examen biennal de la Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies<sup>5</sup>. Un dossier PNR contient les informations fournies par les passagers aux compagnies aériennes ou aux agences de voyages lors de la réservation, à savoir les nom et prénom, les coordonnées dont notamment l'adresse et le numéro de téléphone, les informations relatives aux modes de paiement, etc. Il s'agit d'un outil essentiel dans la lutte contre le terrorisme. En l'état, la Suisse n'est pas en mesure d'utiliser les données PNR de manière systématique en l'absence d'une base légale en la matière. La consultation a été clôturée le 31 juillet 2022.

1 FF 2022 708.

2 Voir MARIA LUDWICZAK GLASSEY & THOMAS WAHL, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2021), Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2021) », 32 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2022), 451–487, 464.

3 FF 2022 933.

4 Résolution S/RES/2178 (2014) du 24 septembre 2014; Résolution S/RES/2396 (2017) du 21 décembre 2017.

5 Résolution A/RES/72/284 du 26 juin 2018.

### C. Projet de loi fédérale sur l'interdiction de se dissimuler le visage (LIDV)

Le 12 octobre 2022, le Conseil fédéral a adressé au Parlement son Message concernant la loi fédérale sur l'interdiction de se dissimuler le visage (LIDV)<sup>6</sup> et le projet de loi concerné<sup>7</sup>. Il s'inscrit dans le prolongement de l'art. 10a de la Constitution fédérale, disposition introduite à la suite de la votation populaire du 7 mars 2021 portant sur l'initiative populaire fédérale « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage »<sup>8</sup>. Le texte en question est pertinent pour la présente chronique en ce qu'il exclut de son champ d'application les faits survenus à bord des aéronefs civils en Suisse et à l'étranger (art. 1 al. 2 let. a LIDV) et dans les locaux servant aux relations diplomatiques et consulaires ou occupés à des fins officielles par les bénéficiaires institutionnels visés à l'art. 2 al. 1 de la loi sur l'Etat hôte (art. 1 al. 2 let. b LIDV), restreignant ainsi la compétence territoriale des autorités pénales suisses pour les faits en question<sup>9</sup>.

### D. Avant-projet de loi fédérale sur les biens utilisés pour la torture (LBT)

Le Conseil fédéral a mis en consultation le 19 octobre 2022 un avant-projet de loi fédérale sur le commerce des biens utilisés pour la torture (Loi sur les biens utilisés pour la torture, LBT)<sup>10</sup>. L'avant-projet s'inscrit dans le prolongement de travaux menés notamment au sein de l'ONU et met en œuvre la recommandation du Conseil de l'Europe du 31 mars 2021 sur les contrôles des biens utilisés pour la torture ou la peine de mort<sup>11</sup>. La loi traiterait de l'importation, du transit, de l'exportation, du courtage et de la promotion de biens susceptibles d'être utilisés en vue d'infliger la peine capitale, la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et règle la fourniture et la promotion d'une assistance technique en lien avec lesdits biens (art. 1 LBT). Elle distinguerait les « biens conçus pour la torture » de ceux « susceptibles d'être utilisés pour la torture » en ce sens que les premiers n'ont aucune utilisation pratique autre que celle d'infliger la peine capitale, la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, pendant que les seconds ont de telles autres utilisations pratiques (art. 3 LBT) et traiterait des médica-

6 FF 2022 2668.

7 FF 2022 2669.

8 FF 2017 6109.

9 Contrairement à ce que nous envisagions dans une publication antérieure, MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « Vol en vol et compétence internationale en chute libre », Y. Jeanneret & B. Sträuli (éds.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal*, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Genève/Zurich/Bâle 2021, 245–256, 254.

10 FF 2022 2549.

11 CM/Rec(2021)2.

ments susceptibles d'être utilisés pour infliger la peine capitale (art. 6 LBT). L'avant-projet de loi érige en infractions certains comportements liés auxdits biens (art. 9 LBT). La consultation a été clôturée le 31 janvier 2023.

## II. L'entraide judiciaire internationale en matière pénale de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)

### A. Actualité législative

#### 1. Traité d'entraide avec le Kosovo

La Suisse et le Kosovo ont signé un traité d'entraide en avril 2022<sup>12</sup>. Jusqu'à présent, la coopération était possible sur la base des législations internes respectives des deux Etats. Le traité reprend en substance les règles prévues par la Convention européenne d'entraide judiciaire (à laquelle le Kosovo n'est pas partie) et l'EIMP. Il a pour but de simplifier et accélérer les procédures d'entraide dans les deux Etats<sup>13</sup> et pose le principe de l'obligation de s'accorder mutuellement l'entraide la plus large possible (art. 1). En particulier, il réduit les exigences formelles en ce sens que la condition de la légalisation des actes est abandonnée (art. 31) et fixe des exigences relatives aux demandes d'entraide, en particulier concernant la protection des données personnelles (art. 10). Par ailleurs, il prévoit la possibilité de procéder à des auditions par vidéoconférence (art. 18) et mettre en place des équipes communes d'enquête (art. 26), sur le modèle de ce qui est prévu notamment par l'art. 20 du 2<sup>e</sup> Protocole additionnel à la CEEJ et les art. 80<sup>bis</sup> ss EIMP.

Les Chambres fédérales se sont prononcées en faveur de l'arrêté portant approbation du traité<sup>14</sup> le 17 mars 2023. Le délai référendaire est échu au 6 juillet 2023 sans avoir été utilisé.

#### 2. Entraide avec le Parquet européen

La Suisse peut désormais coopérer avec le Parquet européen. Pour mémoire, ce nouvel acteur compétent en matière de poursuite des infractions commises contre les intérêts financiers de l'Union européenne a pris ses fonctions en juin 2021<sup>15</sup>. Jusque-là, l'en-

12 FF 2022 2171.

13 Message relatif à l'approbation du traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération suisse et la République du Kosovo du 24 août 2022, FF 2022 2169.

14 FF 2022 2170.

15 Pour plus de détails, URSULA CASSANI, SABINE GLESS, MARIA LUDWICZAK GLASSEY, CHRISTIAN SAGER & THOMAS WAHL, « Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international, Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2017) », 28 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2018), 337–369, 359 ss; LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* n. 2, 486 s.

traide demandée par le Parquet a dû être refusée à plusieurs reprises, faute de base légale en Suisse<sup>16</sup>. En particulier, la Convention européenne d'entraide judiciaire ne peut fonder une telle coopération puisque, d'une part, l'Union européenne n'est pas partie à cet instrument et que, d'autre part, le Parquet européen a été mis en place sous la forme d'une coopération rapprochée entre certains Etats seulement de l'Union européenne<sup>17</sup>.

L'ordonnance permettant la coopération avec le Parquet<sup>18</sup> a été adoptée par le Conseil fédéral en décembre 2022 et est entrée en vigueur en février 2023.

## B. Actualité judiciaire

### 1. Quelques chiffres<sup>19</sup>

5554 cas d'entraide (au sens large, demandes entrantes et sortantes confondues) ont été traités en 2022 par les autorités suisses. 82% étaient des cas d'entraide au sens strict (4550 cas), 9% des extraditions (488 cas), 8% des délégations de la poursuite (437 cas) et 1% des délégations de l'exécution de la décision pénale (79 cas), dont 46 transfèrements de personnes condamnées. En matière d'entraide au sens strict et d'extradition, les chiffres sont stables par rapport à l'année 2021. Les délégations de la poursuite ont augmenté (181 délégations à la Suisse, pour 154 en 2021 ; 256 délégations à l'étranger, pour 232 en 2021). Le nombre de transfèrements de personnes condamnées a diminué (46 transfèrements depuis la Suisse, pour 60 en 2021 ; 12 transfèrements vers la Suisse, pour 12 en 2021). Finalement, la transmission spontanée d'informations et de moyens de preuve (art. 67a EIMP) a été davantage utilisée par les autorités (128 transmissions à l'étranger, pour 116 en 2021 ; 21 transmission à la Suisse, pour 6 en 2021). Le TPF a rendu 189 décisions en matière d'entraide au sens large, le TF 44, soit moins que les années précédentes (203 décisions rendues par le TPF, respectivement 61 par le TF, en 2021 ; 294 décisions rendues par le TPF, respectivement 83 par le TF, en 2020).

### 2. Coopération avec la Fédération de Russie

Au regard de l'offensive militaire menée en Ukraine par la Fédération de Russie et à la suite, notamment, de la sortie de cette dernière du Conseil de l'Europe et la dénonciation de la CEDH, la coopération judiciaire en matière pénale avec cet Etat a cessé.

16 OFJ, Rapport d'activité 2022. Entraide judiciaire internationale, mai 2023, 20.

17 Art. 86 TFUE ; sur ces questions, MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « La coopération en matière pénale entre le Parquet européen et la Suisse comme Etat tiers. Futur ou conditionnel ? », *Eucrim* (2019), 205–209.

18 RS 351.13.

19 Ces chiffres sont basés sur ceux fournis par l'OFJ, supra n. 16, 25 s.

Dans des arrêts des 13 et 17 mai 2022 rendus en matière d'entraide au sens strict<sup>20</sup>, la Cour des plaintes du TPF a admis des recours interjetés contre plusieurs décisions de clôture accordant la remise de moyens de preuve, au motif qu'il ne peut plus être présumé, sur la base du principe de confiance régissant des relations internationales, que la Fédération de Russie respectera le droit international, en particulier en matière de droits de l'homme, et ce même en cas de fourniture de garanties diplomatiques. Ainsi, l'entraide a été refusée. L'extradition est, elle aussi, désormais refusée<sup>21</sup>.

Nous notons toutefois que dans un arrêt rendu en matière d'entraide en janvier 2023<sup>22</sup>, le TF a considéré que l'entraide devait être non pas refusée<sup>23</sup>, mais suspendue. Une telle solution, très discutable selon nous<sup>24</sup>, permet de maintenir les séquestres prononcés sur des valeurs patrimoniales se trouvant en Suisse à la demande de la Fédération de Russie avant l'offensive militaire tout en refusant, en l'état, la remise de moyens de preuve.

### 3. Extradition

#### a) Violation des règles de procédure et validation *ex post facto* de la remise

Dans un arrêt rendu en octobre 2022<sup>25</sup>, le TPF a validé *ex post facto* un processus d'extradition qui n'a respecté aucune des règles procédurales prévues par l'EIMP. Une personne avait été arrêtée un soir par la police bernoise puis remise, le lendemain, aux autorités allemandes, sans que l'OFJ soit prévenu et, *a fortiori*, sans que la procédure d'extradition ait été respectée. Interpelé quelque temps plus tard par les autorités allemandes à propos d'une décision d'extradition qui permettrait de fonder la détention en Allemagne, l'OFJ, jusqu'alors non informé du cas, a rendu une décision indiquant que les conditions d'extradition étaient remplies. Saisi sur recours, le TPF a confirmé cette décision, tout en précisant que la remise, un acte matériel (*Realakt*), était assortie de défauts graves («*gravierende Mängel*»)<sup>26</sup>, mais que ceux-ci étaient réparés par une décision le constatant.

Il résulte de cette jurisprudence, très contestable selon nous, que la remise d'une personne par la Suisse à un Etat étranger, sans que soit respectée la compétence de l'OFJ, sans que le droit d'être entendu de la personne soit garanti, sans analyse préa-

20 TPF RR.2021.84 du 13 mai 2022 ; TPF RR.2021.91 du 13 mai 2022 ; TPF RR.2021.239+RR.2021.246 du 17 mai 2022.

21 Voir TPF RR.2022.73 du 14 juin 2022, Faits B.

22 TF 1C\_477/2022 du 30 janvier 2023.

23 Comme cela avait été décidé par l'instance précédente, TPF RR.2021.76 du 30 août 2022.

24 MARIA LUDWICZAK GLASSEY, « Russie : Entraide pénale suspendue, mais séquestres maintenus », Centre de droit bancaire et financier, <[cdbf.ch/1270/](http://cdbf.ch/1270/)> (consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2023).

25 TPF RR.2021.143 du 20 octobre 2022.

26 TPF RR.2021.143 du 20 octobre 2022, c. 6.

lable des conditions de l'extradition et, finalement, sans décision sujette à un double degré de recours avant que la remise ait lieu est acceptable.

b) Garanties diplomatiques (art. 80p EIMP)

i. *Extradition à l'Arménie*

Dans un arrêt du 21 mars 2022, le TF s'est prononcé sur la situation des droits de l'homme en Arménie<sup>27</sup> au regard notamment des art. 3 CEDH, 10 par. 1 Pacte ONU II et 10 al. 3 Cst. en lien en particulier avec les conditions de détention précaires et, plus spécifiquement, les soins médicaux qui peuvent être prodigués dans les lieux de détention dans cet Etat. Après un rappel des principes et critères relatifs aux garanties diplomatiques<sup>28</sup>, le TF a constaté que les défauts de l'infrastructure pénitentiaire médicale arménienne doivent être sérieusement pris en considération puisque le recourant, âgé de plus de 60 ans, est atteint de nombreuses maladies, nécessite un suivi régulier et doit prendre des médicaments psychotropes<sup>29</sup>. Le TF a décidé que l'extradition doit être soumise à des garanties diplomatiques (art. 80p EIMP), en particulier une garantie portant sur la détermination précise du lieu de détention. A cet égard, le TPF avait décidé que la détention devait avoir lieu dans l'une des prisons pilotes. Il est toutefois apparu que cette garantie est impossible à mettre en œuvre, les autorités arméniennes ayant informé l'OFJ du fait que lesdites prisons n'existent pas<sup>30</sup>. Par conséquent, au vu du fait qu'il est nécessaire d'apprécier l'opportunité d'une garantie supplémentaire qui assurerait à l'extraditable un accès à des soins médicaux suffisants dans des locaux adaptés, la cause a été renvoyée à l'OFJ<sup>31</sup>.

ii. *Extradition au Kosovo*

Dans deux arrêts des 21 avril<sup>32</sup> et 5 juillet 2022<sup>33</sup>, la Cour des plaintes du TPF s'est penchée sur la nécessité de solliciter des garanties diplomatiques préalables (art. 80p EIMP) à une extradition au Kosovo. Dans le premier, elle a rappelé sa pratique s'agissant de l'extradition à cet Etat<sup>34</sup>, à savoir que des garanties étaient requises tant lorsque l'extradition était demandée en vue de l'exécution d'une sanction<sup>35</sup> qu'aux fins de

27 ATF 148 IV 314.

28 ATF 148 IV 314, c. 3.

29 ATF 148 IV 314, c. 4.1. ss.

30 ATF 148 IV 314, c. 5.2 ss.

31 ATF 148 IV 314, c. 5.5.

32 TPF RR.2021.215 du 21 avril 2022.

33 TPF RR.2022.114 du 5 juillet 2022.

34 TPF RR.2021.215 du 21 avril 2022, c. 4.

35 TPF RR.2020.104 du 19 juin 2020; TPF RR.2019.299-338 du 12 février 2020; TPF RR.2019.168 du 22 août 2019; TPF RR.2017.336 du 15 février 2018; TPF RR.2016.37 du 11 mai 2016; TPF RR.2016.38 du 10 mai 2016; TPF RR.2012.198 du 16 janvier 2013; TPF RR.2012.118 du 11 septembre 2012; TPF RR.2012.56 du 8 juin 2012. A l'exception toutefois de TPF RR.2015.298 du 12 janvier 2016.

poursuite pénale<sup>36</sup>. Après une analyse de la situation et des conditions auxquelles il peut être renoncé à exiger des garanties, la Cour est parvenue à la conclusion que l'extradition vers le Kosovo doit encore à ce jour y être soumise, en particulier au regard des difficiles conditions carcérales.

#### 4. Entraide au sens strict

##### a) Qualité pour recourir

##### *i. Société dissoute avec défaut d'actifs*

Dans un arrêt relatif à l'entraide avec l'Ukraine<sup>37</sup>, le TPF, suivi par le TF<sup>38</sup>, a confirmé et complété sa jurisprudence s'agissant de la qualité pour recourir en matière de transmission de pièces bancaires, lorsque le titulaire du compte concerné est une société dissoute, en particulier lorsque la dissolution a eu lieu avec défaut d'actifs. Pour rappel, en principe seul le titulaire du compte bancaire bénéficie de la qualité pour recourir contre la transmission de la documentation bancaire relative à son compte (art. 80*b* let. b EIMP *cum* 9*a* let. a OEIMP). Lorsque le titulaire du compte est une société dissoute, seul l'ayant droit succédant à la société peut se voir exceptionnellement reconnaître la qualité pour recourir contre la décision de clôture ordonnant la transmission de la documentation bancaire<sup>39</sup>. Pour bénéficier d'une telle qualité, il doit apporter la preuve de la dissolution (1), du fait qu'il est le bénéficiaire de la liquidation (2) et du fait que la liquidation n'a pas été abusive (3). Si la société a été dissoute sans liquidation parce qu'elle ne disposait plus d'actifs, la qualité pour recourir de l'ayant droit est niée, celui-ci n'ayant pas pu apporter la preuve qu'il est le bénéficiaire de la liquidation.

##### *ii. Transmission spontanée d'informations*

La transmission spontanée (art. 67*a* EIMP) n'est pas sujette à recours. De jurisprudence constante, le recours est toutefois ouvert si, à la suite de la transmission spontanée d'informations bancaires, l'Etat étranger présente à la Suisse une demande d'entraide et qu'une décision de clôture accordant la remise des documents bancaires requis est rendue. Dans un arrêt datant d'août 2022<sup>40</sup>, le TPF a précisé que les personnes ayant la qualité pour recourir contre la décision de clôture dans cette configuration sont désignées par les règles ordinaires, *i.e.* que seul le titulaire du compte, si la décision porte sur la remise de documentation bancaire, dispose de la qualité pour

36 TPF RR.2019.40 du 4 avril 2019; TPF RR.2010.233/254 du 4 avril 2011.

37 TPF 2022.71.

38 TF 1C 338/2022 du 17 juin 2022.

39 ATF 123 II 153, c. 2c.

40 TPF RR.2022.130-133 du 3 août 2022.

recourir (art. 80*b* let. b EIMP *cum* art. 9*a* OEIMP), et ce même si la transmission spontanée mentionnait les noms d'autres personnes. Cet arrêt s'inscrit dans la stricte continuité de la jurisprudence selon laquelle les tiers mentionnés n'ont aucun droit dans la procédure d'entraide<sup>41</sup>. Celle-ci nous semble cependant contestable en tant qu'elle ne tient pas compte de la lettre de la loi, qui prévoit, pour mémoire, que dispose de la qualité pour recourir « quiconque est personnellement et directement touché par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée » (art. 80*b* let. b EIMP), ce qui peut être le cas de la personne dont le nom est dévoilé à l'autorité étrangère au moyen d'une transmission spontanée.

iii. *Remise de pièces saisies lors d'une perquisition*

Dans un arrêt datant de décembre 2021<sup>42</sup>, le TF a confirmé sa jurisprudence relative à la qualité pour recourir contre la transmission de pièces saisies lors d'une perquisition dans un appartement et s'est donc prononcé sur le conflit potentiel entre les let. a et b de l'art. 9*a* OEIMP, qui prévoient que dispose de la qualité pour recourir le titulaire du compte en cas d'informations sur un compte (art. 9*a* let. a OEIMP), respectivement le propriétaire ou le locataire en cas de perquisition (art. 9*a* let. b OEIMP). Le TF réaffirme que seule la personne en la possession de laquelle les documents bancaires se trouvaient dispose de la qualité pour recourir contre la transmission à l'étranger. La let. b de l'art. 9*a* OEIMP prévaut ainsi sur la let. a. Pour mémoire, la seule exception est celle où la perquisition a lieu dans les locaux d'une banque : la let. a doit alors être privilégiée<sup>43</sup>, à la différence par exemple d'une perquisition dans les locaux d'une fiduciaire<sup>44</sup>.

iv. *Remise de pièces obtenues auprès de l'administration fiscale et du registre du commerce*

Dans un arrêt rendu en janvier 2022<sup>45</sup>, la qualité pour recourir a été niée à la personne concernée lorsque les pièces à transmettre à l'Etat étranger ont été obtenues auprès de l'administration fiscale et du registre du commerce, en raison du fait que les pièces n'ont pas été trouvées en sa possession mais « *in den Händen von Dritten* », sans plus de motivation. L'on peut se demander s'il est fait référence ici à une application par analogie de la jurisprudence relative à l'art. 9*a* let. b OEIMP traitant de la qualité pour recourir lorsque des pièces sont saisies dans le cadre d'une perquisition<sup>46</sup>, ou si,

41 Voir p. ex. TPF RR.2020.311 du 2 février 2021, c. 3; TPF RR.2019.65+66 du 27 septembre 2019, c. 3.

42 TF 1C\_731/2021 du 3 décembre 2021.

43 TF 1A.293/2004 du 18 mars 2005, c. 2.3; TPF 2007 136, c. 3.4.1.

44 TF 1A.293/2004 du 18 mars 2005, c. 2.3; TPF RR.2007.101 du 12 juillet 2007, c. 2.1.

45 TPF RR.2021.79 du 18 janvier 2022, c. 2.3. Le TF n'est pas entré en matière sur le recours, TF 1C 81/2022 du 4 mars 2022.

46 Supra II. B. 4. a) iii.

et cela nous semble plus probable, il y a lieu de raisonner par référence aux pièces qui sont déjà en mains de l'autorité et ne nécessitent partant pas qu'une mesure de contrainte soit prise pour les obtenir<sup>47</sup>.

b) Accès au dossier de la procédure d'entraide

i. *Absence d'obligation de relancer l'autorité*

Dans un arrêt rendu en janvier 2022<sup>48</sup>, le TF a décidé que l'ayant droit n'a pas à relancer l'autorité pour obtenir l'accès à des pièces qu'il avait sollicitées et concernant lesquelles il n'a pas eu de réponse de la part de l'autorité. Dans ce cas, une demande d'entraide était traitée dans deux procédures d'exécution distinctes. Le recourant sollicitait l'accès aux pièces du dossier de celle des deux procédures qui ne le concernait pas. Il arguait du fait que les pièces en question pouvaient être utiles à la défense de ses intérêts, en particulier pour déterminer s'il existe des motifs d'irrecevabilité de la demande d'entraide étrangère (art. 2 EIMP). L'autorité d'exécution n'a jamais répondu à sa demande. La Cour des plaintes du TPF, saisie sur recours contre la décision de clôture, a décidé que le recourant aurait dû relancer l'autorité d'exécution. Le TF, quant à lui, a décidé qu'une telle obligation peut certes être imposée à celui qui se plaint d'un retard à statuer<sup>49</sup>, mais non à la partie qui requiert expressément l'accès au dossier et ne reçoit aucune réponse à ce sujet. Même si le recourant ne demande ensuite pas la consultation du dossier durant la procédure de recours, la Cour des plaintes aurait dû constater à tout le moins l'absence de toute décision de l'autorité d'exécution sur la question de l'accès au dossier.

ii. *Obligation de s'enquérir auprès de l'autorité*

A l'inverse de l'arrêt présenté ci-dessus<sup>50</sup>, dans un cas datant de février 2022, la Cour des plaintes du TPF a décidé que n'est pas constitutif d'une violation du droit d'être entendu le fait pour l'autorité d'exécution d'obtenir des pièces complémentaires de la part d'une banque après que les ayants droit se sont exprimés. Dans le cas d'espèce, les personnes concernées se sont exprimées sur les pièces à transmettre en déposant des déterminations. Ensuite, l'OFJ a requis des informations supplémentaires de la banque, à savoir des justificatifs d'opérations bancaires, puis les a inclus dans les documents à transmettre selon la décision de clôture. Les recourants se sont plaints du fait que leur droit d'être entendu avait été violé. Le TPF a décidé que tel n'était pas le cas: les recourants ont été informés par la banque de la requête faite par l'OFJ et « auraient donc pu s'enquérir » auprès de l'autorité à ce propos et « requérir une

47 TPF 2007 79, 84 s.; TPF RR.2013.7-8 du 7 mai 2012, c. 1.4.1.

48 TF 1C\_782/2021 du 25 janvier 2022.

49 ATF 126 V 244, c. 2d.

50 Supra II. B. 4. b. i).

copie des informations litigieuses »<sup>51</sup>. Par ailleurs, « il leur incombait, conformément à leur devoir de collaborer, de requérir, si besoin est, la transmission de ceux-ci afin de faire valoir leurs griefs »<sup>52</sup> tant auprès de l'OFJ que du TPF. En tout état de cause, le TPF rappelle que même dans le cas où le droit d'être entendu avait été violé, il aurait été réparé dans la procédure de recours puisque la Cour a transmis les pièces en question aux recourants et qu'ils ont pu se prononcer sur leur transmission à l'étranger au stade du recours.

c) Double incrimination et exportation illicite de biens culturels

En mars 2022, le TPF a eu à se prononcer sur le principe de la double incrimination dans un cas concernant l'exportation illicite de biens culturels au sens de l'art. 24 LTBC. Pour rappel, la problématique avait fait l'objet d'un arrêt important rendu par le TF en 2019<sup>53</sup>, dans lequel la remise d'un tableau à l'Italie avait été refusée. Précisons encore que, à la suite de cette affaire, la LTBC a été modifiée en 2021<sup>54</sup>. Le TPF a précisé dans le cas qui nous intéresse que l'art. 24 al. 1 let. c LTBC, dans sa nouvelle teneur, prévoit qu'est punissable celui qui « importe, fait transiter ou exporte illicitement des biens culturels ». Seuls sont visés là les biens couverts par un accord international conclu par la Suisse et l'Etat étranger en question, puisque la notion d'exportation « illicite » doit se comprendre au sens de l'art. 2 al. 5 LTBC. Ainsi, la modification de la LTBC ne porte pas à conséquence sur ce point.

d) Principe de la proportionnalité et droit d'être entendu

En décembre 2022<sup>55</sup>, le TPF a admis un recours concernant la remise de moyens de preuve à l'Arménie en lien avec le principe de la proportionnalité. Dans ce cas, la remise à l'étranger de très nombreuses pièces était ordonnée dans la décision de clôture et le MPC avait, selon la décision du TPF, violé son devoir de procéder au tri des pièces ou à tout le moins de motiver sa sélection des pièces à transmettre. Le TPF a décidé qu'il ne pouvait se prononcer directement sur une éventuelle violation du principe de la proportionnalité et a renvoyé la cause au MPC.

e) Entraide sauvage

Dans un arrêt relatif à un cas d'entraide avec les Etats-Unis d'Amérique rendu en mars 2022<sup>56</sup>, le TPF a eu l'occasion de rappeler la définition de l'entraide dite « sau-

51 TPF RR.2021.267- 268+269 du 10 février 2022, c. 3.4.3.2.

52 TPF RR.2021.267- 268+269 du 10 février 2022, c. 3.4.3.2.

53 Cas du tableau de Léonard de Vinci représentant Isabelle d'Este, ATF 145 IV 294.

54 RO 2021 50; FF 2020 3037.

55 TPF RR.2022.15 du 9 décembre 2022; la même solution a été retenue dans un arrêt TPF RR.2022.217–218 du 23 mai 2023.

56 TPF RR.2021.245 du 1<sup>er</sup> mars 2022.

vage » – donc interdite – et des cas de figure qui peuvent être ainsi qualifiés<sup>57</sup>. De jurisprudence constante, l'entraide est « sauvage » lorsque sont transmis des moyens de preuve directement utilisables dans la procédure pénale à l'étranger. Elle l'est aussi quand une demande d'entraide suisse (sortante, active) fournit, en contournant les règles en la matière, des informations et pièces requises dans une demande étrangère (entrante, passive) préalable. Plus généralement, l'entraide est dite « sauvage » dès que les actes entrepris ne sont qu'un prétexte pour contourner la procédure d'entraide passive. Ainsi, la transmission de pièces relatives à la sphère secrète en exécution d'une demande d'entraide active constitue une forme d'entraide « sauvage » lorsque les autorités de l'Etat requérant mènent une enquête étroitement liée à celle conduite en Suisse et qu'elles ont déjà présenté des demandes d'accès aux dossiers de la procédure suisse.

Tel n'aurait pas été le cas dans l'arrêt présenté, le TPF ayant constaté que, « même si les Etats-Unis et la Suisse mènent des enquêtes parallèles sur un même complexe de faits, (...) aucun élément au dossier ne permet de retenir, d'une part, qu'une commission rogatoire – antérieure – des Etats-Unis aurait été pendante auprès des autorités genevoises lors de la transmission par celles-ci de leur demande d'entraide du 4 décembre 2018 et, d'autre part, que les autorités états-uniennes auraient participé, d'une quelconque manière, à la procédure menée en Suisse. La procédure à Genève a été ouverte, en 2018, à la suite du dépôt d'une plainte par la société B. et il ne peut en aucun cas être fait grief au MP-GE d'avoir ouvert l'instruction afin de transmettre des informations à l'étranger en contournant les règles en matière d'entraide internationale »<sup>58</sup>.

Le TPF ajoute que même à supposer que l'autorité suisse se serait montrée trop généreuse, voire aurait transmis à des autorités étrangères des informations de manière irrégulière, une telle violation n'aurait, en substance, aucune incidence<sup>59</sup>. En effet, il est de jurisprudence constante qu'une éventuelle transmission irrégulière d'informations n'entraîne aucune démarche lorsque les conditions de l'entraide sont de toute manière remplies, l'Etat requérant n'ayant pas à pâtir d'une irrégularité commise par les autorités helvétiques<sup>60</sup>, y compris lorsque les éléments transmis de manière indue sont des pièces bancaires<sup>61</sup>.

57 TPF RR.2021.245 du 1<sup>er</sup> mars 2022, c. 4.2.a.

58 TPF RR.2021.245 du 1<sup>er</sup> mars 2022, c. 4.2.a.

59 TPF RR.2021.245 du 1<sup>er</sup> mars 2022, c. 4.2.b.

60 ATF 125 II 238, c. 6a; TF IC\_426/2018 du 10 septembre 2018, c. 1.2; TPF RR.2014.190–193 du 12 mai 2015, c. 2.2.2.

61 TF IC\_785/2021 du 4 janvier 2022, c. 2; TF 1A.333/2005 du 20 février 2006, c. 4.

f) Exigence de garanties diplomatiques de la part de l'Angola

Dans un arrêt rendu en août 2022<sup>62</sup>, le TF a admis le recours interjeté contre un arrêt du TPF<sup>63</sup> confirmant l'octroi de l'entraide à l'Angola sans l'exigence pour cet Etat de fournir des garanties diplomatiques préalables. Bien que la Suisse et l'Angola aient signé un *Memorandum of understanding* en juillet 2021, la situation dans l'Etat en question ne permet pas d'exclure l'existence de violations des droits fondamentaux, sous l'angle de l'art. 2 EIMP en lien en particulier avec les conditions de détention. Le TF a ainsi renvoyé la cause à l'autorité précédente afin qu'elle détermine quelles garanties doivent être requises et obtenues de l'Angola avant de procéder à l'envoi des pièces.

### III. Le droit pénal international de la Suisse (par Maria Ludwiczak Glassey)

#### A. Actualité législative

##### 1. Amendement au Statut de Rome

La Suisse est désormais partie à l'amendement du 6 décembre 2019 au Statut de Rome de la Cour pénale internationale traitant du fait d'affamer des civils<sup>64</sup>. Ledit amendement vise à insérer un nouvel art. 8-2-e)-xix) relatif au fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, y compris en empêchant intentionnellement l'envoi des secours. Il n'implique pas de modification du droit suisse interne.

##### 2. Interdiction des groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique »

Après une mise à l'enquête publique du projet de décision de portée générale<sup>65</sup>, le Conseil fédéral a prolongé, le 19 octobre 2022 et à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2022, pour une durée de cinq ans, l'interdiction des groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » ainsi que des groupes de couverture, des groupes qui agissent sur ordre ou au nom de ceux-ci et des groupes qui propagent, soutiennent ou promeuvent d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent en référence à « Al-Qaïda » ou l'« Etat islamique »<sup>66</sup>. L'interdiction se fonde sur l'art. 74 al. 1 LRens, selon lequel le Conseil fédéral peut interdire des organisations ou des groupements qui, directement

62 TF 1C\_349/2022 du 30 août 2022.

63 TPF RR.2021.249 du 23 mai 2022.

64 Supra I. A.

65 FF 2022 1802.

66 FF 2022 2548.

ou indirectement, propagent, soutiennent ou promeuvent d'une autre manière des activités terroristes ou l'extrémisme violent et qui menacent ainsi concrètement la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse. La décision a permis d'abroger la loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées<sup>67</sup>.

## B. Actualité judiciaire

### 1. Printemps arabe / Révolution égyptienne

En date du 13 avril 2022, le MPC a annoncé avoir classé la procédure pénale en lien avec la révolution égyptienne intervenue dans le contexte du Printemps arabe<sup>68</sup>. L'instruction conduite depuis 2011 n'aurait pas permis d'établir d'éléments justifiant une mise en accusation ni la confiscation de valeurs patrimoniales. Les quelques CHF 400 millions, jusque-là sous séquestre, ont été libérés. Il sied de rappeler que CHF 32 millions ont été transférés à l'Egypte en 2018.

### 2. Lutte contre le terrorisme

#### a) Loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » : légalité et exigence de précision

Dans un arrêt rendu en avril 2022<sup>69</sup>, le TF a décidé que la loi interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique », adoptée par voie d'urgence, est une loi au sens formel qui respecte le principe de la légalité ancré à l'art. 1 CP. En édictant l'art. 2 al. 1 de ladite loi, le législateur voulait réprimer tous les actes qui visent à fournir un soutien matériel ou personnel aux groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et aux organisations apparentées. Une certaine proximité entre le comportement en cause et les activités criminelles de l'organisation interdite est toutefois exigée<sup>70</sup>. Dans le cas d'espèce, la recourante s'était rendue, en raison de sa foi radicale et en connaissance des atrocités commises par le groupe « Etat islamique », avec son frère sur le territoire régi par le groupe « Etat islamique ». Elle y a vécu pendant plusieurs mois avec le soutien financier du groupe « Etat islamique » et a participé à la vie dudit groupe en tant que membre de la société, tout en accomplissant les tâches qui lui incombaient dans la maison en tant que femme selon les règles du groupe. Le TF a décidé qu'il

67 RS 122. A ce propos, voir ATF 148 IV 298, c. 6.4.2.

68 MPC, Communiqué de presse du 13 avril 2022 <[www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-88008.html](http://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-88008.html)> (consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2023).

69 ATF 148 IV 298.

70 ATF 148 IV 298, c. 7.2.

s'agissait là, objectivement et subjectivement, d'un soutien au groupe « Etat islamique » au sens de l'art. 2 al. 1 de la loi en question<sup>71</sup>.

Par ailleurs, il ressort de cet arrêt que l'art. 74 al. 4 LRens ne prime pas l'art. 2 de la loi interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » tant qu'une interdiction fédérale d'« Al-Qaïda » et de l'« Etat islamique » au sens de l'art. 74 al. 1 LRens n'a pas été édictée par le Conseil fédéral et que la loi interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » est encore en vigueur<sup>72</sup>. La loi en question a ensuite été remplacée par une décision de portée générale rendue par le Conseil fédéral le 19 octobre 2022<sup>73</sup>.

b) Association aux groupes « Al-Qaïda » ou « Etat islamique » et internement  
Le Tribunal fédéral<sup>74</sup> a rejeté, en août 2022, un recours du MPC contre une décision rendue par la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral<sup>75</sup> selon lequel l'association aux groupes « Al-Qaïda » ou « Etat islamique » ne justifiait pas, à elle seule, le prononcé d'un internement au sens de l'art. 64 al. 1 CP. En effet, l'art. 64 CP prévoit une clause générale selon laquelle l'auteur doit avoir commis une des infractions énumérées à l'al. 1 de cette disposition ou une autre infraction passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au moins. L'art. 2 al. 1 de la loi fédérale interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées ne fait pas partie du catalogue<sup>76</sup>.

c) Attentat à motivation djihadiste à Morges

En juin 2022, le MPC a déposé un acte d'accusation contre un double national suisse et turc de 28 ans concernant l'homicide à motivation djihadiste commis à Morges en septembre 2020. Les débats se sont tenus fin 2022 devant la Cour des affaires pénales du TPF. Par jugement du 10 janvier 2023<sup>77</sup>, la Cour a reconnu l'accusé coupable d'assassinat, de tentative d'assassinat, de tentatives d'incendie et d'explosion d'une station-service, de soutien sous diverses formes à l'organisation « Etat islamique », de téléchargement et de prise en dépôt de représentation de la violence ainsi que de contravention à la LStup. Elle l'a en revanche acquitté des infractions de lésions corporelles et de menaces. Au regard notamment de la responsabilité pénale moyennement diminuée de l'accusé au moment des faits, la Cour a prononcé une condamnation à 20 ans de peine privative de liberté, assortie d'une mesure thérapeutique

71 ATF 148 IV 298, c. 7.4 s.

72 ATF 148 IV 298, c. 6.4.2.

73 FF 2022 1802; supra III. A. 2.

74 ATF 148 IV 398.

75 TPF 2022 1.

76 ATF 148 IV 398, c. 4.8.

77 TPF SK.2022.35 du 10 janvier 2023.

institutionnelle en milieu fermé. La Cour a cependant décidé que les conditions de l'internement préconisé par le MPC n'étaient pas remplies.

#### IV. Die Schweiz und das Europäische Strafrecht (von Thomas Wahl)

Das Jahr 2022 war vor allem dadurch geprägt, dass einige an dieser Stelle in den Vorjahren berichtete, für die Schweiz interessante Entwicklungen fortgeschrieben worden sind. Das betrifft zunächst gesetzgeberische Änderungen im Schengen-Recht (A.), welches nach den 2021 getroffenen politischen Vorgaben teilweise neu konzipiert werden soll. Parallel dazu entwickelt sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) in diesem Bereich unaufhörlich weiter. In der Zusammensetzung der Grossen Kammer hat der EuGH zwei wichtige Entscheidungen getroffen, nämlich zur Rechtmässigkeit der Aufrechterhaltung von Binnengrenzkontrollen und deren Auswirkung auf die strafrechtliche Haftung sowie zum Geltungsbereich des transnationalen Verbots der Doppelverfolgung nach Art. 54 des Schengener Durchführungsabkommens (SDÜ). Letzteres knüpft an die bahnbrechende Entscheidung in der Rechtssache «*WS*» aus dem Jahr 2021 an. Die damit einhergehende grundlegende Frage nach dem Verhältnis zwischen Europarecht und völkervertraglichen Verpflichtungen spiegelt sich ebenfalls in der Rechtsprechungslinie des EuGH zur Auslieferung von Bürgern wider, die von ihrem Freizügigkeitsrecht in der EU Gebrauch machen. Die mit dem Grundsatzurteil in der Rechtssache «*Petruhhin*» ausgelösten Fragestellungen wurden durch ein weiteres Urteil 2022 präzisiert sowie durch Leitlinien für die Praxis eingeeht (B.). Eine wichtige, hier abschliessend vorzustellende Entwicklung im Berichtsjahr betrifft die Reform des Europäischen Polizeiamts (Europol) im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit ausserhalb von Schengen (C.).

##### A. Schengen-Recht: Neue Gesetzgebung und EuGH-Entscheidungen

###### 1. Gesetzgeberische Änderungen des Schengen-Rechts

Von unmittelbarer Bedeutung für die Schweiz sind die Änderungen des durch die EU vorgenommenen Schengen-Rechts. Die Schweiz muss die auf Schengen-Recht basierenden Weiterentwicklungen in ihr Rechtssystem implementieren.

a) Neuer Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus

Im Juni 2022 wurde die Verordnung (EU) 2022/922 des Rates zur Einführung und Anwendung eines Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus für die Überprüfung der Anwendung des Schengen-Besitzstands und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1053/2013 angenommen und im Amtsblatt der EU veröffentlicht.<sup>78</sup> Damit ist das Gesetzgebungsvorhaben abgeschlossen, welches die Kommission ein Jahr zuvor initiiert hatte.<sup>79</sup> Mit der neuen Verordnung wird ein Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus eingeführt, der sicherstellen soll, dass die teilnehmenden Mitgliedstaaten den Schengen-Besitzstand wirksam, effizient und ordnungsgemäss anwenden. Sie ersetzt den früheren spezifischen Mechanismus, der in der Verordnung von 2013 festgelegt war. Mit dem neuen Rechtsrahmen wird auf festgestellte Schwachstellen reagiert. Das Verfahren ist ein wichtiges Instrument zur Steuerung des guten Funktionierens des Schengen-Raumes («Schengen Governance»). Zu den Verbesserungen gehören u.a. die Erstellung von mehrjährigen Evaluierungsprogrammen, die einen Zeitraum von sieben Jahren abdecken, gezieltere unangekündigte und thematische Evaluierungen, gestraffte Evaluierungsverfahren und ein Schnellverfahren, um schwerwiegende Mängel festzustellen bzw. auf sie zu reagieren. Ferner wird in politischer Hinsicht die Rolle des Rates gestärkt. Er erhält unter anderem die Möglichkeit bei schwerwiegenden Mängeln, bei erstmaligen Bewertungen und thematischen Bewertungen sowie in Fällen, in denen der bewertete Mitgliedstaat den Bericht im Wesentlichen bestreitet, Empfehlungen anzunehmen.

Im August 2022 teilte der Schweizer Bundesrat der EU mit, die Verordnung (EU) 2022/922 zu übernehmen – unter Vorbehalt der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen. Im Anschluss wurde ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt.<sup>80</sup> Der Bundesrat hat die Ergebnisse dieser Vernehmlassung zur Kenntnis genommen und auf seiner Sitzung vom 21.6.2023 die Botschaft an das Parlament zur Genehmigung des Notenaustausches betreffend die Übernahme der neuen Verordnung verabschiedet.<sup>81</sup> Die parlamentarische Debatte wird in der Herbst-Session 2023 (Erstrat) und in der Winter-Session 2023 (Zweitrat) durchgeführt.

b) Neue Ausschreibungskategorie im Schengener Informationssystem

Ebenfalls Umsetzungsbedarf in der Schweiz wird die im Juli 2022 von Europäischen Parlament und Rat verabschiedete Änderung des Rechtsrahmens zum Schengener

78 ABl. 2022 L 160, 1.

79 LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 2, 468 f.

80 Notenaustausch vom 17. August 2022, abrufbar unter: <[www.news.admin.ch/news/message/attachments/79887.pdf](http://www.news.admin.ch/news/message/attachments/79887.pdf)> (zuletzt abgerufen am 16.7.2023).

81 Die Botschaft ist abrufbar unter: <[www.news.admin.ch/news/message/attachments/79878.pdf](http://www.news.admin.ch/news/message/attachments/79878.pdf)> (zuletzt abgerufen am 16.7.2023).

Informationssystem (SIS) auslösen.<sup>82</sup> Die das SIS der neuen Generation regelnde Verordnung 2018/1862<sup>83</sup> wird durch die Verordnung 2022/1190 dahingehend geändert, dass mit der «Informationsausschreibung zu Drittstaatsangehörigen» eine neue Ausschreibungskategorie eingeführt wird. Sie steht in engem Zusammenhang mit den Befugnissen von Europol und soll einen Beitrag zur effektiveren Bekämpfung von terroristischen und anderen schwerwiegenden Straftaten leisten, die in die Zuständigkeit von Europol fallen.<sup>84</sup> Mit den in dieser Kategorie im SIS eingespeicherten Informationen sollen Bewegungen von mutmasslich an solchen Straftaten beteiligten Drittstaatsangehörigen überwacht und alle Informationen über den Verdächtigen den Beamten an vorderster Front in den Schengen-Staaten unmittelbar und in Echtzeit zur Verfügung gestellt werden. Im Fokus stehen vor allem die sog. «Foreign Terrorist Fighters». Bei der Informationsausschreibung handelt es sich somit um ein auf Personen bezogenes Pendant zur Überwachung von Waren im Wege der «kontrollierten Lieferungen», die bereits nach Schengen-Recht zulässig ist.

Da die Informationen über Drittstaatsangehörige häufig nur von Drittstaaten oder internationalen Organisationen an Europol übermittelt werden, wird Europol eine entscheidende Rolle bei der Eingabe von Informationsausschreibungen in das SIS spielen. Nach der Verordnung wird Europol den Mitgliedstaaten vorschlagen, Informationsausschreibungen in das SIS einzugeben. Die Verordnung enthält mehrere an die Schengen-Staaten gerichtete Verpflichtungen. Der ausschreibende Mitgliedstaat beispielsweise muss die anderen Mitgliedstaaten und Europol informieren, wenn die Ausschreibung – nach eigener Überprüfung der eingegangenen Informationen – in das SIS eingegeben wird. Zu diesem Zweck müssen die Mitgliedstaaten ein regelmässiges Meldeverfahren einrichten. Die vollziehenden Mitgliedstaaten müssen im Falle eines Treffers bestimmte, in der Verordnung aufgelistete Informationen über den Drittstaatsangehörigen sammeln und an den ausschreibenden Mitgliedstaat weiterleiten. Die Mitgliedstaaten unterrichten Europol über jeden Trefferfall bei Informationsausschreibungen oder über den Aufenthaltsort der verdächtigen Person, die Gegenstand einer Informationsausschreibung ist, im Hoheitsgebiet des ausschreibenden Mitgliedstaats.

Die Verordnung enthält ausserdem mehrere Bestimmungen, welche die Rechtmässigkeit, Vollständigkeit und Richtigkeit der SIS-Daten gewährleisten sollen. So

82 Verordnung (EU) 2022/1190 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1862 in Bezug auf die Eingabe von Informationsausschreibungen zu Drittstaatsangehörigen im Interesse der Union in das Schengener Informationssystem (SIS), ABl. 2022 L 185, 1.

83 Zum SIS und zur genannten Verordnung siehe URSULA CASSANI, SABINE GLESS, MARIA LUDWICZAK GLASSEY, & THOMAS WAHL, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international, Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2018)», 29 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2019), 419–459, 452 ff.

84 Art. 37a Abs. 2 verweist insoweit auf Anhang I der Europol-Verordnung (EU) 2016/794.

muss Europol die Mitgliedstaaten unverzüglich über sachlich falsche oder unrechtmässig gespeicherte Daten unterrichten. Der ausschreibende Mitgliedstaat muss nach Ablauf einer einjährigen Speicherungsfrist überprüfen, ob die Informationsausschreibung aufrechterhalten werden muss. Nur nach einer gründlichen Einzelfallprüfung kann die Informationsausschreibung über den Überprüfungszeitraum hinaus aufbewahrt werden.

Europol und die Mitgliedstaaten müssen nun die technischen und verfahrensmässigen Modalitäten für die Umsetzung der Verordnung festlegen. Die Kommission wird dann den Zeitpunkt festlegen, zu dem die Mitgliedstaaten mit der Eingabe, Aktualisierung und Löschung von Informationsausschreibungen in das SIS beginnen können. Soweit ersichtlich, hat die Schweiz noch keine Schritte im Legislaturplan vorgenommen.

## 2. EuGH-Entscheidung zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen

Am 26. April 2022 hat der EuGH eine wichtige Entscheidung zur Höchstdauer für die Aufrechterhaltung von Binnengrenzkontrollen und die daraus folgende Haftung der Mitgliedstaaten getroffen.<sup>85</sup> Viele Schengen-Staaten hielten und halten mit Verweis auf verschiedene Krisen (Sekundärmigration, terroristische Bedrohung, Migrationsdruck an den Aussengrenzen) über einen langen Zeitraum Binnengrenzkontrollen innerhalb des Schengen-Verbundes aufrecht, obwohl der gemeinsame Schengener Grenzkodex eine Höchstdauer von grundsätzlich sechs Monaten vorsieht (sofern ein Mitgliedstaat seine öffentliche Ordnung oder innere Sicherheit ernsthaft bedroht sieht und aussergewöhnliche Umstände vorliegen).<sup>86</sup> Das Landesverwaltungsgericht Steiermark legte dem EuGH die Frage vor, ob eine Geldstrafe wegen Nichtvorzeigens des Passes rechtens ist, obwohl Österreich zu diesem Zeitpunkt (2019) die sechsmonatige Frist längst überschritten hatte, die vorübergehende Wiedereinführung seiner Binnengrenzkontrollen zu Ungarn und Slowenien seit 2015 aber mit der Bedrohung seiner öffentlichen Ordnung und Sicherheit begründete.

Mit Verweis auf Wortlaut, Systematik und Ziel von Art. 25 des Schengener Grenzkodex entschied der EuGH, dass ein Mitgliedstaat Kontrollen an seinen Binnengrenzen nur dann unmittelbar nach Ablauf des Sechsmonatszeitraums wieder einführen kann, wenn er mit einer neuen ernsthaften Bedrohung seiner öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit konfrontiert ist. Die neue Bedrohung muss sich von der ursprünglich festgestellten Bedrohung unterscheiden, da der EU-Gesetzge-

<sup>85</sup> EuGH, Urteil v. 26.4.2022, Rs. C-368/20, *NW gegen Landespolizeidirektion Steiermark*, EU:C:2022:298.

<sup>86</sup> Vgl. Art. 25 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2016 L 77, 1 (berichtigt in ABl. 2018 L 272, 69) in der durch die Verordnung (EU) 2016/1624 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2016 (ABl. 2016 L 251, 1) geänderten Fassung.

ber einen Zeitraum von sechs Monaten als ausreichend erachtet, damit der Mitgliedstaat Massnahmen zur Abwehr einer solchen Bedrohung ergreifen kann. Im vorliegenden Fall kam der EuGH zu dem Schluss, dass Österreich das Vorliegen einer neuen Bedrohung nicht nachgewiesen hat, sodass die beiden Grenzkontrollmassnahmen, denen der Betroffene unterzogen wurde, nicht mit dem Schengener Grenzkodex vereinbar waren. Eine Person könne deshalb auch nicht unter Androhung einer Strafe verpflichtet werden, bei der Einreise aus einem anderen Mitgliedstaat einen Reisepass oder Personalausweis vorzulegen, wenn die Wiedereinführung von Grenzkontrollen gegen den Schengener Grenzkodex verstösst.

Die Entscheidung gibt wichtige Leitlinien für die Schengen-Staaten wie die Schweiz vor. Insbesondere legt der EuGH die im Schengener Grenzkodex enthaltenen Fristen als absolut aus, sodass eine Dauerverlängerung mit Verweis auf einen Begründungsgrund nicht mehr möglich ist. Die Bestimmungen zur Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen sind jedoch Teil der Reform des Schengener Grenzkodex.<sup>87</sup> Nach den Plänen der Kommission sollen in Zukunft weniger starre Fristen gelten. Der Reformvorschlag wird derzeit noch von Europäischem Parlament und Rat verhandelt.

### 3. Neue EuGH-Entscheidung zur extraterritorialen Wirkung von Art. 54 SDÜ

Mit seinem Urteil vom 28.10.2022 in der Rechtssache «*HF v Generalstaatsanwaltschaft München*»<sup>88</sup> hat der EuGH seine Rechtsprechung zur extraterritorialen Reichweite des transnationalen *ne bis in idem*-Grundsatzes nach Art. 54 SDÜ fortentwickelt. In seinem ein Jahr zuvor erlassenen Grundsatzurteil in der Rechtssache «*WS*» entschied der EuGH, dass die Behörden der EU-Mitgliedstaaten sich auf der Grundlage von Art. 54 SDÜ weigern können, einer Rotecke (*Red Notice*) von Interpol zu folgen, mit der die Auslieferung einer Person an einen Drittstaat beantragt wird, wenn die gesuchte Person bereits in einem der EU-Mitgliedstaaten/Schengen-Staaten rechtskräftig verurteilt worden ist.<sup>89</sup> Damit wurde grundsätzlich die freie Bewegungsfreiheit bereits verurteilter Unionsbürger im Schengen-Raum eröffnet, wobei der EuGH eine justiziell gefasste Bestätigungsentscheidung als Auslöser verlangt. Offengeblieben war, ob dieser Schutz auch Personen zuteil wird, die ein Freizügigkeitsrecht nicht aus der Unionsbürgerschaft ableiten, und ob die Rechtsprechung nicht nur für die Fahndungersuchen via Interpol, sondern auch für förmliche Auslieferungersuchen auf Basis völkerrechtlicher Verträge gilt.<sup>90</sup>

87 Vgl. LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* n. 2, 469.

88 EuGH, Urteil v. 28.10.2022, Rs. C-435/22 PPU, *HF*, EU:C:2022:852 = NJW 2023, 349 m. Anm. JULIA EXNER-KUHN.

89 EuGH, Urteil v. 12.5.2021, Rs. C-505/19, *WS/BRD*, EU:C:2021:376.

90 LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, *supra* n. 2, 483 f.

a) Rechtliche Problematik

Diese Fragen hatte das Oberlandesgericht München zu klären. In dem zugrundeliegenden Fall ersuchten die Vereinigten Staaten die Bundesrepublik Deutschland um Auslieferung eines serbischen Staatsangehörigen (*HF*) wegen Bankbetrugs und Computersabotage. Der Betroffene verteidigte sich gegen seine Auslieferung mit dem Hinweis, dass er wegen der fraglichen Straftaten bereits von einem slowenischen Gericht verurteilt worden sei und die Strafe vollständig verbüsst habe. Er war der Ansicht, dass Art. 54 SDÜ anwendbar und die Auslieferung unzulässig sei. Das Oberlandesgericht München hatte jedoch Zweifel an der Übertragbarkeit des EuGH-Urteils in der Rechtssache «*WS*» und wies auf folgende Unterschiede hin:

- *HF* ist kein Unionsbürger;
- Das Verfahren betrifft ein förmliches Auslieferungsersuchen und nicht nur die Vollstreckung einer Interpol-*Red Notice* zur vorläufigen Festnahme;
- Nach dem deutsch-amerikanischen Auslieferungsvertrag ist Deutschland zur Auslieferung verpflichtet, da dessen Art. 8 eine Ablehnung der Auslieferung wegen *ne bis in idem* nur dann zulässt, wenn das betreffende Urteil im ersuchten Staat (hier: Deutschland) ergangen ist, und Verurteilungen aus anderen EU-Mitgliedstaaten gerade nicht erfassen will;
- *HF* genießt kein Recht auf Freizügigkeit aufgrund einer Unionsbürgerschaft (Art. 21 AEUV), sondern nur ein Recht auf Bewegungsfreiheit, weil er von der Visumpflicht befreit wurde (Art. 20 SDÜ), wobei auch zu berücksichtigen war, dass die slowenischen Behörden im Jahr 2020 *HF*'s Antrag auf Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt hatten.

Es stand somit die Frage im Raum, ob Art. 54 SDÜ Deutschland als Schengen-Staat verpflichtet, das Auslieferungsersuchen der USA für in Slowenien rechtskräftig abgeurteilte Straftaten abzulehnen, und ob der zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten geschlossene Auslieferungsvertrag die Anwendung des *ne bis in idem*-Grundsatzes berührt.

b) Entscheidung des EuGH

Die Luxemburger Richter äusserten sich zunächst zum Anwendungsbereich des unionsweiten Grundsatzes *ne bis in idem*, wie er in Art. 54 SDÜ/Art. 50 EUGrCh niedergelegt ist. Sie stellten fest, dass nach Wortlaut, Kontext und Zielsetzung der Bestimmungen alle Bürger (und nicht nur Staatsangehörige eines Mitgliedstaates), die im Schengen-Raum freigesprochen oder rechtskräftig verurteilt wurden, dieses Grundrecht genießen. Sie gewährleisteten, dass jede Person innerhalb des Schengen-Raums reisen kann, ohne befürchten zu müssen, in einem anderen Mitgliedstaat wegen derselben Tat erneut verfolgt zu werden.

Darüber hinaus sei die Inanspruchnahme dieses Grundrechts bei Drittstaatsangehörigen weder an die Rechtmässigkeit ihres Aufenthalts noch an ein Recht auf Freizügigkeit innerhalb des Schengen-Raums geknüpft. Art. 54 SDÜ erfordert einzig, dass das Verfahren in einem der Mitgliedstaaten rechtskräftig abgeschlossen ist.

Zweitens entschieden die Luxemburger Richter, dass Art. 54 SDÜ auch in den Auslieferungsbeziehungen zwischen einem EU-Mitgliedstaat und einem Drittstaat (hier: Deutschland und Vereinigte Staaten von Amerika) anzuwenden ist. Der Umstand, dass der deutsch-amerikanische Auslieferungsvertrag den Anwendungsbereich des Grundsatzes *ne bis in idem* auf im ersuchten Staat ergangene Urteile beschränkt, könne die Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ nicht infrage stellen. Der EuGH argumentierte in diesem Zusammenhang auf der Grundlage von Art. 17 Abs. 2 des Auslieferungsabkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, der es grundsätzlich erlaubt, Auslieferungersuchen abzulehnen, wenn die Verfassungsgrundsätze oder endgültigen gerichtlichen Entscheidungen, die für den ersuchten Staat bindend sind, ein Hindernis für die Erfüllung seiner Auslieferungspflicht darstellen können. Nach Auffassung des EuGH stellt Art. 17 Abs. 2 eine autonome und subsidiäre Rechtsgrundlage für die Anwendung des Grundsatzes, dass die Auslieferung von Personen, die wegen derselben Straftat, wegen der um Auslieferung ersucht wird, in einem anderen Mitgliedstaat bereits rechtskräftig verurteilt worden sind, nicht möglich ist, wenn der anwendbare bilaterale Vertrag eine Lösung dieser Frage nicht zulässt. Im Hinblick auf Art. 8 des deutsch-amerikanischen Auslieferungsvertrages müssten die deutschen Gerichte die volle Wirksamkeit von Art. 54 SDÜ/Art. 50 EUGrCh sicherstellen.

c) Bewertung und Folgen für die Schweiz

Das Urteil unterstreicht den Vorrang des EU-Rechts vor internationalen Verträgen. Damit erhält Art. 54 SDÜ nun einen sehr weiten extraterritorialen Anwendungsbereich und hat eine neue Dimension angenommen.<sup>91</sup> Bürger, die von einem Schengen-Staat für ihre Straftaten freigesprochen oder verurteilt wurden, haben gute Chancen, wegen derselben Tat nicht an Drittstaaten ausgeliefert zu werden, wo sie höchstwahrscheinlich viel höhere Strafen zu befürchten hätten. Für die Schweiz von besonderer Bedeutung ist die Aussage des EuGH, dass Art. 54 SDÜ nicht an bestimmte Titel zur Ausübung eines Freizügigkeitsrechts gebunden ist. Damit stellt sich nicht mehr die Frage einer möglichen Übertragbarkeit der Argumentation mit der Unionsbürgerschaft (die der EuGH in «*WS*» zugrunde legte) auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA). Allein entscheidend ist eine rechtskräftige «*Aburteilung*» des Delikts in einem anderen Schengen-Staat unter Berücksichtigung der das Recht

91 EXNER-KUHN, *supra* n. 88, 355.

der Doppelverfolgung grundsätzlich weit auslegenden EuGH-Rechtsprechung.<sup>92</sup> Ferner betont der EuGH, dass aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit die nationalen Gerichte Sorge tragen müssen, dass das transnationale Verbot der Doppelverfolgung im Schengen-Raum umgesetzt wird, mithin also der Betroffene vor Strafverfolgung durch Drittstaaten geschützt werden muss.

Diese Leitlinien müssen auch für entsprechende Entscheide der Schweizer Behörden bzw. Gerichte in derartigen Auslieferungskonstellationen beachtet werden, um eine möglichst parallele Rechtslage zu gewährleisten. Allerdings dürfte eine 1:1-Übertragung der Argumentation des EuGH schwierig sein: Eine Art. 8 des deutsch-amerikanischen Auslieferungsvertrages entsprechende Bestimmung findet sich auch im Auslieferungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika (Art. 4).<sup>93</sup> Auch hier ist der Grundsatz *ne bis in idem* als Ablehnungsgrund nur auf Strafverfolgungen im ersuchten Staat beschränkt. Ein übergeordnetes Unionsrecht, wie das Auslieferungsabkommen zwischen der EU und den Vereinigten Staaten, auf das der EuGH massgeblich zur Aushebelung der auslieferungsrechtlich beschränkten *ne bis in idem*-Garantie rekurriert, besteht für die Schweiz hingegen nicht.<sup>94</sup> Eine Möglichkeit wäre, Art. 54 SDÜ als parallele internationale Verpflichtung in Art. 4 des schweizerisch-amerikanischen Auslieferungsvertrages hineinzulesen. Ein entsprechender Begründungsansatz findet sich in einer Entscheidung des OLG Frankfurt a.M., in der eine Auslieferung von Deutschland an die USA aufgrund eines durchgeführten Strafverfahrens wegen derselben Sache in Italien abgelehnt wurde.<sup>95</sup>

## B. Auslieferungsrecht: Der Umgang mit Unionsbürgern

### 1. Neues vom EuGH zur «Petruhhin-Saga»

Wegweisend für seine Rechtsprechung zur Schutzwirkung des Art. 54 SDÜ vor der Auslieferung an Drittstaaten (oben A. 3.) war bereits die EuGH-Entscheidung im

92 Vgl. WOLFGANG SCHOMBURG & THOMAS WAHL, «HT III E 1, Art. 54 SDÜ», in: W. Schomburg & O. Lagodny (Hg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 6. Aufl., München 2020, Rn. 24.

93 SR 0.353.933.6.

94 Art. 17 Abs. 2 des AuslAbk EU-USA kann als eine Art *ordre public*-Vorbehalt gesehen werden. *Ordre public*-Klauseln sind jedoch in Auslieferungsabkommen der Schweiz grundsätzlich nicht enthalten – auch nicht in jenem mit den USA –, sodass diese Argumentationslinie für die Schweiz hier ebenfalls ausscheidet. Zum *ordre public* in den Kooperationsverträgen der Schweiz siehe ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2019, N 230.

95 OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 19.5.2020 – 2 AuslA 3/20, StV 2020, 620 m. Anm. NIKOLAOS GAZEAS. Siehe dazu auch MARIA LUDWICZAK GLASSEY & THOMAS WAHL, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2020)», *Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld* (2020)», 31 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2021), 647–684, 683.

Fall «*Petruhhin*» im Jahr 2016.<sup>96</sup> Hier leitete der EuGH aus dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV und Art. 21 Abs. 2 EUGrCh) und dem Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 Abs. 1 AEUV) bei Auslieferungsersuchen, die gegen nicht ständig im ersuchten EU-Mitgliedstaat lebende Unionsbürger gerichtet sind, einen Vorrang der Auslieferung in den zugehörigen EU-Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene besitzt (als Heimat-/Herkunftsstaat bezeichnet) gegenüber dem Drittstaat ab, sofern der ersuchte Mitgliedstaat eigene Staatsangehörige nicht ausliefern würde.<sup>97</sup> Das Urteil führte zu mehreren Folgeentscheidungen, da sich die vom EuGH angedachten Bedingungen in der Rechtswirklichkeit nur als schwer umsetzbar erwiesen. In der Rechtssache «*Raugevicius*» hat der EuGH 2018 beispielsweise klargestellt, dass eine Gleichbehandlung des Unionsbürgers mit eigenen Staatsangehörigen des ersuchten EU-Mitgliedstaates geboten ist, sofern die Auslieferung nicht zum Zwecke der Strafverfolgung (so «*Petruhhin*»), sondern zum Zwecke der Strafvollstreckung durch den Drittstaat ersucht worden ist.<sup>98</sup> Als Kompensation zum Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger müsse der von einem Drittstaat um Auslieferung ersuchte EU-Mitgliedstaat eine Vollstreckung der Strafe des Unionsbürgers in seinem Land in Erwägung ziehen.

a) Problematik und Entscheidung im Verfahren «*S.M.*»

In dieser Konstellation der Auslieferung zum Zwecke der Strafvollstreckung präzierte der EuGH seine Rechtsprechung in einem Urteil vom 22.12.2022 («*S.M.*»)<sup>99</sup> Auf Vorlage des Oberlandesgerichts München war insbesondere die Frage zu klären, ob die Verpflichtungen aus dem Urteil «*Raugevicius*» auch gelten, wenn der ersuchte EU-Mitgliedstaat (hier: Deutschland) an das Europäische Auslieferungsübereinkommen des Europarats gebunden ist und sich darin völkervertraglich lediglich verpflichtet hat, eigene Staatsangehörige nicht auszuliefern (Art. 6 Nr. 1 b) des Übereinkommens). Die Rechtsfrage ähnelt also in Teilen derjenigen in der zu Art. 54 SDÜ ergangenen Entscheidung «*HF*» (oben A. 3. a), d.h. inwieweit unionsrechtliche Bindungen über Völkerrecht stehen.

Die Luxemburger Richter entschieden dahingehend, dass der ersuchte Mitgliedstaat aktiv die Zustimmung des Drittstaates zur Verbüßung der Freiheitsstrafe im ersuchten Mitgliedstaat einholen müsse, wenn dies nach seinem nationalen Recht möglich ist. Sollte die Zustimmung nicht eingeholt werden können, würden die Art. 18 und 21 AEUV der Auslieferung des Unionsbürgers aufgrund eines internationalen Übereinkommens nicht entgegenstehen. Die Auslieferung wäre unter die-

96 EuGH, Urteil vom 6.9.2016, Rs. C-182/15, *Aleksei Petruhhin*, EU:C:2016:630.

97 LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 95, 678 f.

98 EuGH, Urteil vom 13.11.2018, Rs. C-247/17, *Denis Raugevicius*, EU:C:2018:898.

99 EuGH, Urteil vom 22.12.2022, Rs. C-237/21, *S.M./Generalstaatsanwaltschaft München*, EU:C:2022:1017 = NJW 2023, 589 m. Anm. JOACHIM KRETSCHMER.

sen Umständen gerechtfertigt, da die betreffende Person nicht ungestraft bleiben sollte. Es müsse jedoch sichergestellt sein, dass die Auslieferung nicht die Grundrechte der Charta der Europäischen Union beeinträchtige, insbesondere aus Art. 19 (Schutz gegen ein in dem um Auslieferung ersuchenden Drittstaat bestehendes ernsthaftes Risiko der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung).

#### b) Bewertung und Folgen für die Schweiz

Nachdem der EuGH 2020 in den Urteilen «*I.N./Ruska Federacija*» und «*BY*» Reichweite und Verpflichtungen aus der *Petruhhin*-Rechtsprechung in den Fällen der Auslieferung zur Strafverfolgung präziserte,<sup>100</sup> fügte er mit dem Urteil «*S.M.*» ein weiteres Puzzleteil für die Konstellation der Auslieferung zum Zwecke der Strafvollstreckung hinzu. Im Unterschied zu den Fällen der Strafverfolgung, hält der EuGH eine Konsultation mit dem Heimatstaat des auszuliefernden Unionsbürgers wohl nicht für notwendig. Stattdessen muss der ersuchte Staat selbst den Konflikt zwischen dem Recht auf Freizügigkeit bzw. dem Diskriminierungsverbot einerseits und der Verhinderung der Straflosigkeit andererseits lösen. Dies soll vorrangig mit den Mitteln des Vollstreckungshilferechts geschehen.

Für die Schweiz ist zunächst die rechtliche Problematik zu klären, ob sie – ähnlich wie die EU-assozierten Staaten Island und Norwegen – in den vom EuGH etablierten Mechanismus einzutreten hat, nämlich indem über das Freizügigkeitsabkommen Parallelen zum Diskriminierungsverbot aufgrund der Unionsbürgerschaft etabliert werden können.<sup>101</sup> Bejaht man dies, sind die entsprechenden Leitlinien des EuGH im Wege der parallelen Auslegung zu beachten. In der Entscheidung «*S.M.*» betont der EuGH, dass der ersuchte Staat sich vor allem vom Gedanken der Resozialisierung leiten lassen und berücksichtigen müsse, dass – sofern rechtlich möglich – die Übernahme der Vollstreckung der Strafe im eigenen Hoheitsgebiet die gegenüber der Auslieferung weniger einschneidende Massnahme darstelle.<sup>102</sup> Freilich kann dies, wie auch der EuGH erkennt, nur gelten, wenn der Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates seinen ständigen Wohnsitz im ersuchten Mitgliedstaat hat und somit ein bestimmtes Mass an Integration in dessen Gesellschaft aufweist.<sup>103</sup>

Folgt man der Auslegung des FZA nicht, findet sich die Schweiz auf der anderen Seite in der Lage eines Drittstaates wieder. Die Rechtsprechung des EuGH kann des-

100 LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, supra n. 95, 679 ff.

101 LUDWICZAK GLASSEY & WAHL, a.a.O.; ASTRID EPINEY & ROBERT MOSTERS, «1. Teil/1<sup>re</sup> Partie: Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und die Schweiz, Le développement du droit européen et la Suisse / Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2020 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU», Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2020/2021, Zürich 2021, 71–86, 77 f.

102 EuGH, *S.M.*, supra n. 99, Rn. 37–40.

103 EuGH, *S.M.*, supra n. 99, Rn. 41; in diesem Sinne auch EuGH, *Raugevicius*, supra n. 98, Rn. 46.

halb erhebliche Auswirkungen zeitigen, Straftäter aus EU-Mitgliedstaaten nicht in die Schweiz ausgeliefert zu bekommen.

## 2. Kommissionsleitlinien für die Auslieferung an Drittstaaten

Die Auflage des EuGH an die Mitgliedstaaten, die ihre eigenen Staatsangehörigen nicht ausliefern, einen Ausgleich zwischen dem staatlichen Anspruch auf Strafverfolgung und der Vermeidung einer Diskriminierung zwischen eigenen Staatsangehörigen und anderen EU-Bürgern herzustellen, beschäftigt auch die EU-Institutionen auf supranationaler Ebene. Am 8.6.2022 hat die Europäische Kommission Leitlinien für die Auslieferung an Drittstaaten infolge des erwähnten *Petruhhin*-Urteils und der Folgerechtsprechung des EuGH veröffentlicht.<sup>104</sup> Die Leitlinien gehen auf Schlussfolgerungen des Rates zu den Herausforderungen und dem weiteren Vorgehen in Bezug auf den Europäischen Haftbefehl und die Auslieferungsverfahren zurück, die unter deutscher Ratspräsidentschaft Ende 2020 angenommen wurden.<sup>105</sup> Der Rat rief die Kommission dazu auf, aus den praktischen Erfahrungen bewährte Vorgehensweisen zur Auslieferung zwischen EU-Staaten und Drittstaaten zu entwickeln. Ausserdem bat der Rat, ein gemeinsames Konzept zu entwickeln, wie mit unbegründeten und missbräuchlichen Fahndungs- und Auslieferungsersuchen von Drittstaaten umzugehen ist, welche ein weiteres aktuelles Problem im Bereich des europäischen Auslieferungsverkehrs darstellen.

Die Leitlinien nehmen ferner Bezug auf von Eurojust und dem Europäischen Justiziellen Netz (EJN) vorgenommenen Bewertungen zu den praktischen Auswirkungen der *Petruhhin*-Rechtsprechung.<sup>106</sup> Vor diesem Hintergrund befassen sich die Leitlinien der Kommission mit folgenden Punkten:

- Zusammenfassung der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache «*Petruhhin*» und der nachfolgenden einschlägigen Fälle;
- Analysen zum Anwendungsbereich des *Petruhhin*-Mechanismus, der von den Behörden zu ergreifenden Massnahmen, dem Informationsaustausch mit dem Heimatstaat usw. in den genannten Auslieferungsfällen, die die Staatsangehörigkeitsausnahme betreffen;
- Leitlinien, die für alle Mitgliedstaaten unabhängig von der Staatsangehörigkeitsausnahme gelten, d.h. Grundrechtsprüfungen vor der Auslieferung und Umgang mit unbegründeten und missbräuchlichen Auslieferungsersuchen, insbesondere politisch motivierter Interpol-Rotecken;

104 ABl. 2022 C 223, 1.

105 ABl. 2020 C 419, 23.

106 Dazu CORNELIA RIEHLE & THOMAS WAHL, «Follow-up to Petruhhin Doctrine: Eurojust and EJN Map Problems», *eucri* (2020), 288.

- praktische Aspekte des *Petruhhin*-Mechanismus und politisch motivierter Auslieferungsersuchen, wie Kontaktstellen, Sprachenregelung, Kosten und Datenschutzregelungen.

Weitere praktische Informationen sind in den Anhängen des Leitfadens enthalten. Die Anhänge enthalten eine Darstellung der Schritte, die bei Auslieferungsersuchen zu Strafverfolgungszwecken zu unternehmen sind, einen Überblick über die Ausnahmen in Bezug auf die Staatsangehörigkeit sowie mehrere Mustervorlagen, z. B. für die Anforderung zusätzlicher Informationen, für Notifizierungen und für die Beantwortung von Anfragen.

Folgt man der Ansicht (oben B. 1. b), dass auch die Schweiz über das FZA dem *Petruhhin*-Mechanismus unterworfen ist, stellen die Leitlinien eine wichtige Arbeitsgrundlage für die Praxis auch der Schweizer Behörden dar. Zu beachten ist, dass die Leitlinien der Kommission weder rechtsverbindlich noch erschöpfend sind und auch keine Auswirkungen auf das bestehende EU-Recht bzw. seine künftige Entwicklung haben.

### C. Institutionenrecht: Erweiterung des Mandats von Europol

Die polizeiliche Zusammenarbeit der Schweiz mit den EU-Staaten im Rahmen von Schengen wird ergänzt durch den kriminalpolizeilichen Informationsaustausch mit der supranationalen Einrichtung Europol. Europol – offiziell: Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Strafverfolgung – ist die zentrale Austausch- und Analysestelle bezüglich polizeilicher Daten und von «Intelligence» der EU. Ferner leistet Europol technischen Support für polizeiliche Ermittlungen und Einsätze.<sup>107</sup> Europol besteht seit 1997.

Der Rechtsrahmen von Europol wurde mehrfach geändert, was auch unmittelbare Auswirkungen auf die Schweiz hat. Seit 2006 kooperiert die Schweiz mit Europol auf der Grundlage eines Abkommens.<sup>108</sup> Es ermöglicht den Austausch von strategischen und operativen Informationen sowie Spezialkenntnissen.<sup>109</sup> Das Mandat von Europol ist auf bestimmte Deliktsbereiche der schweren internationalen Kriminalität und des Terrorismus beschränkt.<sup>110</sup> Im Laufe seiner Geschichte wurde dieses Mandat durch mehrere Reformen der Europol-Rechtsgrundlage erweitert. Diese Er-

107 Allgemein zu Europol: JOSEF RUTHIG & MARTIN BÖSE, «Europol», in: M. Böse (Hg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, 1039–1071.

108 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Europäischen Polizeiamt vom 24.9.2004 (SR 0.362.2).

109 Zur Kooperation zwischen der Schweiz und Europol siehe SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl., Basel 2021, 246 ff.

110 Artikel 3 i.V.m. Anhang I der Verordnung (EU) 2016/794 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über die Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Strafverfolgung (Europol), ABl. 2016 L 135, 53.

weiterung wurde dann auch in Form von Briefwechseln zwischen der Schweiz und Europol nachvollzogen,<sup>111</sup> sodass nun die Schweizer Polizeibehörden in Einklang mit der Europol-Rechtsgrundlage am Zusammenarbeitsprozess teilnehmen können. Zur Koordination und Erleichterung der Zusammenarbeit hat die Schweiz mehrere Verbindungsoffiziere bei Europol in Den Haag stationiert.

## 1. Hintergrund und Eckpunkte der Reform

Der rechtliche Rahmen von Europol wird aktuell durch Art. 88 AEUV abgesteckt. Auf dieser Grundlage wurden Mandat, Befugnisse und Arbeitsweise 2016 mit der Europol-Verordnung weiterentwickelt bzw. festgelegt.<sup>112</sup> Nach Inkrafttreten der Verordnung am 1.5.2017 zeigte sich jedoch bald neuer Reformbedarf. Kriminelle Aktivitäten haben sich inzwischen schwerpunktmässig in die virtuelle Welt verlagert. Dies hatte die Zunahme von Kriminalität wie Computerbetrug, Online-Hasskommentare, terroristische Propaganda im Netz, Verbreitung von Kinderpornografie im Internet u.v.m zur Folge. Die sich rasant entwickelte Digitalisierung führte parallel zur Herausforderung der Polizeibehörden, sog. «Big-Data-Analysen» vornehmen zu müssen. Und mit der Verlagerung der Lebenswelt in das Digitale steigt auch die Notwendigkeit, stärker Private (insbesondere Internetdienstanbieter) in die Strafverfolgung und -prävention einzubeziehen.<sup>113</sup> Diesen Herausforderungen sowie neuen politischen Vorgaben bzw. Rechtsänderungen in anderen Bereichen des EU-Rechts wurde die Europol-Verordnung 2016/794 nicht mehr gerecht. Nachdem die Kommission 2020 eine Änderung der Europol-Verordnung vorgeschlagen hatte, wurde die Reform 2022 von Rat und Europäischen Parlament verabschiedet.<sup>114</sup> Die neuen Bestimmungen betreffen vor allem vier Kernbereiche:

- Erweiterte Möglichkeiten von Europol, mit privaten Parteien zusammenzuarbeiten;
- erweiterte Möglichkeiten, Informationsverarbeitungen vorzunehmen, insbesondere «Vorabanalysen» für einen gewissen Zeitraum durchzuführen, um personenbezogene Daten in umfangreichen Datenpaketen den in der Europol-Verordnung definierten Datenkategorien zuordnen zu können;

111 Siehe MATTHIAS OESCH, Schweiz – Europäische Union, Zürich 2020, Rn. 272.

112 Verordnung 2016/794, supra n. 110.

113 Siehe Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/794 in Bezug auf die Zusammenarbeit von Europol mit privaten Parteien, die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Europol zur Unterstützung strafrechtlicher Ermittlungen und die Rolle von Europol in Forschung und Innovation, COM(2020) 796 final, S. 1 ff.

114 Verordnung (EU) 2022/991 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/794 in Bezug auf die Zusammenarbeit von Europol mit privaten Parteien, die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Europol zur Unterstützung strafrechtlicher Ermittlungen und die Rolle von Europol in Forschung und Innovation, ABL. 2022 L 169, 1.

- Schaffung neuer Zuständigkeiten von Europol im Bereich Forschung und Innovation durch entsprechende Befugnis, personenbezogene Daten zu diesen Zwecken zu verarbeiten sowie die Einrichtung des Europol Innovation Lab;
- erweiterte Möglichkeiten mit Drittstaaten zusammenzuarbeiten, insbesondere dann, wenn mit diesen Staaten kein vor dem 1.5.2017 unterzeichnetes Abkommen oder kein Angemessenheitsbeschluss der Kommission zum Datenaustausch besteht.

## 2. Auswirkungen auf die Zusammenarbeit mit der Schweiz

Grundlage für die Zusammenarbeit der Schweiz mit Europol bleibt das 2006 in Kraft getretene Kooperationsabkommen. Eine Mandatserweiterung von Europol in dem Sinne, dass Europol eine Zuständigkeit für neue Kriminalitätsformen erhalten hätte, fand durch die Reform 2022 nicht statt. Deshalb muss das Abkommen zwischen der Schweiz und Europol nicht nach dessen Art. 3 Abs. 3 und 4 angepasst werden. Die geänderte Europol-Verordnung hat jedoch praktische Auswirkungen auf die Schweiz. Sie schafft eine deutlich komplexere Datenübermittlungsstruktur, welche entsprechende Compliance-Massnahmen auf nationaler Ebene erfordert.<sup>115</sup> Keine grundlegende Lösung bringt die Verordnung im Hinblick darauf, dass Europol in Zukunft auch weiterhin von der Bereitschaft der Staaten abhängig ist, mit der Zentralstelle in Den Haag zu kooperieren bzw. entsprechende Daten dorthin zu liefern.<sup>116</sup> Allerdings könnten die Schweizer Polizeibehörden, allen voran Fedpol als nationale Europol-Kontaktstelle, von der zu erwartenden verstärkten Datenanalysetätigkeit durch Europol gemeinschaftlich profitieren.

## 3. Perspektiven

Die Europol-Reform hat sowohl im Vorfeld als auch im Nachgang einige Kritik erfahren. Von Datenschützern und Vertretern der Zivilgesellschaft wird insbesondere vorgebracht, dass vor allem die Auswirkungen der erweiterten Kompetenzen für die Informationsverarbeitung und Kooperation mit privaten Parteien auf die Grund- und Datenschutzrechte Betroffener nicht hinreichend evaluiert worden seien.<sup>117</sup> Fer-

115 GORDEN SCHRÖDER, «Das neue Europol-Mandat», *Kriminalistik* (2022), 624–630, 627.

116 Zu diesem Problem bereits URSULA CASSANI, SABINE GLESS, ROBERT ROTH & CHRISTIAN SAGER, «Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international, Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2015)», 26 *Swiss Rev. Int'l & Eur. L.* (2016), 477–504, 492.

117 Vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins vom 15.4.2021 zum Vorschlag für eine Verordnung COM(2020) 796 final zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/794 in Bezug auf die Zusammenarbeit von Europol mit privaten Parteien, die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Europol zur Unterstützung strafrechtlicher Ermittlungen und die Rolle von Europol in Forschung und Innovation, SN 31/21; CCBE Position Paper on the Proposal for Regulation amending Regulation (EU) 2016/794,

ner gingen einige Bestimmungen zu weit und seien nicht mehr im Einklang mit dem europäischen Datenschutzrecht, vor allem unter Berücksichtigung der an den Datenschutz stringente Anforderungen stellenden EuGH-Rechtsprechung.<sup>118</sup> Schliesslich wird bezweifelt, dass die durch die Reform vorgenommenen Änderungen der rechtlichen und parlamentarischen Kontrolle der Tätigkeiten von Europol die stärkeren Eingriffe in die Rechte der Individuen nicht zu rechtfertigen vermögen.<sup>119</sup>

Kritisch zu Wort meldete sich auch der Europäische Datenschutzbeauftragte. Im Vorfeld kritisierte er vor allem fehlende Präzisierungen und Klarstellungen im Kommissionsentwurf.<sup>120</sup> Besonders kritisch sieht er die Möglichkeit von Europol, Daten von Personen, bei denen keine Verbindung zu einer kriminellen Aktivität besteht und die somit nicht in eine der grundsätzlich erforderlichen Datenkategorien des Anhangs II der Europol-Verordnung zugeordnet werden können, über einen längeren Zeitraum in den Europol-Informationssystemen gespeichert zu lassen. Mit einer beim EuG eingereichten Nichtigkeitsklage geht er nun gegen die rückwirkende Legalisierung der bereits vor der Reform geübten Praxis bei Europol vor.<sup>121</sup> Die entsprechenden Vorschriften der geänderten Europol-Verordnung würden eine zuvor erlassene Anordnung des Europäischen Datenschutzbeauftragten gegenüber Europol in dieser Sache obsolet machen.

Für die Schweiz besonders interessant sein dürfte, dass die Europol-Verordnung selbst auferlegt, dass die Kommission die vor dem 1.5.2017 geschlossenen Kooperationsabkommen zwischen Europol und Staaten ausserhalb der EU auf den Prüfstand stellt und auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Datenschutzrecht untersucht.<sup>122</sup> Gegebenenfalls sollen, so die Verordnung, die internationalen Abkommen neu verhandelt werden. Soweit ersichtlich sind hier noch keine abschliessenden Beurteilungen gemacht worden. Eine Neuauflage des Abkommens mit Europol würde der Schweiz die Gelegenheit geben, Überlegungen anzustellen, ob die sich seit 2006 geänderten bzw. gefestigten Kooperationsprinzipien der Union, die vor allem auf gegenseitiger Anerkennung und Verfügbarkeitsmachung von Daten basieren, mit der Schweizeri-

as regards Europol's cooperation with private parties, the processing of personal data by Europol in support of criminal investigations, and Europol's role on research and innovation, 6.5.2021.

118 JANE KLIPATRICK & CHRIS JONES, Empowering the police, removing protections: the new Europol Regulation, published by Statewatch, November 2022, 20.

119 Eingehend zur Kritik NIOVI VAVOULA & VALSAMIS MITSILEGAS, Strengthening Europol's mandate – A legal assessment of the Commission's proposal to amend the Europol Regulation, published by European Union, May 2021, insbes. S. 75.

120 Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Vorschlag zur Änderung der Europol-Verordnung, ABl. 2021 C 143, 6.

121 Klage vom 16.9.2022 in der Rechtssache T-578/22, *EDSB/Parlament und Rat*. Zur Kritik an der Regelung siehe auch LEWIN REXIN, «Je länger desto besser? – Europol's neue extensive Speicherfrist für die Voranalyse nicht-kategorisierter Daten», 7 *Kriminalpolitische Zeitschrift* (2022), 363–370.

122 Art. 25 Abs. 4 der Europol-Verordnung.

schen Zusammenarbeitspolitik im Sicherheits- und Polizeibereich in Einklang steht.<sup>123</sup>

123 Siehe auch CASSANI, GLESS, ROTH & SAGER, *supra* n. 116, 493.



# Europarecht: Schweiz – Europäische Union

Andreas Th. Müller & Janine Prantl\*

In Fortsetzung einer schon bewährten Tradition<sup>1</sup> bespricht die vorliegende Chronik ausgewählte wichtige Entwicklungen in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) sowohl im Bereich der Gesetzgebung (I.) als auch der Rechtsprechung (II.) in der Berichtsperiode von Januar bis Dezember 2022.<sup>2</sup>

\* Andreas Th. Müller ist Professor für Europarecht, Völkerrecht und Menschenrechte, Universität Basel; Janine Prantl ist Oberassistentin am Institut für Europarecht, Universität Freiburg. Für die Unterstützung bei der Dokumentierung des vorliegenden Beitrages dankt der Erstverfasser herzlich Herrn Colin Cheetham. Die zweite Verfasserin dankt Frau Evamaria Hunziker herzlich für die Unterstützung bei der Zusammenstellung relevanter Rechtsprechung der Schweizer Gerichte zum Freizügigkeitsabkommen (FZA). Besonderer Dank gilt Frau Professorin Astrid Epiney für ihre Bemühungen um die Zusammenarbeit an diesem Beitrag sowie für ihre Hinweise. Für jegliche Fehler tragen die Verfasser die alleinige Verantwortung. Alle Internetquellen wurden am 28. Juni 2023 zuletzt eingesehen.

1 Vgl. insb. die letzten Beiträge von BENEDIKT PIRKER & PAULA GADOLA, «Europarecht: Schweiz–Europäische Union», 32 *Swiss Rev. Of Int'l. & Eur. Law* (2022), 89–144; BENEDIKT PIRKER & LIVIA MATTER, «Europarecht: Schweiz–Europäische Union», 31 *Swiss Rev. Of Int'l. & Eur. Law* (2021), 123–161.

2 Als Auswahl neuer, allgemein interessanter Literatur aus dem Berichtszeitraum lassen sich folgende Werke erwähnen:

*Zu den allgemeinen Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU:* MICHAEL AMBÜHL & DANIELA S. SCHERER, «Zum Grad der Verrechtlichung im Verhältnis Schweiz–Europäische Union», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), *Rechtsschutz in Theorie und Praxis*, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1097–1107; PETER BURCKHARDT & NINA LUMENGO PAKA, «Schweizer Sanktionsrecht: Ein Überblick über die Massnahmen der Schweiz im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine», 1 *Ukraine-Krieg und Recht* (2022), 614–616; THOMAS COTTIER, «Der Ukraine-Krieg: Wendepunkt in den Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union und zur NATO?», 32 *Swiss Rev. Of Int'l. & Eur. Law* (2022), 547–555; JANINE DUMONT et al., «Die sektoriellen Abkommen Schweiz–EU in der praktischen Anwendung», in: A. Epiney, S. Progin-Theuerkauf & P. E. Zlatescu (Hg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2021/2022*, 19. Aufl., Zürich 2022, 493–525; YANN FAUCCONNET, «Neutralitätsrechtliche Einordnung der schweizerischen Sanktionen gegen Russland im Ukraine-Krieg», *ex/ante* (2022), 3–17; MATTHIAS OESCH & DAVID CAMPI, *Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union – Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte*, Zürich 2022.

Als allgemeine (auch politikwissenschaftliche und historische) Analysen zur *Aussenpolitik der Schweiz und den Schweiz–EU-Beziehungen:* LUZI BERNET, *Das Schweiz-Dilemma: 30 Jahre Europapolitik*, Zürich 2022; NICOLA FORSTER & ANDREAS SCHWAB, *Schweiz und Europa: eine politische Analyse*, Freiburg/Basel/Wien 2022; KARIN FRICK, «Müssen, Sollen, Wollen: die Rechtsbeziehungen Schweiz–EU», in E. Heer, A. Heidelberger & M. Bühlmann (Hg.), *Schweiz–EU: Sonderwege, Holzwege, Königswege*, Zürich 2022, 269–288; MARTIN HEIDENREICH, *Die doppelte Spaltung Europas*, Wiesbaden 2022; ERHARD KANTZENBACH, *Die wirtschaftliche Neuordnung Europas*, Heidelberg 2022; LUKAS LAUENER, «Likeminded? Congruence Between Political Elites and their Voters Regarding Policy Choices in Swiss–EU Relations», 28 *Swiss Polit Sci Rev.* (2022), 296–318.

Zur *institutionellen Frage zwischen der Schweiz und der EU*: ASTRID EPINEY, «Les implications de l'échec des négociations d'un Accord-cadre entre la Suisse et l'Union européenne, Aspects choisis», Cahiers fribourgeois de droit européen, no. 30, Fribourg 2022; DIES., «Rechtsschutz und Streitbeilegung im Bilateralen Recht», Jusletter, 19. Dezember 2022; JOEL GÜNTHARDT, «Rechtsschutz gegen Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse Schweiz–Europäische Union», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1107–1116; MICHAEL HAHN & YANN FAUCONNET, «Streitbeilegungsverfahren in den künftigen Verträgen Schweiz–Europäische Union und Autonomie der Unionsrechtsordnung», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1117–1130; SEBASTIAN HESELHAUS, «Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen», Zeitschrift für Europarecht – EuZ (2022); SIMON HIRSBRUNNEN & PHILIPP ZURKINDEN, «Nach dem Scheitern des Rahmenabkommens: einfach weiter verhandeln wie bisher reicht nicht», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1131–1142; CHRISTA TOBLER, «Erneuerte institutionelle Regeln zu Durchsetzung des bilateralen Rechts im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht und EU?», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1165–1176.

Zu spezifischen *Fragen im Kontext der Bilateralen Abkommen und des Rahmenabkommens*: ASTRID EPINEY, «Zur Tragweite der Unionsbürgerschaft und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Zusammenhang mit dem Zugang zu staatlichen Leistungen», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1191–1200; ASTRID EPINEY & SOPHIA ROVELLI, «Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen», in: A. Epiney et al. (Hg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2021/2022, Zürich/Genf/Bern 2022, 285–325; JOEL GÜNTHARDT, «Die Nichtaufdatierung der bilateralen Abkommen Schweiz–EU am Beispiel der Diplomanerkennung», 118 Schweizerische Juristen-Zeitung (2022), 159–171; KURT PÄRLI, «EU-Entsenderecht zwischen Markt und Sozialschutz – Neuere Rechtsprechung des EuGH zu Sanktionen und zum grenzüberschreitenden Verkehr», Zeitschrift für Europarecht – EuZ (2022), <[https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2022/04/EuZ-2022-04-Paerli-EU-Entsenderecht-V1\\_01-20220330.pdf](https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2022/04/EuZ-2022-04-Paerli-EU-Entsenderecht-V1_01-20220330.pdf)>.

Zur *Schengen-/Dublin-Assoziierung*: CATHERINE HAGUENAU-MOIZARD, «Quelle protection juridictionnelle aux frontières extérieures de l'espace Schengen?», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 381–390; CONSTANTIN HRUSCHKA, «Umstrittene Drittstaatenverfahren – Prüfungsinstanzen für Überstellungen», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 391–404; MATHIAS LANZ & GREGOR T. CHATTON, «Das neue Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS) – Ein Überblick», in: A. Achermann et al. (Hg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2021/2022/Annuaire du droit de la migration 2021/2022, Bern 2022, 59–77; MARKUS MOHLER, «Gedanken zur Schengen-/Dublin-Rechtsübernahme aus rechtsstaatlicher und demokratierechtlicher Sicht», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1143–1164; CHIARA PIRAS, «Die Dublin-Haft in der Schweiz – eine Standortbestimmung», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 415–426; SARAH PROGIN-THEUERKAUF, «Grenzkontrollen im Schengen-Raum – aktuelle Rechtsfragen», Recht ohne Grenzen (2022), 579–591; CHRISTOPH A. SPENLÉ & CARL JAUSLIN, «Zur gemeinsamen Verantwortung für die Einhaltung grund- und menschenrechtlicher Verpflichtungen am Beispiel von FRONTEX», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 427–440.

Zum *Luftverkehrsabkommen*: MELANIE BERGER, «Die Anwendung der EU-Fluggastrechteverordnung 261/2004 in der Schweiz – Geltungsbereich für Drittstaatenflüge und Berücksichtigung der neueren

Inhalt

- I. Gesetzgebung
  - A. «Jahr der Sondierung»
  - B. Die russische Aggression gegen die Ukraine und die Beziehungen Schweiz–EU
  - C. Entwicklungen im Abkommensbestand
  - D. Relevante Entwicklungen im Schweizer Recht
- II. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung: EuGH, EFTA-Gerichtshof, Schweizer Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht
  - A. Rechtsprechung des EuGH
  - B. Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs
  - C. Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts

EuGH-Rechtsprechung, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2021/2022», in: A. Epiney, S. Progin-Theuerkauf, P. E. Zlatescu (Hg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2021/2022, 19. Aufl., Zürich 2022, 549–566; GABRIEL SPECK, Das Verhältnis der Agenturen der Europäischen Union zur Schweiz am Beispiel der Agentur für Flugsicherheit (EASA), Zürich/Basel/Genf 2022.

Zum *Wettbewerbsrecht*: MAREIKE FRÖHLICH, Wettbewerbsregelungen in Unionsabkommen: Bedeutung und Einfluss für die Entwicklung der internationalen Zusammenarbeit bei Wettbewerbsbeschränkungen mit grenzüberschreitender Wirkung, Berlin/Heidelberg 2022; PATRICK L. KRAUSKOPF & CAMILLA GIUDICI, «Private Enforcement und Kartellrecht: Ein Rechtsvergleich EU–Schweiz», in: A. Epiney, S. Progin-Theuerkauf, P. E. Zlatescu (Hg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2021/2022, 19. Aufl., Zürich 2022, 391–407; SAMUEL RUTZ, «Braucht die Schweiz ein Beihilferecht?», 1 Schweizerische Zeitschrift für Kartellrecht (2022), 93–95.

Zum *Datenschutz*: Astrid Epiney, Sophie Moser & Sophia Rovelli (Hg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes des Bundes/La révision de la Loi fédérale sur la protection des données, Zürich 2022.

Zu *EWB-Themen*: GEORGES BAUR, «Schweiz–EU: Doch an die EFTA-Institutionen <andocken>? – Warum ein ignoriertes Ansatz aktuell bleibt», in: A. Epiney, S. Progin-Theuerkauf, P. E. Zlatescu (Hg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2021/2022, 19. Aufl., Zürich 2022, 353–368; CHRISTINA NEIER, «Das Verhältnis zwischen EMRK und EWR-Recht: Warum nicht eine Vermutung für die Vermutung der Konventionskonformität? Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des EGMR in der Rs. Konkurrenten.no/Norwegen», 57 Europarecht – EuR (2022), 213–238; YVONNE SCHLEISS-ALAKUS, «Besonderheiten des Rechtsschutzes im Europäischen Wirtschaftsraum», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1223–1234; DIES., «Zur Übernahme von EU-Recht in das EWR-Abkommen – Erfahrungsbericht und aktuelle Herausforderungen», in: A. Epiney, S. Progin-Theuerkauf, P. E. Zlatescu (Hg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2021/2022, 19. Aufl., Zürich 2022, 471–491.

Zu *WTO-Implikationen*: LAIXA ROXANE GUARDIOLA, «Reconciling Equivalence and Non-discrimination under the SPS Agreement in Swiss-EU Relations», 32 Swiss Rev. of Int'l. & Eur. Law (2022), 369–396.

Zum *gegenseitigen Einfluss und Vergleich von EU-Recht und Schweizer Recht*: SIMON SCHÄREN, Schweizer Finanzmarktrecht im europäischen Kontext: der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweizer Finanzmarktregulierung unter besonderer Berücksichtigung der Europakompatibilität, Zürich 2022; DANIEL SEIKEL, «Die Revision der Entsenderichtlinie: Wie die Hürden marktkorrigierender EU-Politik überwunden werden konnten», 63 Politische Vierteljahresschrift (2022), 499–527; DAMIAN STERADZKI, Der Einfluss des europäischen Rechts auf das Recht der Schweizer kollektiven Kapitalanlagen, Zürich/St. Gallen 2022.

## I. Gesetzgebung

### A. «Jahr der Sondierung»

Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU waren im vorhergehenden Berichtszeitraum v.a. durch den Beschluss des Bundesrats vom 26. Mai 2021 gekennzeichnet, den Entwurf des Institutionellen Rahmenabkommens (InstA)<sup>3</sup> nicht zu unterzeichnen und die Verhandlungen mit der EU zu beenden.<sup>4</sup> Dies führte beiderseits zu einer Bestandsaufnahme und verschiedenen Überlegungen und Vorschlägen zur künftigen Gestaltung ihrer Beziehungen.<sup>5</sup> Wenn sich 2021 von daher als «Jahr des Verhandlungsabbruchs» apostrophieren lässt, so wurde 2022 zum «Jahr der Sondierung».

Zu Jahresbeginn, nämlich am 10. Januar 2022, hatte das (federführend beauftragte<sup>6</sup>) Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) dem Bundesrat einen Bericht zu den Regelungsunterschieden zwischen dem schweizerischen und dem EU-Recht im Bereich der Binnenmarktverträge der Bilateralen I sowie zu den Möglichkeiten zum Abbau dieser Unterschiede vorgelegt.<sup>7</sup> Auf dieser Grundlage entschied sich der Bundesrat anlässlich der europapolitischen Klausur vom 23. Februar 2022 für einen «Paketansatz».<sup>8</sup> Einerseits sollte im Gegensatz zum im InstA vorgesehenen horizontalen ein vertikaler Ansatz verfolgt werden, d.h., institutionelle Elemente wie die dynamische Rechtsübernahme, Streitbeilegung sowie Ausnahmen und Schutzklauseln sollten in den einzelnen Binnenmarktverträgen verankert werden (auch um jeweils massgeschneiderte Anpassungen zu ermöglichen). Andererseits fasste der Bundesrat als weitere mögliche Teile des Pakets neue Binnenmarktverträge («Bilaterale III») in den Bereichen Strom, Lebensmittelsicherheit und Gesund-

3 Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt. Der Wortlaut des Abkommensentwurfs ist abrufbar unter: <[www.eda.admin.ch/dam/europa/de/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte\\_de.pdf](http://www.eda.admin.ch/dam/europa/de/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf)>.

4 Medienmitteilung des Bundesrats, «Das Institutionelle Abkommen Schweiz–EU wird nicht abgeschlossen», 26. Mai 2021, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83705.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83705.html)>. Vgl. auch den dazugehörigen Bericht des Bundesrats, «Bericht betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU», 26. Mai 2021, <[www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/66828.pdf](http://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/66828.pdf)>.

5 Vgl. die zahlreichen Hinweise in PIRKER & GADOLA, supra Fn. 1, 93 ff.

6 Medienmitteilung des Bundesrats, supra Fn. 4.

7 Vgl. Bericht des EJPD an den Bundesrat, «Regelungsunterschiede zwischen dem Schweizerischen Recht und dem Recht der Europäischen Union – Analyse der Möglichkeiten zur Anpassung des Schweizer Rechts zum Zwecke des Abbaus dieser Unterschiede», 10. Januar 2022, <[www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/70429.pdf](http://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/70429.pdf)>, 2.

8 Medienmitteilung des EDA, «Beziehungen zur EU: Der Bundesrat legt Stossrichtung für Verhandlungspaket fest», 25. Februar 2022, <[www.eda.admin.ch/europa/de/home/aktuell/medienmitteilungen.html/content/eda/de/meta/news/2022/2/25/87349](http://www.eda.admin.ch/europa/de/home/aktuell/medienmitteilungen.html/content/eda/de/meta/news/2022/2/25/87349)>.

heit sowie Assoziierungsabkommen in den Bereichen Forschung, Gesundheit und Bildung ins Auge und signalisierte seine Bereitschaft, im Rahmen des Abkommens eine Verstärkung des «Schweizer Beitrags»<sup>9</sup> zu prüfen.<sup>10</sup> Auf dieser Grundlage bot der Bundesrat der EU die Aufnahme von diesbezüglichen Sondierungsgesprächen an.<sup>11</sup>

Im März 2022 fand die erste Runde der Sondierungen statt. Im Mai 2022 schickte die Europäische Kommission einen Brief mit einer Reihe von Fragen zur Positionierung des Bundesrats in den institutionellen Angelegenheiten nach Bern.<sup>12</sup> Am 17. Juni 2022 entschied der Bundesrat<sup>13</sup>, die Sondierungen mit der EU zum Paketansatz zu intensivieren, den letztere im Grundsatz akzeptierte.<sup>14</sup> Am 31. August 2022 setzte der Bundesrat zwecks Stärkung der politischen und inhaltlichen Steuerung der Sondierungsgespräche eine Projektorganisation ein. Sie besteht aus einer alle Departemente einbindenden Steuerungsgruppe zu Zwecken der internen Verwaltungskoordination und einem Sounding Board, das die Kantone, Gewerkschaften, Arbeitgeber und Wirtschaftsverbände als wichtige innenpolitische Stakeholder einbezieht.<sup>15</sup> Die Bewertungen der Sondierungsgespräche waren nicht überraschend facettenreich: Noch im September 2022 beklagte die Schweizer Chefunterhändlerin und Staatssekretärin des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) Livia Leu, dass die EU «versuch[e], Druck aufzusetzen», und ergänzte: «Leider legt die EU keine grosse Eile an den Tag und hat die Termine mehrmals hinausgezögert.»<sup>16</sup> Dennoch wurde in der Folge verschiedentlich ein «Silberstreifen am Horizont»<sup>17</sup> identifiziert.

Vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt schon sechs Sondierungsrunden hielt der Bundesrat am 23. November 2022 eine Aussprache über die Beziehungen der Schweiz mit der EU und beschloss, die Phase der intensivierten Sondierungen

9 Dazu noch infra I.C.6.

10 Medienmitteilung des EDA, supra Fn. 8.

11 Ibid.

12 Medienbeitrag des Schweizer Radio und Fernsehen (SRF), «Schweiz–EU: Brüssel fordert schriftliche Antworten aus Bern», 11. Mai 2022, <[www.srf.ch/play/tv/echo-der-zeit/video/schweiz-eu-bruessel-fordert-schriftliche-antworten-aus-bern?urn=urn:srf:audio:978ecb69-77d8-4587-b17b-7b054f7d0b76](http://www.srf.ch/play/tv/echo-der-zeit/video/schweiz-eu-bruessel-fordert-schriftliche-antworten-aus-bern?urn=urn:srf:audio:978ecb69-77d8-4587-b17b-7b054f7d0b76)>.

13 Medienmitteilung des Bundesrats, «Der Bundesrat will die Sondierungen mit der EU intensivieren», 17. Juni 2022, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-89322.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-89322.html)>.

14 So auch der für die Beziehungen zur Schweiz zuständige Kommissar für interinstitutionelle Beziehungen und Vorausschau und Vizepräsident der Europäischen Kommission, Maroš Šefčovič, in seiner Rede zum 47. Europatag an der Universität Freiburg am 15. März 2023; vgl. TOBIAS GAFAFER, «EU-Vizepräsident Šefcovic will Verhandlungen mit der Schweiz bis 2024 abschliessen», NZZ, 16. März 2023.

15 Medienmitteilung des EDA, «Sondierungen CH–EU: Projektorganisation zur Stärkung der politischen und inhaltlichen Steuerung», 11. Oktober 2022, <[www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/10/11/90643.html](http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/10/11/90643.html)>.

16 FABIAN SCHÄFER & TOBIAS GAFAFER, «Staatssekretärin Leu: Die EU versucht, Druck aufzusetzen», NZZ, 13. September 2022.

17 TOBIAS GAFAFER, «In der Europapolitik gibt es einen Silberstreifen am Horizont», NZZ, 2. November 2022.

zum Paketansatz fortzusetzen.<sup>18</sup> Am 9. Dezember 2022 – lediglich drei Tage, nachdem sich die Ablehnung des EWR-Beitritts durch das Schweizer Volk zum 30. Mal gejäht hatte<sup>19</sup>, – legte der Bundesrat den Entwurf des Berichts «Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU»<sup>20</sup> vor, der eine Auslegeordnung der bilateralen Beziehungen sowie eine Standortbestimmung der Sondierungsgespräche mit der EU enthält.<sup>21</sup> Der Bericht bewertet die europapolitischen Handlungsoptionen der Schweiz – Freihandelsbeziehung, Fortsetzung des bilateralen Weges, EWR-Beitritt und EU-Beitritt – anhand von vier Bewertungskriterien (Grad der Binnenmarkt-beteiligung, Kooperationsmöglichkeiten, politischer Handlungsspielraum, aussenpolitische Machbarkeit) und beschwört die Fortführung des bilateralen Weges als die für die Schweiz weiterhin beste Lösung.<sup>22</sup> Hingewiesen wird auch darauf, dass der Bundesrat der EU als zentrales neues Instrument einer künftigen Partnerschaft die Aufnahme eines strukturierten politischen Dialogs vorgeschlagen hat. Dieser Dialog soll die bestehenden Diskussionsformate – Gemischte Ausschüsse sowie thematische und geografische Konsultationen – auf politischer Ebene ergänzen. Er soll interessenbasiert das gesamte Themenspektrum der Beziehungen Schweiz–EU umfassen: das bilaterale Vertragswerk der Binnenmarkt- und Kooperationsabkommen wie auch darüber hinausgehende aussenpolitische Kooperationen in Bereichen wie Sicherheit, Digitalisierung, Klima, Frieden und Menschenrechte. Die EU ist offenbar grundsätzlich bereit, mit der Schweiz einen Dialog auf Ministerebene zu etablieren, sofern in einem solchen auch die Anliegen der EU und ihrer Mitgliedstaaten aufgenommen werden.<sup>23</sup>

In den ersten Monaten des Jahres 2023 folgten noch vier weitere Runden von Sondierungsgesprächen, also insgesamt zehn Runden, zu denen über 22 technische

18 Medienmitteilung des EDA, «Bundesrat führt eine Aussprache zum Stand der Sondierungsgespräche mit der Europäischen Union (EU)», 23. November 2022, <[www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/11/23/91852.html](http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/11/23/91852.html)>.

19 Das Schweizer Volk lehnte den EWR-Beitritt am 6. Dezember 1992 mit 50,3% der Stimmen ab. Vgl. hierzu <[www.eda.admin.ch/europa/de/home/europapolitik/abstimmungen/ewr.html#:~:text=Das%20Schweizer%20Volk%20hat%20am,Die%20Stimmbeteiligung%20betrug%2078.73%25](http://www.eda.admin.ch/europa/de/home/europapolitik/abstimmungen/ewr.html#:~:text=Das%20Schweizer%20Volk%20hat%20am,Die%20Stimmbeteiligung%20betrug%2078.73%25)>. Vgl. auch TOBIAS GAFAFER, «30 Jahre nach dem EWR-Nein steht die Schweiz wieder am Scheideweg», NZZ, 6. Dezember 2022.

20 Bericht des Bundesrats, «Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU», 9. Dezember 2022, <[www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74384.pdf](http://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/74384.pdf)>. Der Bericht wurde am 9. Juni 2023 vom Bundesrat definitiv verabschiedet; vgl. Medienmitteilung des Bundesrats, «Bundesrat verabschiedet den Bericht Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU», 9. Juni 2023, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-95617.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-95617.html)> und den definitiven Bericht des Bundesrats, «Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU», 9. Juni 2023, <[www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/79359.pdf](http://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/79359.pdf)>.

21 Medienmitteilung des EDA, «Bundesrat legt Entwurf Bericht Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU vor», 9. Dezember 2022, <[www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/12/9/92139.html](http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2022/12/9/92139.html)>.

22 Definitiver Bericht des Bundesrats, supra Fn. 20, 48.

23 Vgl. *ibid.*, 49.

Gespräche insb. zu den Themen «Personenfreizügigkeit» und «staatliche Beihilfen» kamen.<sup>24</sup> Am 24. März 2023 verabschiedete die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) einstimmig eine neue europapolitische Standortbestimmung mit einer grundsätzlich wohlwollenden Haltung zu Verhandlungen mit der EU.<sup>25</sup> Am 29. März 2023 entschied der Bundesrat, Eckwerte für ein Verhandlungsmandat vorzubereiten und beschloss diese am 21. Juni 2023 auch; mit dem Entscheid über das Verhandlungsmandat ist aber erst nach den eidgenössischen Wahlen im Herbst 2023 zu rechnen.<sup>26</sup> EDA-Staatssekretärin Livia Leu, die die Sondierungsgespräche von Schweizer Seite führte, gab am 10. Mai 2023 bekannt, ihr Amt als Chefunterhändlerin niederzulegen, die Sondierungsgespräche aber noch abzuschliessen.<sup>27</sup>

## B. Die russische Aggression gegen die Ukraine und die Beziehungen Schweiz–EU

Der russische Angriff auf die Ukraine am 24. Februar 2022 – wiewohl nicht der erste Aggressionsakt Russlands gegen die Ukraine (vgl. bereits die Annexion der Krim 2014 sowie die folgenden russischen militärischen Aktivitäten im Donbass) – hat zu signifikanten geopolitischen Verschiebungen geführt. Diese haben auch Auswirkungen auf integrationspolitische Fragen.<sup>28</sup>

24 7. Runde am 20. Januar 2023; 8. Runde am 7. März 2023, 9. Runde am 20. April 2023; 10. Runde am 30. Mai 2023, vgl. hierzu <[www.eda.admin.ch/eda/de/home/das\\_eda/aktuell/newsuebersicht/2023/europa.html](http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das_eda/aktuell/newsuebersicht/2023/europa.html)>; CHRISTOPH G. SCHMUTZ, «Kein Verhandlungsmandat vor den Wahlen im Oktober: Livia Leu entschwindet im diplomatischen Nebelmeer», NZZ, 30. Mai 2023; Definitiver Bericht des Bundesrats, supra Fn. 20, 50.

25 Konferenz der Kantonsregierungen, «Beziehungen Schweiz–EU», Standortbestimmung vom 24. März 2023.

26 Vgl. FABIAN SCHÄFER, «Cassis setzt sich durch – der Bundesrat definiert die Eckwerte für neue Verhandlungen mit der EU», NZZ, 21. Juni 2023.

27 FABIAN SCHÄFER, «Eine persönliche Wahl: Staatssekretärin Leu nimmt Stellung zu ihrem frühen Abgang – und schweigt zum EU-Dossier», NZZ, 10. Mai 2023.

28 Zum Zusammenhang von Integrations- und Geopolitik vgl. insb. THOMAS COTTIER, «Der Ukraine-Krieg: Wendepunkt in den Beziehungen der Schweiz zur Europäischen und zur NATO?», 32 *Swiss Rev. of Int'l. & Eur. Law* (2022), 547–556, 553 ff.

Die EU entschloss sich sehr schnell zu einem ersten Sanktionspaket<sup>29</sup> und liess dem zahlreiche weitere<sup>30</sup> folgen, obwohl die Entscheidungsfindung unter den 27 Mitgliedstaaten angesichts der im Bereich der Gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik geltenden Einstimmigkeitsregel (Art. 24 Abs. 1 EUV) erschwert ist. Nach kurzem Zögern entschied der Bundesrat<sup>31</sup> am 28. Februar 2022, die EU-Sanktionen zu übernehmen und damit deren Wirkung zu verstärken<sup>32</sup>, und tat dies auch in weiterer Folge bei der Annahme der weiteren Sanktionspakete durch die EU.<sup>33</sup> Auch in der Visapolitik handelte die Schweiz in Einklang mit der EU, indem sie das Visum erleichterungsabkommen mit Russland vollständig suspendierte, sodass für russische Staatsangehörige wieder das ordentliche Visaverfahren zur Anwendung kommt.<sup>34</sup> Erwähnenswert ist weiter, dass der Bundesrat ein Rüstungsgüterembargo gegenüber Russland erliess, welches aus Gründen der schweizerischen Neutralität teilweise auch auf die Ukraine ausgedehnt wurde.<sup>35</sup>

29 Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union, «EU verabschiedet Sanktionspaket als Reaktion auf die Anerkennung der nicht von der Regierung kontrollierten Gebiete der ukrainischen Regionen Donezk und Luhansk und die Entsendung von Truppen in die Region durch Russland», 23. Februar 2022, <[www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/02/23/russian-recognition-of-the-non-governement-controlled-areas-of-the-donetsk-and-luhansk-oblasts-of-ukraine-as-independent-entities-eu-adopts-package-of-sanctions/](http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/02/23/russian-recognition-of-the-non-governement-controlled-areas-of-the-donetsk-and-luhansk-oblasts-of-ukraine-as-independent-entities-eu-adopts-package-of-sanctions/)>; Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union, «Militärische Aggression Russlands gegen die Ukraine: EU verhängt Sanktionen gegen Präsident Putin und Aussenminister Lawrow und verabschiedet weitreichende gegen Einzelpersonen gerichtete und wirtschaftliche Sanktionen», 25. Februar 2023, <[www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/02/25/russia-s-military-aggression-against-ukraine-eu-imposes-sanctions-against-president-putin-and-foreign-minister-lawrow-and-adopts-wide-ranging-individual-and-economic-sanctions/](http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/02/25/russia-s-military-aggression-against-ukraine-eu-imposes-sanctions-against-president-putin-and-foreign-minister-lawrow-and-adopts-wide-ranging-individual-and-economic-sanctions/)>.

30 Vgl. hierzu die Zeitleiste restriktiver Massnahmen der EU gegen Russland aufgrund der Krise in der Ukraine, abrufbar unter: <[www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/history-restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/](http://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/history-restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/)>.

31 Auf Grundlage von Art. 184 Abs. 3 BV sowie Art. 2 des Bundesgesetzes über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz – EmbG), SR 946.231.

32 Medienmitteilung des Bundesrats, «Schweiz übernimmt EU-Sanktionen gegen Russland», 28. Februar 2022, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87386.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87386.html)>; vgl. in der Folge Verordnung vom 4. März 2022 über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine, SR 946.231.176.72.

33 Vgl. hierzu die Übersicht über die Medienmitteilungen der SECO, welche die Übernahme und Umsetzung der EU-Sanktionen durch die Schweiz aufzeigen: SECO, «Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine», 7. Juni 2023 (letzte Änderung), <[www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-zur-vermeidung-der-umgehung-internationaler-sanktionen.html](http://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-zur-vermeidung-der-umgehung-internationaler-sanktionen.html)>.

34 JURIOUS, «Visaerleichterung für Russland suspendiert», Jusletter, 19. September 2022.

35 Medienmitteilung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, «Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine», <[www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-zur-vermeidung-der-umgehung-internationaler-sanktionen.html](http://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-zur-vermeidung-der-umgehung-internationaler-sanktionen.html)>; JURIOUS, «Ukraine: Die Schweiz setzt das achte Sanktionspaket der EU um», Jusletter, 28. November 2022.

Die Übernahme der Sanktionen und die darin zum Ausdruck kommende Solidarisierung mit der Ukraine gegen die völkerrechtswidrige russische Aggression<sup>36</sup> lösten in der Schweiz eine rege Neutralitätsdebatte aus. Die russische Regierung hatte sich auf den Standpunkt gestellt, die genannten Sanktionen seien mit der schweizerischen Neutralität unvereinbar.<sup>37</sup> Dagegen bestand in der schweizerischen Diskussion weitgehend Einigkeit, dass die Beteiligung an den Sanktionen zu keiner Verletzung völkerrechtlicher Neutralitätspflichten führt, sondern allenfalls eine Frage der Neutralitätspolitik sei.<sup>38</sup>

Zu einer gewissen Koordinierung mit der EU kam es ausserdem, als der Bundesrat im Kontext der russischen Aggression gegen die Ukraine am 11. März 2022 erstmalig die Gewährung vorübergehenden Schutzes i.S.d. Art. 4 i.V.m. Art. 66 Asylgesetz (AsylG)<sup>39</sup>, des sog. «Schutzstatus S», verfügte.<sup>40</sup> Dabei handelt es sich um das funktionale Äquivalent<sup>41</sup> des Instruments des vorübergehenden Schutzes nach EU-Recht<sup>42</sup>, von dem der Rat am 4. März 2022 erstmalig Gebrauch gemacht hatte.<sup>43</sup> Obwohl diese sog. Massenzustrom-Richtlinie nicht von der Assoziierung im Bereich

36 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats, supra Fn. 32: «Die Schweiz bekräftigt ihre Solidarität mit der Ukraine und ihrer Bevölkerung.»

37 TOBIAS GAFAFER, «Für Russland ist die Schweiz nicht mehr neutral – der Bundesrat sucht in der Krise seine Rolle», NZZ, 8. April 2022.

38 Vgl. insb. PATRICIA EGLI & MILENA HOLZGANG, «Neutralitätsrecht und Neutralitätspolitik: Ein Überblick», 31 Aktuelle Juristische Praxis (2022), 600–611, 604, 610 f.

39 Gem. Art. 4 Asylgesetz (AsylG) vom 26. Juni 1998, SR 142.31, kann die Schweiz Schutzbedürftigen für die Dauer einer schweren allgemeinen Gefährdung vorübergehenden Schutz gewähren, insb. während eines Krieges oder Bürgerkrieges sowie in Situationen allgemeiner Gewalt. Ob und nach welchen Kriterien Gruppen von Schutzbedürftigen nach Art. 4 AsylG vorübergehender Schutz gewährt wird, entscheidet der Bundesrat gem. Art. 66 Abs. 1 AsylG, wofür er i.S.v. Art. 66 Abs. 2 AsylG zuvor Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, der Hilfswerke und allenfalls weiterer nichtstaatlicher Organisationen sowie das Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge konsultiert.

40 Allgemeinverfügung zur Gewährung des vorübergehenden Schutzes im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine vom 11. März 2022, BBl 2022 586; vgl. dazu etwa ANDREA SOMMER, «Zugang zum Schutzstatus S in der Schweiz», Jusletter, 17. April 2023.

41 Vgl. dazu WALTER KÄLIN & NINA SCHREPFER, «Vorübergehender Schutz in der Schweiz und in der Europäischen Union», in: UN Refugee Agency, Schweizerische Flüchtlingshilfe (Hg.), Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht – Eine Vergleichsstudie/Droit d’asile suisse, normes de l’UE et droit international des réfugiés – Une étude comparative, Bern 2009, 439–470.

42 Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Massnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl. 2001 L 212, 12 ff.

43 Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 des Rates vom 4. März 2022 zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes, ABl. 2022 L 71, 1 ff.

des Asylrechts erfasst ist, orientierte sich der Bundesrat erkennbar am Brüsseler Vorgehen eine Woche zuvor.<sup>44</sup>

Zu einer ernsthaften Belastung im Verhältnis zu mehreren EU-Mitgliedstaaten und zur EU insgesamt führte die Position der Schweiz in der Frage der Wiederausfuhr von Waffen und Munition. Das erst 2021 novellierte<sup>45</sup> Kriegsmaterialgesetz (KMG)<sup>46</sup> verbietet die Wiederausfuhr von Kriegsmaterial an Staaten, wenn «das Bestimmungsland in einen internen oder internationalen bewaffneten Konflikt verwickelt ist».<sup>47</sup> Dies führte dazu, dass das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) 2022 ein Gesuch der dänischen Regierung ablehnte, ausgemusterte Radschützenpanzer des Typs Piranha III aus Schweizer Produktion an die Ukraine liefern zu dürfen. Ebenso negativ beschieden wurden das Gesuch der deutschen Regierung 12 000 Schuss Munition für den Flugabwehrpanzer Gepard, die aus der Schweiz stammen, der Ukraine zur Verfügung stellen zu dürfen, sowie ein spanisches Gesuch.<sup>48</sup> Trotz der bei den europäischen Partnern dadurch ausgelösten Irritationen strebte der Bundesrat selbst keine Flexibilisierung des KMG an, sondern verwies diesbezüglich auf entsprechende Bestrebungen im Parlament.<sup>49</sup>

### C. Entwicklungen im Abkommensbestand

Nach dem Abbruch der Verhandlungen für das InstA wurde vonseiten der EU die schon länger verfolgte Strategie, jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine Aktualisierung oder Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen im Interesse der EU

44 Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats, «Ukraine: Bundesrat aktiviert Schutzstatus S für Menschen aus der Ukraine», 11. März 2022, <[45 BBl 2021 2334.](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87556.html#:~:text=Dieser%20gilt%20ab%20Samstag%2C%2012,befristet%2C%20kann%20aber%20verlängert%20werden.>: <[Der Schutzstatus S] entspricht weitgehend jener Lösung, welche die EU-Mitgliedstaaten beschlossen haben.></p></div><div data-bbox=)

46 Bundesgesetz über das Kriegsmaterial vom 13. Dezember 1996 (Kriegsmaterialgesetz, KMG), SR 514.51.

47 Art. 22a Abs. 2 lit. a KMG.

48 Medienmitteilung des Bundesrats, «Ukraine: Bundesrat bekräftigt seine Haltung hinsichtlich der Wiederausfuhr von Kriegsmaterial durch Drittstaaten», 10. März 2023, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-93641.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-93641.html)>; GEORG HÄSLER & TOBIAS GAFAFER, «Waffenweitergabe an die Ukraine: Die Formel für den Kriegsmaterial-Kompromiss lautet Uniting for Peace», NZZ, 11. Mai 2023.

49 Medienmitteilung des Bundesrats, supra Fn. 48.

liegt,<sup>50</sup> und den bilateralen Rechtsbestand ansonsten veralten zu lassen, weiter praktiziert.<sup>51</sup> Dies führt zu Abbauerscheinungen im bilateralen Rechtsbestand.<sup>52</sup>

## 1. Gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen

Die fehlende Aufdatierung des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA)<sup>53</sup>, das eines der vom InstA abgedeckten Marktzugangsabkommen gewesen wäre<sup>54</sup>, schafft bereits seit Längerem Probleme, namentlich im Hinblick auf Medizinprodukte.<sup>55</sup> Bis zum 26. Mai 2021 wäre eine Aktualisierung des Kapitels 4 des Anhangs 1 zum MRA erforderlich gewesen, um der Anwendung der EU-Medizinprodukteverordnung<sup>56</sup> Rechnung zu tragen. Da die EU ohne eine Einigung in den institutionellen Fragen grundsätzlich nicht bereit ist, be-

50 Vgl. schon die Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union, «Schlussfolgerungen des Rates zu einem homogenen erweiterten Binnenmarkt und den Beziehungen der EU zu nicht der EU angehörenden westeuropäischen Ländern», 16. Dezember 2014, <<https://data.consilium.europa.eu/doc/docu ment/ST-16583-2014-INIT/de/pdf>>, Rn. 44: «die EU wird von Fall zu Fall eine Interessenabwägung vornehmen». Vgl. auch die Pressemitteilung der Europäischen Kommission, «Erklärung der Kommission zur Entscheidung des Schweizer Bundesrats, die Verhandlungen über das institutionelle Rahmenabkommen zwischen der EU und der Schweiz abzubrechen», 26. Mai 2021, <[https://ec.europa.eu/com mission/presscorner/detail/de/statement\\_21\\_2683](https://ec.europa.eu/com mission/presscorner/detail/de/statement_21_2683)>: «Ohne dieses Rahmenabkommen wird diese Modernisierung der laufenden Beziehungen unmöglich und die bestehenden bilateralen Abkommen werden zwangsläufig veralten.»

51 Vgl. PIRKER & GADOLA, supra Fn. 1, 97.

52 Zum Versuch der Dokumentation dieser Entwicklung siehe den von Avenir Suisse eingerichteten «Erosionsmonitor»; vgl. TERESA HUG ALONSO, PETER GRÜNENFELDER & PATRICK DÜMMLER, «Erosionsmonitor: Trimester-Report zum Stand des bilateralen Verhältnisses Schweiz–EU», Avenir Suisse, 25. August 2021, <[https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2021/08/Erosionsmonitor\\_August\\_2021.pdf](https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2021/08/Erosionsmonitor_August_2021.pdf)>; TERESA HUG ALONSO & PATRICK DÜMMLER, «Erosion Monitor #2: Report zum Stand des bilateralen Verhältnisses Schweiz–EU–Schwerpunkt Bildung und Forschung: Umfrage bei Schweizer Hochschulen», Avenir Suisse, 22. Februar 2022, <[https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2022/02/Erosionsmonitor\\_Februar\\_2022.pdf](https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2022/02/Erosionsmonitor_Februar_2022.pdf)>; TERESA HUG ALONSO et al., «Erosion Monitor #3, Report zum Stand des bilateralen Verhältnisses Schweiz–EU – Schwerpunkt Nordwestschweiz», Avenir Suisse, 17. Juni 2022, <[https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2022/06/Erosionsmonitor\\_juni\\_22.pdf](https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2022/06/Erosionsmonitor_juni_22.pdf)>.

53 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999, SR 0.946.526.81.

54 Art. 2 Abs. 2 5. Spiegelstrich Entwurf InstA.

55 Vgl. dazu bereits PIRKER & GADOLA, supra Fn. 1, 98 f.; JOEL GÜNTHARDT, «Die Nichtaufdatierung der bilateralen Abkommen Schweiz–EU am Beispiel der Diplomanerkennung», 118 Schweizerische Juristen-Zeitung (2022), 159–171, 164.

56 Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates, ABl. 2017 L 117, 1 ff.

stehende Verträge zu aktualisieren,<sup>57</sup> profitieren in der Schweiz niedergelassene Anbieter von Medizinprodukten seitdem nicht mehr von den Erleichterungen des MRA. Dies führt dazu, dass Schweizer Unternehmen ihre Produkte in der EU neu zertifizieren müssen. Zugleich erklärte der Bundesrat, EU-Zertifizierungen weiterhin einseitig anzuerkennen.<sup>58</sup> Eine weitere Aktualisierung des MRA im Bereich Medizinprodukte hätte bis zum 26. Mai 2022 erfolgen müssen, da zu diesem Zeitpunkt die neue EU-Verordnung über In-Vitro-Diagnostika<sup>59</sup> vollständig anwendbar wurde.<sup>60</sup>

Die Bemühungen der Schweiz, die mangelnde Aufdatierung im Rahmen des Gemischten Ausschusses zu thematisieren, trugen nur beschränkt Frucht. Der Gemischte Ausschuss nahm in seiner 17. Sitzung am 14. Dezember 2022 eine Bestandsaufnahme bezüglich der Umsetzung des Abkommens vor. Entgegen der Bekräftigung der Schweiz, dass sie die im Abkommen vorgesehenen Voraussetzungen erfülle, blieb die Kommission bei ihrer Auffassung, eine derartige Aktualisierung könne nur im Rahmen einer Lösung der institutionellen Fragen erfolgen.<sup>61</sup> Vor dem Hintergrund dieser Positionierung werden sich für die Schweiz mit der Verabschiedung der neuen EU-Maschinen-Verordnung<sup>62</sup> und der geplanten Modernisierung der EU-Bauprodukte-Verordnung<sup>63</sup> bei Unterlassen der Aufdatierung der darauf bezogenen Kapitel 1 und 16 des Anhangs 1 weitere Herausforderungen im Rahmen des MRA ergeben.

57 Vgl. Stellungnahme des Bundesrats vom 14. August 2019 zur Interpellation 19.3736, «Die Medizintechnikindustrie benötigt rasch Planungs- und Rechtssicherheit. Der Bundesrat ist gefordert», 20. Juni 2019, <[www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20193736](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20193736)>; vgl. auch supra Fn. 50.

58 Vgl. dazu STEFAN TSAKANAKIS, «Die Nachführung des Anhangs zum MRA Schweiz–EU bei Gesetzesänderungen», 30 Aktuelle Juristische Praxis (2021), 181–185, 181.

59 Verordnung (EU) 2017/746 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über *In-vitro*-Diagnostika und zur Aufhebung der Richtlinie 98/79/EG und des Beschlusses 2010/227/EU der Kommission, ABl. 2017 L 117, 176 ff.

60 Allgemeine Mitteilung der Swissmedic, «Neue Regulierung der In-vitro-Diagnostika ab 26. Mai 2022», 26. Mai 2022, <[www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/mitteilungen/neue-regulierung-in-vitro-diagnostika.html](http://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/mitteilungen/neue-regulierung-in-vitro-diagnostika.html)>.

61 Medienmitteilung des Bundesrats, «MRA Schweiz–EU: Sitzung des Gemischten Ausschusses», 14. Dezember 2022, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92213.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92213.html)>.

62 Das Europäische Parlament und der Rat nahmen die neue EU-Maschinenverordnung, COM(2021) 202 final, die die Maschinenrichtlinie 2006/42/EG ersetzt, am 18. April 2023 bzw. 22. Mai 2023 an. Mit einer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU ist im Laufe des Juli 2023 zu rechnen. 20 Tage danach tritt die Verordnung in Kraft, womit eine Übergangsfrist von 42 Monaten bis zur vollen Anwendung zu laufen beginnt. Vgl. hierzu die legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 18. April 2023 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maschinenprodukte, P9\_TA(2023)0097, <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0097\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0097_DE.pdf)> sowie die Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union, «Neue Vorschriften für Maschinen: endgültige Billigung durch den Rat», 22. Mai 2023, <[www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/05/22/new-rules-for-machinery-council-gives-its-final-approval/](http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/05/22/new-rules-for-machinery-council-gives-its-final-approval/)>.

63 Vgl. Vorschlag vom 30. März 2022 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten, zur Änderung der

## 2. Landverkehrsabkommen und Luftverkehrsabkommen

Im Gegensatz zum MRA wird im Bereich des Landverkehrsabkommens (LuftVA)<sup>64</sup> und des Luftverkehrsabkommens (LuftVA)<sup>65</sup> eine Strategie der pragmatischen Aktualisierung verfolgt.<sup>66</sup> So will der Bundesrat den «technischen Pfeiler» des Vierten Eisenbahnpakets der EU<sup>67</sup> – 4<sup>th</sup> Railway Package (*Technical Pillar*) (4RP[TP]) – ins schweizerische Recht übernehmen.<sup>68</sup> Im Zuge der dadurch erfolgenden Harmonisierung und Vereinfachung des Zulassungsverfahrens für neues Rollmaterial wird die Europäische Eisenbahngesellschaft (ERA) für die Zulassung von Eisenbahnwagen und Lokomotiven im grenzüberschreitenden Verkehr zuständig. In diesem Zusammenhang haben die Schweiz und die EU vereinbart, die Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der ERA bis zur Übernahme des Eisenbahnpakets mittels einer Übergangslösung sicherzustellen, die zwischenzeitlich bis zum 31. Dezember 2023 verlängert wurde.

Darüber hinaus beschloss der Gemischte Ausschuss für das LVA mit Wirkung zum 1. Februar 2022 die Übernahme einer Reihe von einschlägigen Rechtsakten durch die Schweiz.<sup>69</sup> Dabei geht es u.a. um einen Beschluss, der europaweit geltende Leistungsziele für das Luftverkehrsmanagementnetz festlegt. Gestützt darauf muss die Schweiz ihre Leistungspläne mit verbindlichen Vorgaben für die Bereiche Sicherheit, Umwelt, Kapazität und Kosteneffizienz für die Skyguide AG einreichen. Dadurch sollen direktere Flugrouten ermöglicht und so die Umwelt geschont, die

Verordnung (EU) 2019/1020 und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 305/2011, COM(2022) 144 final.

- 64 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999, SR 0.740.72.
- 65 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999, SR 0.748.127.192.68.
- 66 Vgl. JOEL GÜNTHARDT, *supra* Fn. 55, 162.
- 67 Bestehend aus der Richtlinie (EU) 2016/798 des Europäischen Parlaments und des Rates über Eisenbahnsicherheit (Eisenbahnsicherheitsrichtlinie) vom 11. Mai 2016, ABl. 2016 L 138, 102 ff., der Richtlinie (EU) 2016/797 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Interoperabilität des Eisenbahnsystems in der Europäischen Union (Interoperabilitätsrichtlinie) vom 11. Mai 2016, ABl. 2016 L 138, 44 ff., sowie der Verordnung (EU) 2016/796 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Eisenbahngesellschaft der Europäischen Union (ERA) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 881/2004, ABl. 2016 L 138, 1 ff.
- 68 Nicht aber den «Marktpfeiler» des Vierten Eisenbahnpakets, der vom LVA nicht erfasst ist; vgl. Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), Bundesamt für Verkehr (BAV), «Umsetzung des 4. EU-Eisenbahnpakets (technische Säule) in der Schweiz – Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens», 17. Dezember 2021, <[www.news.admin.ch/news/message/attachments/69633.pdf](http://www.news.admin.ch/news/message/attachments/69633.pdf)>, 2.
- 69 Beschluss Nr. 2/2021 des Gemischten Luftverkehrsausschusses Europäische Union/Schweiz, der durch das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr eingesetzt wurde, vom 8. Dezember 2021 zur Ersetzung des Anhangs des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68.

Pünktlichkeit erhöht und die Flugkosten reduziert werden. Ein weiterer übernommener Rechtsakt soll die künftige Einführung eines europäischen Risikoklassifizierungssystems ermöglichen, um sicherheitsrelevante Ereignisse europaweit auf die gleiche Weise zu definieren und klassifizieren.<sup>70</sup> Zudem gilt der EU-Rechtsrahmen für unbemannte Luftfahrzeuge mit Sicherheitsstandards für die Herstellung, Zulassung und den Betrieb von Drohnen, Modellflugzeugen und unbemannten Luftfahrzeugen anderer Kategorien seit 1. Januar 2023 auch in der Schweiz.<sup>71</sup>

### 3. Schengen-/Dublin-Assoziierung

Die charakteristische Entwicklung in Zusammenhang mit der Schengen-Assoziierung der Schweiz war 2022 zweifellos die Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 über die Beteiligung der Schweiz am Ausbau der europäischen Agentur für die Grenz- und Küstenwache («Frontex»)<sup>72</sup> Gegen den entsprechenden Parlamentsbeschluss<sup>73</sup> war das Referendum ergriffen worden, weil aus Sicht der Kritiker:innen die Schweiz durch die Unterstützung von Frontex Menschenrechtsverletzungen mitverantworten würde.<sup>74</sup> Die verstärkte Beteiligung der Schweiz an Frontex wurde – wie schon zuvor die Schengen-Weiterentwicklung im Falle des biometrischen Passes (2009)<sup>75</sup>

70 Aktuelle Meldungen für die Rechtspraxis, 118 Schweizerische Juristen-Zeitung (2022), 265–266, 265: «Gemischter Luftverkehrsausschuss Schweiz–EU beschliesst Übernahme verschiedener EU-Erlasse».

71 Beschluss Nr. 1/2022 des Gemischten Luftverkehrsausschusses Europäische Union/Schweiz, der durch das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr eingesetzt wurde, vom 24. November 2022 zur Ersetzung des Anhangs des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr, ABl. 2022 L 322, 122 ff. Vgl. auch Medienmitteilung des Bundesrats, «Schweiz übernimmt europäische Drohnenregelung», 25. November 2022, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91929.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91929.html)>; JURIS, «Schweiz übernimmt europäische Drohnenregelung», Jusletter, 28. November 2022.

72 Verordnung (EU) 2019/1896 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2019 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung der Verordnungen (EU) Nr. 1052/2013 und (EU) 2016/1624 (Frontex-Verordnung), ABl. 2019 L 295, 122 ff.

73 Bundesbeschluss vom 1. Oktober 2021 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2019/1896 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung der Verordnungen (EU) Nr. 1052/2013 und (EU) 2016/1624, BBl 2021 2333.

74 Vgl. in diesem Zusammenhang auch MARC MARESCEAU & CHRISTA TOBLER, «Introduction – Switzerland and the EU: A Challenging Relationship», in: M. Maresceau & C. Tobler (Hg.), *Switzerland and the EU – A Challenging Relationship*, Leiden 2023, 1–34, 18; MARKUS MOHLER, «Gedanken zur Schengen-/Dublin-Rechtsübernahme aus rechtsstaatlicher und demokratierechtlicher Sicht», in: C. Seitz, R. M. Straub & R. Weyeneth (Hg.), *Rechtsschutz in Theorie und Praxis*, Festschrift für Stephan Breitenmoser, Basel 2022, 1143–1164, 1148. Vgl. dazu noch infra II.A.3.

75 Bundesratsbeschluss vom 21. Oktober 2009 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 17. Mai 2009 (Verfassungsartikel «Zukunft mit Komplementärmedizin»; Einführung von elektronisch gespeicherten biometrischen Daten im Schweizer Pass und in Reisedokumenten für ausländische Personen), BBl 2009 7539. Annahme durch das Schweizer Volk am 17. Mai 2009 bei einer Stimmbeteiligung von

und der Umsetzung der EU-Waffenrichtlinie (2019)<sup>76</sup> – bei einer Stimmbeteiligung von 42,7% mit 71,5% Ja-Stimmen gegen 28,5% Nein-Stimmen befürwortet.<sup>77</sup> Demzufolge trat der entsprechende Bundesbeschluss – und die damit einhergehenden Änderungen des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG)<sup>78</sup>, des Bundesbeschlusses vom 17. Dezember 2004 über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und an Dublin<sup>79</sup> und des Zollgesetzes (ZG)<sup>80</sup> – mit 1. September 2022 in Kraft.<sup>81</sup> Durch den Ausbau wird der Personaleinsatz der Schweiz von bisher sechs Vollzeitstellen voraussichtlich auf rund 40 Vollzeitstellen im Jahr 2027 steigen. Im selben Zuge wird sich der finanzielle Beitrag der Schweiz von ca. 24 Mio. CHF bis 2027 auf ca. 51 Mio. CHF erhöhen.<sup>82</sup>

Erwähnenswert ist darüber hinaus, dass die Schweiz am 28. April 2022 das am 27. Juni 2019 unterzeichnete Abkommen über die Prümer Polizeikooperation ratifizierte<sup>83</sup> und der Rat der EU diesem Schritt am 12. Dezember 2022 folgte.<sup>84</sup> Durch

38,77% mit 50,1% Ja-Stimmen gegen 49,9% Nein-Stimmen. Vgl. hierzu <[www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20090517/det542.html](http://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20090517/det542.html)>.

- 76 Bundesratsbeschluss vom 8. Juli 2019 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 19. Mai 2019 (Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung [STAF]; Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Richtlinie [EU] 2017/853 zur Änderung der EU-Waffenrichtlinie [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands]), BBl 2019 4985. Annahme durch das Schweizer Volk am 19.05.2019 bei einer Stimmbeteiligung von 43,88% mit 63,7% Ja-Stimmen und 36,3% Nein-Stimmen. Vgl. hierzu auch <[www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20190519/det628.html](http://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20190519/det628.html)>.
- 77 Bundesratsbeschluss vom 18. August 2022 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 (Änderung des Bundesgesetzes über Filmproduktion und Filmkultur [Filmgesetz, FiG]; Änderung des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen [Transplantationsgesetz]; Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] 2019/1896 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung der Verordnungen [EU] Nr. 1052/2013 und [EU] 2016/1624 [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands]), BBl 2022 2010. Vgl. hierzu auch <[www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20220515/det657.html](http://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20220515/det657.html)>.
- 78 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005 (Stand am 1. April 2023), SR 142.20.
- 79 SR 362.
- 80 SR 631.0.
- 81 Bundesbeschluss vom 1. Oktober 2021 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2019/1896 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung der Verordnungen (EU) Nr. 1052/2013 und (EU) 2016/1624, SR 142.20.
- 82 EFD, «Übernahme der EU-Verordnung über die Europäische Grenz- und Küstenwache (Beteiligung der Schweiz am Ausbau von Frontex)», 16. Mai 2022, <[www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/abstimmungen/frontex.html#123310293](http://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/abstimmungen/frontex.html#123310293)>.
- 83 Informationsblatt des EDA, «Polizeizusammenarbeit (Prümer Beschlüsse)», September 2022, <[www.eda.admin.ch/content/dam/europa/de/documents/fs/13-FS-Pruem\\_de.pdf](http://www.eda.admin.ch/content/dam/europa/de/documents/fs/13-FS-Pruem_de.pdf)>.
- 84 Beschluss (EU) 2022/2536 des Rates vom 12. Dezember 2022 über den Abschluss des Abkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Anwendung ei-

das mit den Prüm-Beschlüssen<sup>85</sup> geschaffene System soll zwischen den beteiligten Staaten<sup>86</sup> die grenzüberschreitende Polizeikooperation, namentlich hinsichtlich des Austausches von DNA-Profilen, Fingerabdrücken sowie Fahrzeug- und Fahrzeughalterdaten, verbessert werden.

Am 27. Juni 2019 war darüber hinaus das Protokoll<sup>87</sup> unterzeichnet worden, das den Schweizer Strafverfolgungsbehörden (den bislang nicht eröffneten) Zugriff auf die Eurodac-Datenbank gewähren soll.<sup>88</sup> Darin sind die Fingerabdrücke von Personen gespeichert, die in einem Dublin-Staat ein Asylgesuch einreichen oder bei der illegalen Einreise aufgegriffen werden. Durch Notenaustausch vom 1. Mai 2022 wurde das Eurodac-Protokoll nunmehr in Kraft gesetzt.<sup>89</sup>

Darüber hinaus sind zum 1. Mai 2022 die Umsetzungsbestimmungen in Zusammenhang mit der Errichtung und Nutzung des Einreise- und Ausreisensystems (EES)<sup>90</sup> für Drittstaatsangehörige, die für einen Kurzaufenthalt in den Schengen-

niger Bestimmungen des Beschlusses 2008/615/JI des Rates zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, des Beschlusses 2008/616/JI des Rates zur Durchführung des Beschlusses 2008/615/JI zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, und seines Anhangs sowie des Rahmenbeschlusses 2009/905/JI des Rates über die Akkreditierung von Anbietern kriminaltechnischer Dienste, die Labor-tätigkeiten durchführen, ABl. 2022 L 328, 94 ff.

85 Beschluss 2008/615/JI des Rates vom 23. Juni 2008 zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. 2008 L 210, 1 ff. und Beschluss 2008/616/JI des Rates vom 23. Juni 2008 zur Durchführung des Beschlusses 2008/615/JI zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität, ABl. 2008 L 210, 12 ff.

86 Alle EU-Mitgliedstaaten, Island, Liechtenstein, Norwegen, Schweiz und Vereinigtes Königreich.

87 Protokoll zwischen der Europäischen Union, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags betreffend den Zugang zu Eurodac für Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecke, ABl. 2020 L 32, 3 ff. und SR 0.142.392.682.

88 Vgl. Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Europol auf den Abgleich mit Eurodac-Daten sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011 zur Errichtung einer Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Neufassung), ABl. 2013 L 180, 1 ff.

89 Vgl. Eurodac-Protokoll, supra Fn. 87, SR 0.142.392.682.

90 Vgl. Verordnung (EU) 2017/2225 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 in Bezug auf die Nutzung des Einreise-/Ausreisensystems, ABl. 2017 L 327, 1 ff.; Verordnung (EU) 2017/2226 des Europäischen Parlaments und des Rates vom

raum einreisen, in Kraft getreten.<sup>91</sup> 2022 nahm das Parlament auch die Botschaft des Bundesrats zur Übernahme und Umsetzung der Änderungsverordnungen zum Europäischen Reiseinformati- und -genehmigungssystem (ETIAS)<sup>92</sup> an.<sup>93</sup>

Gleichzeitig entwickelte sich das Schengen-System insgesamt weiter. Bereits im Dezember 2021 präsentierte die Kommission einen Vorschlag für eine Änderung des Schengener Grenzkodex.<sup>94</sup> Damit soll insb. die einheitliche Anwendung von Massnahmen an den Aussengrenzen im Fall der Bedrohung der öffentlichen Gesundheit gewährleistet werden. Darüber hinaus sollen die Regelungen für die vorübergehende Wiedereinführung von Kontrollen reformiert und neue Regeln für die «Instrumentalisierung von Migrant\*innen» an den Schengen-Aussengrenzen eingeführt werden, d.h., wenn ein Akteur in einem Drittstaat Menschen benutzt, um die Union oder ihre Mitgliedstaaten zu destabilisieren (vgl. die Aktivitäten von Belarus im Herbst 2021 in Reaktion auf die vonseiten der EU verhängten Sanktionen).<sup>95</sup>

30. November 2017 über ein Einreise-/Ausreisensystem (EES) zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten sowie der Einreiseverweigerungsdaten von Drittstaatsangehörigen an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten und zur Festlegung der Bedingungen für den Zugang zum EES zu Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungszwecken und zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen sowie der Verordnung (EG) Nr. 767/2008 und (EU) Nr. 1077/2011, ABl. 2017 L 327, 20 ff.

- 91 Verordnung vom 10. November 2021 über das Einreise- und Ausreisensystem (EESV), AS 2021 734.
- 92 Verordnung (EU) 2021/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2021 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1862 und (EU) 2019/818 hinsichtlich der Festlegung der Bedingungen für den Zugang zu anderen EU-Informationssystemen für die Zwecke des Europäischen Reiseinformati- und -genehmigungssystems, ABl. 2021 L 249, 1 ff. und Verordnung (EU) 2021/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2021 zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1860, (EU) 2018/1861 und (EU) 2019/817 hinsichtlich der Festlegung der Bedingungen für den Zugang zu anderen EU-Informationssystemen für die Zwecke des Europäischen Reiseinformati- und -genehmigungssystems, ABl. 2021 L 249, 15 ff., mit denen die Verordnung (EU) 2018/1240 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. September 2018 über die Einrichtung eines Europäischen Reiseinformati- und -genehmigungssystems (ETIAS) und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1077/2011, (EU) Nr. 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 und (EU) 2017/2226, ABl. 2018 L 236, 1 ff. angepasst wurde.
- 93 Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen (EU) 2021/1150 und 2021/1152 zur Festlegung der Bedingungen für den Zugang zu anderen EU-Informationssystemen für die Zwecke des Europäischen Reiseinformati- und -genehmigungssystems (ETIAS) (Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands), BBl 2022 1450; vgl. zum Thema insb. LANZ & CHATTON, supra Fn. 2, 59.
- 94 Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) (kodifizierter Text), ABl. 2016 L 77, 1 ff.
- 95 Vorschlag vom 14. Dezember 2021 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, COM(2021) 891 final; vgl. auch Vorschlag vom 14. Dezember 2021 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bewältigung von Situationen der Instrumentalisierung im Bereich Migration und Asyl, COM(2021) 890 final.

Zusätzlich legte die Kommission im Juni 2021 eine «Strategie für einen reibungslos funktionierenden und resilienten Schengen-Raum» vor.<sup>96</sup> Durch diese «Schengen-Strategie» soll eine Verbesserung der «Governance» des Schengen-Raums erreicht werden. Regelmässige «Schengen-Fora» sollen die konkretere Zusammenarbeit fördern und politische Impulse geben. Am 3. März 2022 fand die erste Tagung des sog. «Schengen-Rates» statt, eine Initiative der französischen EU-Ratspräsidentschaft, die im Rahmen des Rates «Justiz und Inneres» im Format eines Gemischten Ausschusses (d.h. unter Beteiligung der assoziierten Schengen-Staaten Island, Norwegen, Schweiz und Liechtenstein) eingerichtet wurde, um auf hoher politischer Ebene Fragen im Zusammenhang mit Schengen zu erörtern und alle einschlägigen Akteure, insb. die Agenturen, in die Diskussion einzubeziehen. Im Mai 2022 erstattete die Kommission darüber hinaus erstmals den – nunmehr jährlich vorgesehenen – «Schengen-Statusbericht».<sup>97</sup> Dieser ist Teil des «Schengen-Zyklus», der einen regelmässigen «Gesundheits-Check» des Zustands von Schengen gewährleistet und die Grundlage für die politischen Beratungen im Schengen-Rat bilden soll.

In diesen Zusammenhang gehört auch der neue Schengen-Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus, den der Rat im Juni 2022 angenommen hat.<sup>98</sup> Das Evaluierungsverfahren, das die einheitliche und korrekte Anwendung des Schengen-Rechts in allen beteiligten Staaten sicherstellen soll (etwa auch durch Vor-Ort-Kontrollen durch Sachverständige), soll dadurch wirksamer, flexibler und effizienter gemacht werden.<sup>99</sup> Bei der entsprechenden EU-Verordnung handelt es sich um eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes, deren Übernahme der Bundesrat am 17. August 2022 gutgeheissen und im Hinblick auf die er am 26. Oktober 2022 die Vernehmlassung eröffnet hat.<sup>100</sup>

96 Mitteilung vom 2. Juni 2021 der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, «Strategie für einen reibungslos funktionierenden und resilienten Schengen-Raum», COM(2021) 277 final.

97 Mitteilung vom 24. Mai 2022 der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, «Schengen-Statusbericht 2022», COM(2022) 301 final.

98 Zu den bisherigen Erfahrungen der Schweiz in diesem Zusammenhang vgl. ALBERTO ACHERMANN, «Schengen-Evaluierung», in: S. Breitenmoser, P. Uebersax & P. Hilpold (Hg.), Schengen und Dublin in der Praxis, in der EU, in der Schweiz und in einzelnen europäischen Staaten, mit einem Blick auf 70 Jahre Flüchtlingskonvention, Zürich/St. Gallen 2023, 221.

99 Verordnung (EU) 2022/922 des Rates vom 9. Juni 2022 über die Einführung und Anwendung eines Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus für die Überprüfung der Anwendung des Schengen-Besitzstands und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1053/2013, ABl. 2022 L 160, 1 ff.

100 Erläuternder Bericht des EJPD und BJ, «Genehmigung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2022/922 über die Einführung und Anwendung eines Evaluierungs- und Überwachungsmechanismus für die Überprüfung der Anwendung des Schengen-Besitzstands», 26. Oktober 2022, <[www.news.admin.ch/news/message/attachments/73591.pdf](http://www.news.admin.ch/news/message/attachments/73591.pdf)>.

#### 4. Zollerleichterungen und Zollsicherheit im Güterverkehr

Am 21. März 2021 beschloss der Gemischte Ausschuss<sup>101</sup> eine Anpassung des Kapitels III sowie der Anhänge I und II des Abkommens über Zollerleichterungen und Zollsicherheit (ZESA).<sup>102</sup> Dieser Beschluss wurde am 18. März 2022 von der Bundesversammlung genehmigt.<sup>103</sup> Durch die Aufdatierung soll die Sicherheit im internationalen Warenverkehr erhöht und die Digitalisierung der Zollprozesse vorangetrieben werden. In diesem Zusammenhang beteiligt sich die Schweiz insb. am *Import Control System 2* (ICS2) der EU.<sup>104</sup>

#### 5. Horizon Europe und Erasmus+

Keine relevanten Fortschritte gab es bei der Beteiligung der Schweiz im aktuellen EU-Rahmenprogramm für Forschung und Innovation, «Horizon Europe» (2021–2027). Während die Schweiz im Rahmen des 26. Treffens des im Rahmen des Forschungsabkommens<sup>105</sup> errichteten Gemischten Ausschusses darauf hinwies, dass sie beim Vorläufferrahmenprogramm «Horizon 2020» (2014–2020) hinsichtlich der Anzahl der Projektbeteiligungen und -koordinationen das aktivste unter den assoziierten Ländern war, kann sie sich zurzeit nicht als assoziiertes Drittland an «Horizon Europe» und den damit verbundenen Programmen und Initiativen (Horizon-Paket) beteiligen.<sup>106</sup> Diese Frage war auch immer wieder Thema bei den laufenden Sondierungen. Die EU will eine Assoziierung aber erst im Zusammenhang mit bilateralen Verhandlungen im Rahmen des «Paketes»<sup>107</sup> ermöglichen.

101 Beschluss Nr. 1/2021 des Gemischten Ausschusses EU–Schweiz vom 12. März 2021 zur Änderung von Kapitel III und der Anhänge I und II des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, SR 0.631.242.05.

102 Abkommen vom 25. Juni 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, SR 0.631.242.05.

103 Bundesbeschluss vom 18. März 2022 über die Genehmigung des Beschlusses Nr. 1/2021 des Gemischten Ausschusses EU–Schweiz zur Änderung von Kapitel III und der Anhänge I und II des Abkommens vom 25. Juni 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen, BBl 2022 712.

104 Vgl. DUMONT et al., supra Fn. 2, 499.

105 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Europäischen Gemeinschaften über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit vom 21. Juni 1999, SR 0.916.026.81.

106 Medienmitteilung der Seco, «Treffen des Gemischten Ausschusses Schweiz–EU in den Bereichen Forschung und Innovation», 4. Februar 2022, <[www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-87071.html](http://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-87071.html)>. Auch im Status des nicht assoziierten Drittlandes ist eine gewisse Beteiligung an EU-Programmen möglich, freilich ohne Zugang zu den entsprechenden Fördertöpfen; vgl. dazu DUMONT et al., supra Fn. 2, 501.

107 Vgl. supra Fn. 8.

Seit 2014 ist die Schweiz ebenfalls nur als nicht-assoziiertes Drittstaat im Rahmen eines eigenfinanzierten Mechanismus am EU-Bildungsprogramm «Erasmus+» (2014–2020) beteiligt. Auch die Schweizer Bemühungen um eine Assoziierung an Erasmus+ 2021–2027 laufen gegenwärtig aus den vorgenannten Gründen leer.<sup>108</sup>

## 6. Kohäsionsbeitrag

Bewegung ist dagegen in die Finalisierung des sog. zweiten Schweizer Beitrags gekommen.<sup>109</sup> Das InstA hätte den finanziellen Beitrag der Schweiz in Zusammenhang mit der Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts (Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 174 AEUV), der sog. Kohäsionspolitik der Union, ausdrücklich angesprochen.<sup>110</sup> Die EU fordert diesen als Gegenleistung für den «Zugang zum Binnenmarkt der Union».<sup>111</sup> Am 30. September 2021 hatte das Parlament die Freigabe des zweiten Schweizer Beitrags in der Höhe von insgesamt 1302 Mio. CHF über zehn Jahre beschlossen.<sup>112</sup> Dabei handelt es sich nicht um Zahlungen ins EU-Budget, sondern autonome Finanzierungen von Projekten und Programmen in der EU. Das zu diesem Zweck ins Auge gefasste Memorandum of Understanding (MoU) zwischen der Schweiz und der EU wurde am 30. Juni 2022 unterzeichnet.<sup>113</sup> Dieses – völkerrechtlich nicht verbindliche – Dokument regelt die Höhe des Kohäsionsbeitrags, dessen Aufteilung auf die Partnerländer, die thematischen Prioritäten (zu denen neben der Verringerung wirtschaftlicher und sozialer Ungleichheiten insb. auch die bessere Bewältigung von Migrationsbewegungen gehören soll) sowie Prinzipien für die Zusammenarbeit und die Umsetzung des Beitrags. Das MoU bildet

108 Vgl. DUMONT et al., supra Fn. 2, 516 f.

109 Vgl. PIRKER & GADOLA, supra Fn. 1, 101 f.

110 5. Präambularabsatz Entwurf InstA: «Unter Betonung der Bedeutung der Massnahmen, die zur Reduktion der wirtschaftlichen und sozialen Disparitäten zwischen ihren Regionen beitragen, und unter Hinweis auf die autonomen Beiträge der Schweiz an verschiedene Projekte und Programme in der Europäischen Union angesichts ihres Zugangs zum EU-Binnenmarkt»; vgl. auch die Gemeinsame Erklärung EU–Schweiz zur Kohäsion im Anhang zum Entwurf InstA: «Die Europäische Union und die Schweiz sind sich einig, dass es wichtig ist, die koordinierte Zusammenarbeit bei Massnahmen zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten zwischen ihren Regionen aufrechtzuerhalten, um eine kontinuierliche und ausgewogene Stärkung der wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen untereinander zu fördern.»

111 Gemeinsame Erklärung EU–Schweiz zur Kohäsion im Anhang zum Entwurf InstA.

112 Vgl. AB 2021 N 2080 und die SDA-Meldung, «Parlament gibt Kohäsionsgelder frei und hofft auf Zeichen der EU», 30. September 2021, <[www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2021/20210930230951627194158159038\\_bsd254.aspx](http://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2021/20210930230951627194158159038_bsd254.aspx)>; vgl. auch Botschaft zur Anpassung der Bundesbeschlüsse über den zweiten Schweizer Beitrag an ausgewählte EU-Mitgliedstaaten (Freigabe der Rahmenkredite Kohäsion und Migration), BBl 2021 1921.

113 Medienmitteilung des EDA, «Schweiz und EU unterzeichnen Memorandum of Understanding zum zweiten Schweizer Beitrag», 30. Juni 2022, <[www.eda.admin.ch/europa/de/home/aktuell/medienmitteilungen.html/content/eda/de/meta/news/2022/6/30/89577](http://www.eda.admin.ch/europa/de/home/aktuell/medienmitteilungen.html/content/eda/de/meta/news/2022/6/30/89577)>.

den Rahmen für die Gespräche mit den Partnerländern zu den jeweiligen bilateralen Umsetzungsabkommen, die in der Folge abgeschlossen werden.

## 7. (Geplantes) Stromabkommen

Bei den von Schweizer Seite erstrebten neuen Marktzugangsabkommen («Bilaterale III») steht an erster Stelle ein Stromabkommen mit der EU.<sup>114</sup> Dies liegt nicht nur daran, dass Fragen der Energieversorgung und v.a. der Energiesicherheit in Zusammenhang mit der russischen Aggression gegen die Ukraine stärker ins Bewusstsein getreten sind. Bedeutsam ist auch, dass die EU intensiv an der Schaffung eines Binnenmarktes für Strom arbeitet. Das sog. «Clean Energy Package» führt etwa dazu, dass die europäischen Übertragungsnetzbetreiber ab spätestens Ende 2025 mindestens 70% ihrer grenzüberschreitenden Netzkapazitäten für den Stromhandel innerhalb der EU freihalten müssen.<sup>115</sup> Die mit der Verwirklichung dieser Mindestkapazität verbundene starke Zunahme des Handels mit Strom innerhalb der EU bedeutet für die Schweiz voraussichtlich ein Ansteigen von ungeplanten Stromflüssen und somit Gefährdungen für die Schweizer Netzstabilität.<sup>116</sup>

Desungeachtet liegt der Abschluss eines Abkommens, das der Schweiz Zugang zum europäischen Strommarkt gewährt, trotz nennenswerter Vorarbeiten in weiter Ferne. Zunächst steht es unter dem Vorbehalt der von der EU geforderten institutionellen Zugeständnisse für den Abschluss weiterer Marktzugangsabkommen. Zum anderen werden dafür auf Schweizer Seite Schritte in Richtung einer vollständigen Liberalisierung des Strommarktes erforderlich sein, die politisch herausfordernd sind. Bislang ist eine Marktöffnung nur für Grossverbraucher erfolgt, nicht aber für Privathaushalte. Der Ständerat erteilte diesbezüglichen Öffnungsplänen des Bundesrats erst vor Kurzem eine Absage.<sup>117</sup>

Jenseits der Frage der Marktöffnung bemüht sich Swissgrid, die nationale Elektrizitätsnetzgesellschaft, um den Abschluss von technischen Abkommen in Gestalt

114 Vgl. supra Fn. 10; zum Stromabkommen vgl. schon PIRKER & GADOLA, supra Fn. 1, 100, und umfassend BRIGITTA KRANZ & CHRISTA TOBLER, «EU-Swiss Legal Relations: Why do We Still not Have an Electricity Agreement?», in: C. Banet & M. Roggenkamp (Hg.), *European Energy Law Report XV*, Intersentia 2023 (im Erscheinen).

115 Art. 15 Abs. 2 und Art. 16. Abs. 8 der Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt (Neufassung), ABl. 2019 L 158, 54 ff.

116 Vgl. STEFANIE ZUBLER, «Switzerland and the 70% rule», 12. Januar 2022, <[www.swissgrid.ch/en/home/newsroom/blog/2022/the-seventy-percent-rule.html](http://www.swissgrid.ch/en/home/newsroom/blog/2022/the-seventy-percent-rule.html)>.

117 SDA-Meldung, «Die wichtigsten Beschlüsse des Ständerats zum Energie-Mantelerlass», 29. September 2022, <[www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2022/20220929155710602194158159038\\_bsd156.aspx](http://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2022/20220929155710602194158159038_bsd156.aspx)>; vgl. auch DAVID VONPLOW & TOBIAS GAFAFER, «Die Stromversorgung in der Schweiz scheint für den Winter gesichert – doch das fehlende Stromabkommen mit der EU könnte zu einem grossen Problem werden», NZZ, 14. November 2022.

privatrechtlicher Verträge mit den EU-Übertragungsnetzbetreibern.<sup>118</sup> Zusätzlich wirkt erschwerend, dass die Kommission der Schweizer Netzgesellschaft die Teilnahme an den Plattformen für den Abruf von Regelenergie verwehrt, mit der die Netzbetreiber unvorhergesehene Schwankungen im Stromnetz ausgleichen können.<sup>119</sup>

## 8. Abkommen mit dem Vereinigten Königreich

Im Rahmen der sog. «Mind the Gap»-Strategie der Schweiz<sup>120</sup> schloss die Schweiz mit dem Vereinigten Königreich im Hinblick auf den Austritt des Letzteren aus der EU eine Reihe von Abkommen, um Rechtslücken infolge des Wegfalls der bilateralen Abkommen im Verhältnis zum Vereinigten Königreich zu vermeiden.<sup>121</sup> Diese sind durchwegs bereits 2021 in Kraft getreten.<sup>122</sup> Das – zunächst auf zwei Jahre – befristete Abkommen über die Mobilität von Dienstleistungserbringern vom 14. Dezember 2020<sup>123</sup> trat, nachdem es seit 1. Januar 2021 vorläufig angewendet worden war, erst im Berichtszeitraum, nämlich am 1. Dezember 2022, in Kraft.<sup>124</sup>

118 DAVID VONPLON & TOBIAS GAFAFER, *supra* Fn. 117.

119 Vgl. in diesem Zusammenhang *infra* II.A.4 zur Klage von Swissgrid gegen die Europäische Kommission; vgl. auch BENJAMIN HOFMANN, DAVID KOLCAVA & PHILIPP THALER, «The Role of Switzerland in European Electricity Governance – Shaper, Follower, or Outsider?», in: P. Hettich & A. Kachi (Hg.), *Swiss Energy Governance – Political, Economic and Legal Challenges and Opportunities in the Energy Transition*, Cham 2022, 67–92, 67.

120 Vgl. ROBERTO BALZARETTI & MARIE BERTHOLON, «Mind the Gap: Die Antwort der Schweiz auf den Brexit», *Die Volkswirtschaft*, 23.03.2020, <<https://dievolkswirtschaft.ch/de/2020/03/mind-the-gap-die-antwort-der-schweiz-auf-den-brexit/>>; ASTRID EPINEY, «Brexit und die Schweiz: Mind the Gap», 29 *Swiss Rev. of Int'l. & Eur. Law* (2019), 231–266, 233.

121 Vgl. dazu insb. PETRU EMANUEL ZLATESCU, «Post-Brexit-Freizügigkeit zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich?», *Jusletter*, 28. Juni 2021, 3.

122 Abkommen vom 25. Februar 2019 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens, SR 0.142.113.672; Abkommen vom 17. Dezember 2018 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über den Luftlinienverkehr, SR 0.748.127.193.67; Handelsabkommen vom 11. Februar 2019 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland, SR 0.946.293.671.

123 Befristetes Abkommen vom 14. Dezember 2020 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Mobilität von Dienstleistungserbringern, SR 0.946.293.671.2; dazu näher ZLATESCU, *supra* Fn. 121, 9; vgl. auch GEORGES BAUR, «Switzerland–UK Trade Relations: A Future Planned by the Past? – An Overview of the Trade Agreement between Switzerland and the United Kingdom and Related Agreements», in: M. Maresceau & C. Tobler (Hg.), *Switzerland and the EU – A Challenging Relationship*, *Studies in EU External Relations*, Volume 20, Leiden 2023, 383–418, 404.

124 Befristetes Abkommen vom 14. Dezember 2020 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Mobilität von Dienstleistungserbringern, SR 0.946.293.671.2.

## D. Relevante Entwicklungen im Schweizer Recht

Im Schweizer Recht gab es im Berichtszeitraum neben den bereits erwähnten Entwicklungen im Abkommensbestand einige für die Schweiz–EU-Beziehungen relevante Rechtsänderungen.

### 1. Anpassungen der Arbeitnehmerentsendeverordnung

Im Bereich der Arbeitnehmerentsendung verabschiedete der Bundesrat eine Änderung der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV).<sup>125</sup> Die Änderung betrifft v.a. den Nachweis der Einhaltung der Sorgfaltspflicht. Bescheinigungen paritätischer Kommissionen werden künftig Auskunft über die Durchführung von Kontrollen und Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen geben.<sup>126</sup>

### 2. Nachhaltigkeitsberichterstattung

Vom EU-Gesetzgeber wurde die Richtlinie (EU) 2022/2464 hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen beschlossen.<sup>127</sup> Mit der Verabschiedung einer Vollzugsverordnung zur Klimaberichterstattung hat sich auch der Bundesrat zu mehr Transparenz im Bereich Klima, einschliesslich der verbindlichen Umsetzung der international anerkannten Empfehlungen der *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD), für grosse Schweizer Unternehmen bekannt.<sup>128</sup>

### 3. Datenschutz

Im Bereich Datenschutz treten das totalrevidierte Datenschutzgesetz (DSG)<sup>129</sup> und die entsprechenden Ausführungsbestimmungen mit 1. September 2023 in Kraft. Das neue Schweizer Datenschutzrecht soll die Vereinbarkeit mit dem europäischen Recht sicherstellen. Im Berichtszeitraum war die EU gerade im Prozess, die Anerken-

125 Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) vom 21. Mai 2003, SR 823.201.

126 JURIOUS, «Entsendeverordnung: Anpassung der Solidarhaftung», Jusletter, 28. November 2022.

127 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. 2022 L 322, 15 ff.

128 Medienmitteilung des Bundesrats, «Bundesrat setzt Verordnung zur verbindlichen Klimaberichterstattung grosser Unternehmen auf 1.1.2024 in Kraft», 23. November 2022, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91859.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91859.html)>; JURIOUS, «Inkrafttreten Verordnung zur verbindlichen Klimaberichterstattung grosser Unternehmen», Jusletter, 28. November 2022.

129 Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020 (Stand am 1. September 2023), SR 235.1.

nung des Datenschutzniveaus der Schweiz zu überprüfen. Nur wenn die Adäquanz des Datenschutzes in der Schweiz von der Europäischen Kommission anerkannt wird, können Datentransfers in die Schweiz auch zukünftig ohne weitere Massnahme und zu denselben Bedingungen geschehen wie zwischen EU-Mitgliedstaaten.<sup>130</sup>

## II. Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung: EuGH, EFTA-Gerichtshof, Schweizer Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht

### A. Rechtsprechung des EuGH

Auch im Jahr 2022 äusserte sich der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in Luxemburg mehrfach in für die Schweiz und die bilateralen Beziehungen Schweiz–EU relevanter Weise.

#### 1. Freizügigkeit

Im Berichtszeitraum ergingen verschiedenste – auch mit Blick auf das Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU (FZA)<sup>131</sup> relevante – Urteile des EuGH zum Freizügigkeitsrecht, u.a. im Bereich des Entsenderechts, der abgeleiteten Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen, der Diplomanerkennung sowie der Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit.<sup>132</sup>

##### a) Entsenderecht

Im Bereich der Arbeitnehmerentsendung entschied der EuGH in *Hartberg-Fürstenfeld II*<sup>133</sup> darüber, welche Rechtsfolgen aus der Unverhältnismässigkeit der österrei-

130 Medienmitteilung des Bundesrats, «Neues Datenschutzrecht ab 1. September 2023», 31. August 2022, <[www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-90134.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-90134.html)>. Siehe verschiedene Beiträge zur Revision des Datenschutzgesetzes in Astrid Epiney, Sophie Moser & Sophia Rovelli (Hg.), *Die Revision des Datenschutzgesetzes des Bundes/La révision de la Loi fédérale sur la protection des données*, Zürich 2022.

131 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

132 Der nachstehende Teil zur freizügigkeitsrelevanten EuGH-Rechtsprechung aus dem Berichtszeitraum beruht auf dem Beitrag «Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2022: Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht» von Astrid Epiney, welcher in der NVwZ erscheint.

133 EuGH, Rs. C-205/20, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld II*, EU:C:2022:168. Vgl. weiter die Urteilsbesprechung von ADAM SAGAN, «Anmerkung zu EuGH, Urt. V. 8.3.2022 – C-205/20 – NE vs. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld II», GPR 6/2022, 283–286.

chischen Sanktionsregelung zur Durchführung der Entsenderichtlinie<sup>134</sup> resultieren. In einem vorangegangenen Urteil<sup>135</sup> hatte der EuGH bereits einen Verstoss der österreichischen Sanktionsregelung<sup>136</sup> gegen Art. 20 der Richtlinie 2014/67 (Durchsetzungsrichtlinie)<sup>137</sup>, welcher den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verankert, festgestellt. Der österreichische Gesetzgeber hatte die Sanktionsregelung aber noch nicht geändert. Vor diesem Hintergrund stellte sich in *Hartberg-Fürstenfeld II* die Frage, ob, und gegebenenfalls inwieweit, die österreichische Regelung aufgrund der Kollision mit entgegenstehendem Unionsrecht unangewendet bleiben muss.

Der EuGH bejahte in seinem Urteil die unmittelbare Wirkung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in Art. 20 der Durchsetzungsrichtlinie.<sup>138</sup> Das Verhältnismässigkeitsgebot bei Sanktionen sei laut EuGH unbedingd und habe absoluten Charakter.<sup>139</sup> Dem Erfordernis der Unbedingtheit stehe nicht entgegen, dass Art. 20 der Durchsetzungsrichtlinie durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden muss.<sup>140</sup> Im Falle, dass ein Mitgliedstaat den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum bei der Festlegung von Sanktionen überschreitet, sei der Verhältnismässigkeitsgrundsatz hinreichend genau und somit unmittelbar wirksam.

Betreffend die Rechtsfolgen entschied der EuGH, dass die österreichische Regelung teilweise unangewendet bleiben muss. Die volle Wirksamkeit des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes müsse gewährleistet werden, indem die Strafe auf ein verhältnismässiges Mass vermindert wird.<sup>141</sup> Im Rahmen der Verhältnismässigkeit bliebe es den Behörden erlaubt, auf der Grundlage der anwendbaren nationalen Regelung unterschiedliche Sanktionen nach Massgabe der Schwere des Verstosses zu verhängen.<sup>142</sup>

Mit Art. 20 Durchsetzungsrichtlinie vergleichbare Verpflichtungen zur Verhängung von (wirksamen und abschreckenden) Sanktionen, welche aber in jedem Fall

134 Richtlinie 96/71/EG, ABl. 1997 L 18, 1–6.

135 EuGH, Rs. C-645/18, *NE v. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld I*, EU:C:2019:1108. Am gleichen Tag entschied der EuGH (mit Beschluss) auch die verb. Rs. C-140/19, C-141/19 und C-492/19 bis C-494/19, *Hartberg-Fürstenfeld*, EU:C:2019:1103.

136 In Österreich verpflichtet § 19 Abs. 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), öBGBL 44/2016 Arbeitgeber:innen mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat, nach Österreich entsandte Arbeitnehmer:innen zu melden. § 22 LSD verlangt, dass der oder die Arbeitgeber:in während des Zeitraums einer Entsendung bestimmte Lohnunterlagen am Arbeitsort bereithält.

137 Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems («IMI-Verordnung»), ABl. 2014 L 159, 11–31.

138 Den Verhältnismässigkeitsgrundsatz leitete der EuGH zudem aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts und dem grundrechtlichen Verhältnismässigkeitsgrundsatz in Art. 49 GRC ab.

139 EuGH, Rs. C-205/20, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld II*, EU:C:2022:168, Rn. 22 f.

140 *Ibid.*, Rn. 25.

141 *Ibid.*, Rn. 42.

142 *Ibid.*, Rn. 56.

verhältnismässig sein müssen, sind in zahlreichen Sekundärrechtsakten enthalten. Das Urteil wirkt sich folglich über das Entsenderecht hinaus auf verschiedene Rechtsbereiche aus.

Mit Blick auf die Schweiz sind die Sanktionen nach schweizerischem Entsenderecht weit weniger restriktiv als das österreichische Sanktionsregime.<sup>143</sup> Die Schweiz hat als Nicht-EU-Mitgliedstaat einen grösseren Gestaltungsspielraum. Das FZA sieht im Bereich der Dienstleistungsfreiheit nur eine Teilliberalisierung vor.<sup>144</sup> Im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit von Sanktionen im Schweizer Entsenderecht mit dem FZA (unter Berücksichtigung des einschlägigen Unionsrechts zur Dienstleistungsfreiheit) erfolgt eine Abwägung zwischen dem Interesse einer parallelen Rechtsentwicklung und entgegenstehenden innenpolitischen Interessen.<sup>145</sup>

#### b) Abgeleitete Aufenthaltsrechte

Wie nachstehend ausführlicher behandelt,<sup>146</sup> stellten sich im Berichtszeitraum vor dem Bundesgericht und dem Bundesverwaltungsgericht vermehrt FZA-relevante Fragen zum Nachzug von Familienangehörigen und deren abgeleitete Aufenthaltsrechte, wobei die Schweizer Gerichte die Rechtsprechung des EuGH mitberücksichtigten. Daher ist die jüngste EuGH-Rechtsprechung zu den sich aus dem Kernbestand der Unionsbürgerschaft (abgeleiteten) Aufenthaltsrechten im Schweizer Kontext von Interesse, selbst wenn diese Fälle nicht direkt das FZA betreffen.

In den verb. Rs. C-451/19 und C-532/19<sup>147</sup> führte der EuGH diese Rechtsprechung fort. Die Ausgangssachverhalte betrafen drittstaatsangehörige Ehegatt:innen von spanischen Staatsangehörigen und die aus diesen Ehen hervorgegangenen minderjährigen Kinder mit spanischer Staatsangehörigkeit. In einer der Familien gab es noch ein drittstaatsangehöriges Kind aus erster Beziehung der drittstaatsangehörigen Ehegattin. Beide Familien verfügten nicht über ausreichende Existenzmittel, und in einer der Familien wurde der drittstaatsangehörige Elternteil wegen Verkehrsdelikten strafrechtlich verurteilt. Die Anträge auf Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltsbewilligungen (Familienzusammenführung) wurden von den spani-

143 Die maximalen Verwaltungsbussen belaufen sich auf 30 000 CHF. Die strafrechtliche Androhung einer Busse von 1 Mio. CHF ist nur für den Fall vorgesehen, dass eine Person in ihrer Funktion als Arbeitgeber systematisch und in gewinnsüchtiger Absicht gegen Bestimmungen des Mindestlohnes verstösst; vgl. Art. 12 Abs. 3 Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG), SR 823.20.

144 BGE 133 V 624, E. 4.3.

145 Siehe KURT PÄRLI, «EU-Entsenderecht zwischen Markt und Sozialschutz – Neuere Rechtsprechung des EuGH zu Sanktionen und zum grenzüberschreitenden Verkehr», Zeitschrift für Europarecht – EuZ (2022), E 29.

146 Siehe infra .C.1e).

147 Verb. EuGH, Rs. C-451/19 und C-532/19, *Subdelegación del Gobierno en Toledo (Aufenthalt eines Familienangehörigen – unzureichende Existenzmittel)*, EU:C:2022:354.

schen Behörden aufgrund der fehlenden Existenzmittel abgelehnt, obwohl damit auch die Kinder mit Unionsbürgerschaft wegen ihrer Abhängigkeit von den Eltern das Unionsgebiet verlassen müssten.

Der EuGH entschied, dass es nicht mit Art. 20 AEUV vereinbar sei, den Familienzusammenführungsantrag eines oder einer drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers oder einer Unionsbürgerin allein deshalb abzulehnen, weil die Existenzmittel des Unionsbürgers oder der Unionsbürgerin für ihn oder sie und die Familienangehörigen ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht ausreichen. Vielmehr sei massgeblich, ob zwischen dem oder der Unionsbürger:in und dem oder der Drittstaatsangehörigen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, so dass die Ablehnung der Familienzusammenführung auch den oder die Unionsbürger:in zwänge, das Unionsgebiet zu verlassen. Damit würde ihm oder ihr der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Unionsbürgerrechte vorenthalten.<sup>148</sup> Auch Vorstrafen dürften nicht automatisch zu einer Verweigerung der Familienzusammenführung führen. Das Aufenthaltsrecht dürfe aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und der Grundrechte verneint werden. Dabei sei ggf. auch das Kindeswohl zu berücksichtigen.

Mit dem Urteil hat der EuGH ergänzend klargestellt, dass die Verneinung eines Abhängigkeitsverhältnisses grundsätzlich nicht darauf gestützt werden könne, dass ein Elternteil (mit Unionsbürgerschaft) die Sorge für das Kind mit Unionsbürgerschaft allein übernehmen könnte, sofern sich die Eltern die Betreuung teilen. Konsequenterweise ist einem weiteren drittstaatsangehörigen Kind ebenfalls über das Kind mit Unionsbürgerschaft ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht einzuräumen. Während bei minderjährigen Kindern im Verhältnis zu ihren Eltern in der Regel ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, unterscheidet sich die Situation bei Erwachsenen. Beispielsweise würde bei Ehegatten vorausgesetzt, dass der Ehegatte oder die Ehegattin mit Unionsbürgerschaft gezwungen ist, den oder die Drittstaatsangehörige:n zu begleiten, was wohl eine Ausnahmesituation darstellt.<sup>149</sup>

### c) Diplomanerkennung

Durch Art. 9 FZA und Anhang III des FZA hat sich auch die Schweiz verpflichtet, Diplome, die in einem anderen Vertragsstaat erworben wurden, unter gewissen Voraussetzungen anzuerkennen, und vor diesem Hintergrund beschäftigte sich die Schweizer Rechtsprechung im Berichtszeitraum vielfach mit Fragen zur Diplomanerkennung.<sup>150</sup> Dies zeugt von der Relevanz der EuGH-Rechtsprechung zum sog. all-

<sup>148</sup> Siehe insoweit schon grundlegend EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, EU:C:2011:124.

<sup>149</sup> Ein Abhängigkeitsverhältnis kann aber auch zwischen Ehegatten vorliegen, vgl. EuGH, Rs. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real (Ehegatte eines Unionsbürgers)*, EU:C:2020:119.

<sup>150</sup> Siehe dazu infra .C.1 .

gemeinen Anerkennungssystem der Richtlinie 2005/36 (Berufsanerkennungsrichtlinie)<sup>151</sup> aus der Perspektive der Schweiz.

In *A*, Rs. C-535/19,<sup>152</sup> entschied der EuGH – in Fortführung seiner Rechtsprechung in *BB*<sup>153</sup> –, dass die (geänderte) Richtlinie 2005/36 keine Anwendung findet, wenn ein:e Unionsbürger:in die Anerkennung von Berufsqualifikationen beantragt, jedoch der gem. dieser Richtlinie erforderliche Nachweis über ein einjähriges Berufspraktikum (*certificate of experience*) fehlt. Wie in *BB* betonte der EuGH, dass im Falle der Nichtanwendbarkeit der Berufsanerkennungsrichtlinie das Primärrecht massgeblich ist.<sup>154</sup> Die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats, bei der ein Antrag auf Ausübung eines reglementierten Berufs in diesem Mitgliedstaat gestellt wird, sei verpflichtet, die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Fähigkeiten und Diplome auf ihre Gleichwertigkeit zu prüfen.<sup>155</sup> Dabei sei ein von der Behörde eines anderen Mitgliedstaats ausgestelltes Diplom grundsätzlich als «richtig» anzusehen, sodass davon auszugehen ist, dass die in diesem ausgewiesenen Fähigkeiten auch erworben wurden. Nur in Ausnahmefällen dürfe die ausstellende Behörde um Überprüfung der Rechtmässigkeit der Ausstellung des Diploms ersucht werden. Falls die ausstellende Behörde das Diplom nicht zurückzieht, dürfe die Behörde des Aufnahmemitgliedstaats die Rechtmässigkeit seiner Ausstellung nur dann infrage stellen, wenn die Umstände des konkreten Falls es offensichtlich erkennen lassen, dass das betreffende Diplom nicht «richtig» ist. Die fehlende Richtigkeit eines Diploms sei insb. dann offenkundig, wenn sich der tatsächliche Inhalt der Ausbildung offenkundig erheblich vom Inhalt der Ausbildung, wie er sich aus dem betreffenden Diplom ergibt, unterscheidet.

Der EuGH knüpft mit dem Urteil in *A* grundsätzlich an seine bisherige Rechtsprechung zur primärrechtlichen Anerkennung von Berufsqualifikationen an und folgt auch – ohne dies ausdrücklich zu benennen – der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs.<sup>156</sup> Für das Rechtsverhältnis Schweiz–EU ist interessant, dass sich der

151 Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22 ff.

152 EuGH, Rs. C-634/20, *Sosiaali- ja terveystieteiden valvontavirasto (Formation médicale de base)*, EU:C:2022:149.

153 EuGH, Rs. C-166/20, *Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija*, EU:C:2021:554.

154 EuGH, Rs. C-634/20, *Sosiaali- ja terveystieteiden valvontavirasto (Formation médicale de base)*, EU:C:2022:149, Rn. 32 ff.

155 Denn die Mitgliedstaaten haben bei einem Antrag auf Zulassung zu einem reglementierten Beruf in jedem Fall sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise sowie die einschlägige Erfahrung des Betroffenen zu berücksichtigen und auf ihre Gleichwertigkeit mit den inländischen Anforderungen zu prüfen; dieser Grundsatz könne nicht durch den Erlass von Sekundärrecht über die gegenseitige Anerkennung relativiert werden, siehe insoweit schon EuGH, Rs. C-166/20, *Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija*, EU:C:2021:554.

156 EFTA-Gerichtshof, Rs. E-4/20, *Martinez Haugland*, Rn. 81 ff. und Rn. 92; EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/20, *Lindberg*, Rn. 55 ff., 59 und 64, u.a. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-298/14, *Brouillard*, EU:C:2015:652.

EuGH in diesem Fall auf die Rechtsfigur des Beschränkungsverbots bezog,<sup>157</sup> welche im Kontext des FZA nicht eindeutig anerkannt ist. Auch wenn unklar bleibt, ob der EuGH sich in Fällen, die sich auf das FZA beziehen, auf ein Beschränkungsverbot stützen würde, liegt es nahe, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur primärrechtlichen Anerkennung, einschliesslich der Präzisierungen in den neueren Entscheiden *BB* und *A*, sinngemäss auf das FZA anwenden würde. «Wenn in einem konkreten Fall die Anerkennung einer ausländischen Berufsqualifikation nicht nach den Bestimmungen der Richtlinie über die Berufsqualifikationen in der für das FZA relevanten Version ausgesprochen werden kann, so besteht dennoch eine behördliche Prüfpflicht [...] gestützt auf die direkt im Abkommen statuierten Freizügigkeitsbestimmungen [...].»<sup>158</sup>

#### d) Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit

Ob gewisse soziale Vergünstigungen oder Leistungen sozialer Sicherheit je nach Wohnsitzstaat der Begünstigten (nach unten) angepasst werden dürfen, wurde viel diskutiert.

Bemerkenswert ist diesbezüglich das Urteil des EuGH in der Rs. C-328/20.<sup>159</sup> Der Gerichtshof stellte darin fest, dass der in Österreich vorgesehene Anpassungsmechanismus für verschiedene Familienleistungen und Steuervergünstigungen für Arbeitnehmende in Abhängigkeit vom Wohnsitz der Kinder, der sich am allgemeinen Preisniveau im Wohnsitzmitgliedstaat der Kinder richtet, nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Familienleistungen gem. Art. 7 und Art. 67 der Verordnung 883/2004 über die Systeme der sozialen Sicherheit<sup>160</sup>, die ein Mitgliedstaat Erwerbstätigen gewährt, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, müssten exakt den Familienleistungen für Erwerbstätige, deren Familienangehörige im leistungsgewährenden Mitgliedstaat wohnen, entsprechen.

Es muss sichergestellt werden, dass Wanderarbeitnehmer:innen die erfassten sozialpolitischen Massnahmen des Aufnahmemitgliedstaats zu genau den gleichen Bedingungen zugutekommen wie inländischen Arbeitnehmer:innen, da sie mit den Steuern und Sozialabgaben, die sie im Aufnahmestaat entrichten, zur Finanzierung dieser Massnahmen beitragen. Kaufkraftunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten seien kein Grund, solche Leistungen zu kürzen, zumal auch Kaufkraftunterschiede

157 Vgl. EuGH, Rs. C-634/20, *Sosiaali- ja terveysturva- ja valvontavirasto (Formation médicale de base)*, EU:C:2022:149, Rn. 40.

158 JOEL GÜNTHARDT & CHRISTA TOBLER, «Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Diplomanerkennung und ihre Bedeutung für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU», Jusletter, 3. April 2023, 20.

159 EuGH, Rs. C-328/20, *Kommission v. Österreich*, EU:C:2022:468.

160 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, geändert durch Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 (ABl. 2009 L 284, 43), in Kraft getreten für die Schweiz am 1. April 2012, SR 0.831.109.268.1.

innerhalb Österreichs unberücksichtigt blieben. Im Übrigen stelle eine auf dem Wohnsitz beruhende Unterscheidung eine nach Art. 4 der Verordnung 883/2004 und Art. 7 Abs. 2 der Verordnung 492/2011<sup>161</sup> grundsätzlich verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar. Die Rechtfertigung scheitere schon daran, dass der infrage stehende Anpassungsmechanismus nicht geeignet sei, Unterschiede im Preisniveau der Mitgliedstaaten auszugleichen. Die dem Mechanismus unterliegenden Leistungen und Vergünstigungen würden nämlich nicht nach Massgabe der tatsächlichen Kosten für den Unterhalt der Kinder, sondern pauschal festgesetzt. Es bestehe auch keine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des österreichischen Sozialsystems. Wanderarbeitnehmer:innen trügen mit ihren im Aufnahmemitgliedstaat entrichteten Steuern und Sozialabgaben zur Finanzierung der sozialpolitischen Massnahmen dieses Staates bei, sodass ihnen auch die gleichen Vorteile wie Inländer:innen zukommen müssten.

Beachtlich ist hierbei die Unterscheidung zwischen den Diskriminierungsverboten der Art. 7 und Art. 67 der Verordnung 883/2004 einerseits und der Art. 4 der Verordnung 883/2004 und Art. 7 der Verordnung 492/2011 andererseits. Da sich Art. 7 und Art. 67 der Verordnung 883/2004 ausdrücklich auf den Wohnort beziehen, lassen diese Bestimmungen keine Rechtfertigung für etwaige Ungleichbehandlungen zu. Demgegenüber sind die Art. 4 der Verordnung 883/2004 und Art. 7 der Verordnung 492/2011 allgemein formuliert, was grundsätzlich eine Rechtfertigung aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses ermöglicht. Im Gegensatz zu den im Urteil behandelten Familienleistungen i.S.d. Verordnung 883/2004 bleibt bei sozialen Vergünstigungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung 883/2004 fallen (wie z.B. steuerliche Massnahmen) die Berücksichtigung des Preisniveaus des Wohnsitzes grundsätzlich möglich.

Das Urteil zeigt die Bedeutung des Anwendungsbereichs der Verordnung 883/2004 bzw. der Art. 7 und Art. 67 dieser Verordnung. Es illustriert, dass die Mitgliedstaaten zwar weitgehend frei sind, Sozialleistungen zu gewähren. Entscheiden sie sich aber dafür, ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gem. den primär- und sekundärrechtlichen Regelungen und ihrer Konkretisierung durch den EuGH, der sich in Bezug auf das Sekundärrecht eng an dessen Wortlaut orientiert, umfassend zu beachten. Dies ist auch für die Schweiz von Bedeutung. Die Verordnung 883/2004 ist nämlich für die Schweiz verbindlich und – gestützt auf das FZA – für Fragen der sozialen Sicherheit, die das Verhältnis zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU betreffen, massgebend.

Ein weiteres EuGH-Urteil<sup>162</sup> betraf ebenfalls die Verordnung 883/2004. Dabei ging es um die Gewährung von Kindergeld für im Aufnahmemitgliedstaat wohn-

161 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1–12.

162 EuGH, Rs. 411/20, *Familienkasse Niedersachsen–Bremen*, EU:C:2022:602 (Grosse Kammer).

hafte Kinder.<sup>163</sup> Wird Kindergeld wirtschaftlich inaktiven Unionsbürger:innen (und deren Kindern) in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts verweigert, während es den eigenen Staatsangehörigen, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, in der gleichen Situation nach ihrer Rückkehr gewährt wird, liegt laut EuGH eine nach Art. 4 der Verordnung 883/2004 unzulässige Diskriminierung vor. Es ergäbe sich aus dem Recht der Unionsbürger:innen, sich in einem anderen Mitgliedstaat ohne weitere Voraussetzungen (ausser gültigem Personalausweis) bis zu drei Monate aufzuhalten, dass auch wirtschaftlich inaktive Unionsbürger:innen sich während dieser Zeit als rechtmässig aufhältige Unionsbürger:innen auf die Verordnung 883/2004 stützen könnten. Da Art. 4 der Verordnung 883/2004 keine ausdrückliche Ausnahme vorsieht, könne eine unmittelbare Diskriminierung – wie sie im gegenständlichen Fall vorliege – nicht gerechtfertigt werden.

## 2. Luftverkehrsabkommen (LuftVA)

Im Rahmen des LuftVA ist in der Schweiz auch die sog. EU-Fluggastrechte-Verordnung oder Passagierrechts-Verordnung<sup>164</sup> anwendbar.<sup>165</sup> Zu dieser hat der EuGH über die letzten Jahre eine reiche Judikatur entwickelt, die hinsichtlich ihrer Implikationen für die Schweiz immer wieder Fragen aufwirft, namentlich bei Flügen mit Abflugflughafen in einem EU-Mitgliedstaat, einer Zwischenlandung in der Schweiz und einem Bestimmungsflughafen in einem Drittland.<sup>166</sup>

Just mit dieser Thematik hatte sich der EuGH nunmehr zu beschäftigen.<sup>167</sup> Im Anlassfall ging es um eine Reise von Stuttgart zunächst nach Zürich (durchgeführt von Swiss International Air Lines AG) und von Zürich nach Philadelphia und dann weiter nach Kansas City (beide Flüge durchgeführt von American Airlines). Die ersten beiden Flüge fanden planmässig statt. Der dritte Flug war dagegen bei der Ankunft um mehr als vier Stunden verspätet.<sup>168</sup> Der (deutsche) Bundesgerichtshof als Vorlagegericht fragte im Hinblick darauf, ob es sich dabei um einen «direkten An-

<sup>163</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. j der Verordnung 883/2004.

<sup>164</sup> Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. 2004 L 46, 1 ff.

<sup>165</sup> Mit Beschluss Nr. 1/2006 des Luftverkehrsausschusses Europäische Gemeinschaft/Schweiz vom 18. Oktober 2006 zur Änderung des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68, ABl. 2006 L 298, 23 ff. übernommen und für die Schweiz per 1. Dezember 2006 in Kraft gesetzt.

<sup>166</sup> Dazu zuletzt BENJAMIN CHEYNEL, «Vols au départ ou à destination d'un État membre de l'Union avec escale en Suisse», 29 Aktuelle Juristische Praxis (2019), 622-630; Vgl. auch BERGER, supra Fn. 2 zu den diesbezüglich in Rechtsprechung und Schrifttum bestehenden Auffassungsunterschieden.

<sup>167</sup> EuGH, Rs. C-436/21, *flightright GmbH v. American Airlines Inc.*, EU:C:2022:762.

<sup>168</sup> Vgl. *ibid.*, Rn. 8 f.

schlussflug» i.S.d. Art. 2 lit. h der Fluggastrechteverordnung handle oder ob es darüber hinaus einer besonderen rechtlichen Beziehung zwischen den ausführenden Luftfahrtunternehmen bedürfe. Hilfsweise wurde auch die Frage gestellt, ob das LuftVA und namentlich sein Art. 2 dahin auszulegen seien, dass die Verordnung auch für Fluggäste gelte, die auf Flughäfen im Gebiet der Schweiz einen Flug in ein Drittland antreten.

Der Gerichtshof entschied zur ersten Frage, dass es sich im gegebenen Fall um einen «direkten Anschlussflug» handle. Denn dieser erfasse einen Beförderungsvorgang, der aus mehreren Flügen besteht, die von unterschiedlichen Luftfahrtunternehmen durchgeführt werden (auch wenn sie nicht durch eine besondere rechtliche Beziehung miteinander verbunden sind), wenn diese Flüge von einem Reisebüro zusammengefasst wurden, das für diesen Vorgang einen Gesamtpreis in Rechnung gestellt und einen einheitlichen Flugschein ausgegeben hat.<sup>169</sup> Dies war *in casu* der Fall, wobei der EuGH insb. darauf abstellte, dass die Flugscheine mit einer einheitlichen Buchungsnummer («filekey») für die ganze Strecke versehen waren und vom Reisebüro eine Rechnung mit einem Gesamtpreis ausgestellt wurde.<sup>170</sup> In rechtlicher Hinsicht wies der Gerichtshof darauf hin, dass die Fluggastrechteverordnung keine Bestimmung enthalte, wonach die Einstufung als Flug mit direkten Anschlussflügen davon abhängt, dass eine besondere rechtliche Beziehung zwischen den ausführenden Luftfahrtunternehmen besteht, und dass – wie auch sonst in der einschlägigen Rechtsprechung stets hervorgehoben – die Verordnung ihrem ersten Erwägungsgrund zufolge ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherstellen wolle.<sup>171</sup>

Im Hinblick auf die bejahende Antwort auf die erste Frage erübrigte sich für den EuGH freilich die Beantwortung der Folgefrage zur Auslegung der Reichweite des LuftVA.<sup>172</sup>

Um Art. 8 LuftVA, also um die kartellrechtlichen Regelungen des Abkommens – i.V.m. den Parallelregelungen in Art. 101 AEUV und Art. 53 des EWR-Abkommens – ging es in einer Reihe von (allesamt am selben Tag gefällten) Urteilen des Gerichts.<sup>173</sup> Diesen lagen Nichtigkeitsklagen verschiedener auf dem Markt für Luftfracht tätiger Fluggesellschaften (SAS Cargo Group A/S, Air France-KLM, Japan Airlines Co. Ltd, British Airways plc, Singapore Airlines Ltd) gegen die Europäische Kommission zugrunde, in denen diese sich gegen die sie verhängten Geldbussen zur Wehr setzten. Im Jahr 2005 hatte die Kommission von der Lufthansa Cargo AG und der Swiss International Air Lines AG wegen Informationen zu intensiven wettbe-

169 Vgl. *ibid.*, Rn. 31.

170 Vgl. *ibid.*, Rn. 8, 24.

171 Vgl. *ibid.*, Rn. 28–30.

172 Vgl. *ibid.*, Rn. 32.

173 EuG, Rs. T-324/17, *SAS Cargo Group u.a.*, EU:T:2022:175; EuG, Rs. T-337/17, *Air France-KLM*, EU:T:2022:179; EuG, Rs. T-340/17, *Japan Airlines Co. Ltd*, EU:T:2022:181; EuG, Rs. T-341/17, *British Airways*, EU:T:2022:182; EuG, Rs. T-350/17, *Singapore Airlines*, EU:T:2022:186.

werbswidrigen Kontakten zwischen mehreren Transportunternehmen einen Antrag auf Geldbussenerlass im Rahmen eines Kronzeugenverfahrens erhalten. In der Folge stellte die Kommission das Bestehen eines verbotenen, gegen Art. 101 AEUV, Art. 53 EWR-Abkommen und Art. 8 LuftVA verstossenden Kartells fest, das vom 7. Dezember 1999 bis 14. Februar 2006 gedauert habe. Die betreffenden Unternehmen waren mit ihren Nichtigkeitsklagen nur eingeschränkt erfolgreich und bekämpften nunmehr die Urteile mit Rechtsmitteln vor dem Gerichtshof.<sup>174</sup>

### 3. Schengen-/Dublin-Assoziierung

#### a) Schengen-Assoziierung

In der EuGH-Judikatur im Berichtszeitraum sticht insb. das Urteil der Grossen Kammer bezüglich der Verlängerung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen des Schengen-Raums heraus.<sup>175</sup> Auslöser dafür waren Kontrollen eines österreichischen Staatsbürgers an der slowenisch-österreichischen Grenze, gegen die sich der Betreffende mit dem Argument zur Wehr setzte, es handle sich nicht um nach dem Schengener Grenzkodex<sup>176</sup> zulässige Kontrollen. Auf Vorlage des Landesverwaltungsgerichts Steiermark rief die Grosse Kammer in Erinnerung, dass gem. Art. 22 Schengener Grenzkodex grundsätzlich keine Kontrollen an den Binnengrenzen zulässig sind und diese nur unter den Ausnahmebestimmungen der Art. 25 ff. des Schengener Grenzkodex stattfinden dürfen. Als Ausnahme von der Regel müssten diese Bestimmungen eng ausgelegt werden, zumal sie einen detaillierten Rahmen bildeten, in dem der Uniongesetzgeber die nötigen Abwägungen zwischen dem freien Personenverkehr einerseits (der «eine der grössten Errungenschaften der Union»<sup>177</sup> ist), und den Erfordernissen der Kontrolle der Aussengrenzen, Asyl, Einwanderung und Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität andererseits, bereits getroffen habe.<sup>178</sup> Nun hatte Österreich aber seit 16. September 2015 unter verschie-

174 EuGH, Rs. C-403/22 P, *SAS Cargo Group u.a.*, ABl. 2022 C 303, 32 ff.; EuGH, Rs. C-370/22 P, *Air France-KLM*, ABl. 2022 C 303, 21 ff.; EuGH, Rs. C-381/22 P, *Japan Airlines Co. Ltd.*, ABl. 2022 C 303, 26 ff.; EuGH, Rs. C-378/22 P, *British Airways*, ABl. 2022 C 303, 23 ff.; EuGH, Rs. C-379/22 P, *Singapore Airlines*, ABl. 2022 C 303, 24 ff.

175 Verb. EuGH, Rs. C-368/20 und C-369/20, *NW v. Landespolizeidirektion Steiermark und Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, EU:C:2022:298.

176 Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2016 L 77, 1 ff.

177 Vgl. *ibid.*, Erwägungsgrund 22.

178 Vgl. verb. EuGH, Rs. C-368/20 und C-369/20, *supra* Fn. 175, Rn. 63–64, 67, 88. Aus eben diesem Grund tritt die Grosse Kammer auch nicht dem deutschen Vorbringen näher, Art. 72 AEUV würde den Mitgliedstaaten hier zusätzliche Spielräume gewähren; vgl. *ibid.*, Rz 83–90. Dieses Argument greift im Hinblick auf die Schweiz ohnehin nicht, da Art. 72 AEUV im bilateralen Verhältnis Schweiz–EU nicht gilt.

denen Titeln durchgängig Grenzkontrollen gegenüber Ungarn und Slowenien durchgeführt.<sup>179</sup> Zwar könnten die Mitgliedstaaten die entsprechenden Ausnahmetatbestände des Schengener Grenzkodex nach Ablauf der jeweiligen Höchstfristen erneut in Anspruch nehmen, wenn es zu einer neuen ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder inneren Sicherheit käme. Dabei müssten aber die entsprechenden Verfahrensvorschriften beachtet werden, d.h., der betreffende Mitgliedstaat muss die Umstände, welche die Wiedereinführung der Grenzkontrollen erforderlich machen, darlegen, und die Kommission muss – was sie bislang nicht getan hat – im Falle von Bedenken gegen die vom Mitgliedstaaten angezogenen Gründe ihrerseits tätig werden.<sup>180</sup> Der EuGH erklärte die verlängerten österreichischen Binnengrenzkontrollen vor diesem Hintergrund recht unverhohlen für unionsrechtswidrig<sup>181</sup> und erlegte den Mitgliedstaaten für künftige Schritte dieser Art eine erhöhte Begründungslast auf.

Bemerkenswert ist auch, dass die Grosse Kammer 2022 eine weitere wichtige Entscheidung<sup>182</sup> zu Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)<sup>183</sup> fällte, der den *ne bis in idem*-Grundsatz verankert und auch für das bilaterale Verhältnis Schweiz–EU relevant ist.<sup>184</sup> Hintergrund war ein Auslieferungersuchen der USA an die deutschen Behörden bezüglich eines serbischen Staatsangehörigen. Dieser war von slowenischen Gerichten bereits verurteilt worden, und die slowenischen Behörden hatten unter Berufung auf das Verbot der Doppelbestrafung eine Auslieferung an die USA abgelehnt. Für die deutschen Behörden stellte sich nun die Frage, ob auch sie die Auslieferung zu verweigern hätten, wobei das bilaterale Auslieferungsabkommen Deutschland–USA eine *ne bis in idem*-Ausnahme nur für deutsche Strafurteile vorsah.<sup>185</sup> Die Grosse Kammer nahm die Auslegung von Art. 54

179 Vgl. *ibid.*, Rn. 26.

180 Vgl. *ibid.*, Rn. 79 f., 91.

181 Vgl. *ibid.*, Rn. 82; siehe dazu auch HRUSCHKA, *supra* Fn. 2, 392; SARAH PROGIN-THEUERKAUF & EVAMARIA HUNZIKER, «Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2021/2022», in: A. Achermann et al. (Hg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2021/2022/Annuaire du droit de la migration 2021/2022*, Bern 2022, 327–356, 352; POLA CEBULAK & MARTA MORVILLO, «Schengen Restored – The CJEU Sets Clear Limits to the Reintroduction of Internal Border Controls», *Verfassungsblog*, 5. Mai 2022, <<https://verfassungsblog.de/schengen-restored/>>.

182 EuGH, Rs. C-435/22 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft München v. HF*, EU:C:2022:852.

183 Übereinkommen vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, ABl. 2000 L 239, 19 ff.

184 Dazu allgemein BRIGITTE TAG, Art. 11, in: M. A. Niggli, M. Heer & H. Wiprächtiger (Hg.), *Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, Basler Kommentar, Band 1, 2. Aufl., Basel 2014, Rn. 6 ff.; WOLFGANG WOHLERS, Art. 11, in: A. Donatsch et al. (Hg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, 3. Aufl., Zürich 2020, Rn. 6 ff.

185 Vgl. EuGH, Rs. C-435/22 PPU, *supra* Fn. 182, Rn. 22 ff.

SDÜ «in Verbindung mit» Art. 50 Charta der Grundrechte der EU (GRC)<sup>186</sup> vor, was die Relevanz des Urteils für das bilaterale Verhältnis aber nicht schmälert. Wichtig ist, dass Art. 54 SDÜ keine Voraussetzung aufstellt, die sich auf den Besitz der Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats bezieht (und damit die Unionsbürgerschaft ins Spiel bringt) und auch Art. 50 GRC keinen Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft herstellt.<sup>187</sup> Im Ergebnis entschied der Gerichtshof, dass Art. 54 SDÜ der Auslieferung von Drittstaatsangehörigen (und zwar unabhängig davon, ob deren Aufenthalt bei der Festnahme rechtmässig war oder nicht<sup>188</sup>) an einen anderen Drittstaat durch die Behörden eines Schengen-Staats entgegensteht, wenn diese in einem anderen Schengen-Staat wegen derselben Taten wie denen, auf die sich das Auslieferungsersuchen bezieht, rechtskräftig verurteilt wurden und die dort verhängte Strafe verbüsst haben und das Auslieferungsersuchen auf einem bilateralen Auslieferungsvertrag beruht, der die Reichweite des Grundsatzes *ne bis in idem* auf die Urteile beschränkt, die in dem ersuchten Schengen-Staat ergangen sind.<sup>189</sup> Diesbezüglich ist insb. auf Art. 4 Abs. 1 («Ne bis in idem») des Auslieferungsvertrages Schweiz–USA<sup>190</sup> zu verweisen, wonach die Auslieferung nicht bewilligt wird, wenn der Verfolgte «vom ersuchten Staat für die gleichen Handlungen verurteilt oder freigesprochen wurde, derentwegen die Auslieferung verlangt wird».

## b) Dublin-Assoziierung

Erwähnung verdienen insb. drei Urteile der Grossen Kammer, welche die Dublin-III-Verordnung<sup>191</sup> betreffen, die den Kern der Dublin-Assoziierung der Schweiz bildet.<sup>192</sup>

Im ersten am 1. August 2022 entschiedenen Fall<sup>193</sup> ging es um sieben aus Russland stammende Familienmitglieder (Eltern und fünf Geschwister), denen 2012 von Polen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt worden war. Im selben Jahr begaben sie sich nach Deutschland und stellten dort Anträge auf internationalen Schutz, die aber

186 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2012 C 326, 391–407. Vgl. EuGH, Rs. C-435/22 PPU, supra Fn. 182, Rn. 33.

187 Vgl. *ibid.*, Rn. 72–74.

188 Vgl. *ibid.*, Rn. 79 f.

189 Vgl. *ibid.*, Rn. 136.

190 Auslieferungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 14. November 1990, SR 0.353.933.6.

191 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), ABl. 2013 L 180, 31 ff.

192 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, SR 0.142.392.68. Zur Beteiligungsmöglichkeit der Schweiz vgl. Art. 5 Abs. 2 des Abkommens.

193 EuGH, Rs. C-720/20, *RO v. Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2022:603.

abgelehnt wurden. Im Jahr 2015 wurde in Deutschland ein weiteres Kind geboren, das 2018 internationalen Schutz in Deutschland für sich und in der Folge auch für den Rest der Familie beantragte.<sup>194</sup> Das deutsche Vorlagegericht fragte sich nun, ob in einer solchen Konstellation Art. 20 Abs. 3 der Dublin-III-Verordnung analog anwendbar sei. Dies verneinte die Grosse Klammer, insb. mit dem Hinweis, dass es bei dieser Bestimmung um Antragsteller gehe und die hier vorliegende Situation von Personen, die schon internationalen Schutz in einem Mitgliedstaat erhalten hätten, damit nicht vergleichbar sei.<sup>195</sup> Als viel eher einschlägig sah die Grosse Kammer Art. 9 der Dublin-III-Verordnung an, der freilich verlangt, dass die betreffende Person diesen Wunsch schriftlich kundtut.<sup>196</sup> Insgesamt bemühte sich der EuGH um eine Vermittlung zwischen dem – auch von der Dublin-III-Verordnung anerkannten – Wunsch nach Herstellung der Familieneinheit und der Vermeidung unerwünschter Sekundärmigration.

Am selben Tag erging ein Urteil der Grossen Kammer<sup>197</sup> zu Art. 27 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung, wonach der Antragsteller ein Recht auf ein wirksames Rechtsmittel gegen eine Überstellungsentscheidung in Form einer auf Sach- und Rechtsfragen gerichteten Überprüfung durch ein Gericht hat. Im Anlassfall ging es um einen in Griechenland aufhältigen unbegleiteten Minderjährigen aus Ägypten, der mit seinem in den Niederlanden befindlichen Onkel zusammengeführt werden wollte.<sup>198</sup> Im Rahmen einer Auslegung der sekundärrechtlichen Vorschrift im Lichte von Art. 7, 24 und 47 GRC kam die Grosse Kammer zum Ergebnis, dass der Mitgliedstaat, an den ein auf Art. 8 Abs. 2 der Dublin-III-Verordnung gestütztes Aufnahmesuch gerichtet wurde, dem internationalen Schutz begehrenden unbegleiteten Minderjährigen ein Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen seine ablehnende Entscheidung einräumen muss, nicht aber dem Verwandten dieses Minderjährigen.<sup>199</sup>

Schliesslich entschied die Grosse Kammer am 8. November 2022<sup>200</sup> in einem Fall, der nicht nur Art. 28 Abs. 4 der Dublin-III-Verordnung, sondern den – für das bilaterale Verhältnis Schweiz–EU ebenso relevanten – Art. 15 Abs. 2 und 3 der

194 Vgl. *ibid.*, Rn. 19–26.

195 Vgl. *ibid.*, Rn. 32, 34, 45.

196 Vgl. *ibid.*, Rn. 39 f.

197 EuGH, Rs. C-19/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Refus de prise en charge d'un mineur égyptien non accompagné)*, EU:C:2022:605.

198 Vgl. *ibid.*, Rn. 14.

199 Vgl. *ibid.*, Rn. 55.

200 EuGH, verb. Rs. C-704/20 und C-39/21, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Von Amts wegen erfolgende Prüfung der Haft)*, EU:C:2022:858.

Rückführungsrichtlinie<sup>201</sup> betraf.<sup>202</sup> Der Sache nach ging es um die Kognitionsbefugnis der zur Haftüberprüfung zuständigen nationalen Gerichte. Die Grosse Kammer betonte, dass es sich bei einer Inhaftierung um einen schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Freiheit handelt, der auf ein Minimum zu beschränkt ist. Liegen die Haftvoraussetzungen nicht oder nicht mehr vor, ist die betreffende Person unverzüglich freizulassen.<sup>203</sup> Aus dem im Sekundärrecht normierten Erfordernis, dass eine Überprüfung der Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit der Haft «in angemessenen Zeitabständen» stattfinden müsse, leitete die Grosse Kammer (einmal mehr i.V.m. Art. 6 und 47 GRC) die Pflicht der zuständigen Behörde ab, die Überprüfung von Amts wegen vorzunehmen, selbst wenn die betreffende Person diese nicht beantragt hat.<sup>204</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass – unabhängig von Rahmen und Schranken des nationalen Verfahrensrechts – die zuständige Behörde bei ihrer Kontrolle, ob die sich aus dem Unionsrecht ergebenden Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit der Inhaftnahme eines:r Drittstaatsangehörigen beachtet wurden, anhand der ihr zur Kenntnis gebrachten Umstände des Falles, wie sie im bei ihr anhängigen kontradiktorischen Verfahren ergänzt oder aufgeklärt wurden, von Amts wegen zu prüfen hat, ob eine Rechtmässigkeitsvoraussetzung missachtet wurde, auf die sich die betroffene Person nicht berufen hat.<sup>205</sup>

Zumindest erwähnt sei noch ein Urteil vom 10. März 2022, in dem der EuGH sich (u.a.) zu Art. 16 der Rückführungsrichtlinie, demzufolge die Inhaftierung in «speziellen Haftenrichtungen» erfolgen müsse, äusserte. Dem EuGH zufolge schliesst diese Vorschrift nicht aus, Personen in räumlicher Nahebeziehung zu einer Justizvollzugsanstalt in Abschiebehaft zu halten, sofern die Bedingungen der Unterbringung (betreffend Ausstattung der Räumlichkeiten, Regelungen über die Haftbedingungen, Qualifikation und Aufgaben des Personals) so weit wie möglich verhindern, dass die Unterbringung einer Inhaftierung in einer Gefängnisumgebung gleichkommt.<sup>206</sup>

201 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. 2008 L 348, 98 ff.

202 Der ebenso angesprochene Art. 9 der Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABl. 2013 L 180, 96 ff., wird hier nicht weiter verfolgt, da er im bilateralen Verhältnis EU–Schweiz nicht als solcher anwendbar ist. Vgl. aber etwa den ausdrücklichen Verweis in Art. 28 Abs. 4 Dublin-III-Verordnung sowie zur Relevanz für die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen PIRAS, supra Fn. 2, 417, Fn. 9; CHRISTA TOBLER, «Homogenität im Rechtsbestand der Schengen- und Dublin-Abkommen: Übernimmt die Schweiz im Assoziationsrahmen nicht notifiziertes Asyl- und Datenschutzrecht der EU?», 27 *Swiss Rev. of Int'l. & Eur. Law* (2017), 211–226, 218.

203 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-704/20 und C-39/21, supra Fn. 200, Rn. 79.

204 Vgl. *ibid.*, Rn. 85.

205 Vgl. *ibid.*, Rn. 94.

206 EuGH, Rs. C-519/20, *K v. Landkreis Gifhorn*, EU:C:2022:178, Rn. 54, 57.

Zuletzt soll noch auf einen Beschluss des Gerichts hingewiesen werden, mit dem am 7. April 2022 die Untätigkeitsklage (Art. 265 AEUV) zweier NGOs gegen die Europäische Grenz- und Küstenwache (Frontex) für unzulässig erklärt wurde.<sup>207</sup> Dabei ging es um Vorwürfe, dass sich Frontex beim Schutz der EU-Aussengrenzen selbst Menschenrechtsverletzungen schuldig mache oder zumindest zu wenig gegen Menschenrechtsverletzungen durch die mitgliedstaatlichen Behörden vorgehe.<sup>208</sup> In diesem Zusammenhang hatten die besagten NGOs von Frontex verlangt, auf Grundlage von Art. 46 Abs. 4 der Frontex-Verordnung<sup>209</sup> ihre Tätigkeit in der Ägäis zu suspendieren oder zu beenden. Frontex hatte daraufhin versichert, die entsprechenden Aktivitäten würden in Übereinstimmung mit menschenrechtlichen Vorgaben vorgenommen, so dass kein Anlass zu einem solchen Schritt bestünde.<sup>210</sup> Das Gericht trat gar nicht in eine inhaltliche Prüfung ein, sondern stellte fest, dass keine Untätigkeit seitens Frontex vorläge, da es erläutert habe, weshalb es im konkreten Fall keinen Handlungsbedarf sehe und damit i.S.d. Art. 265 Abs. 2 AEUV Stellung genommen hätte.<sup>211</sup>

#### 4. Weitere relevante Rechtsprechung

##### a) Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA)

Die Nichtaufdatierung des MRA<sup>212</sup> beschäftigte im Berichtszeitraum auch den EuGH. *Ateos medical AG* und weitere Kläger hatten 2022 Nichtigkeitsklage gegen einen Beschluss der Kommission erhoben, demzufolge die Benennung der Schweizerischen Vereinigung für Qualitäts- und Management Systeme (SQS) als Konformitätsbewertungsstelle gem. Richtlinie 93/42/EWG<sup>213</sup> zum 28. September 2021 ausgelaufen sei. Hintergrund des Rechtsstreits war die Bekanntgabe seitens der Kommission, dass mit dem Inkrafttreten der EU-Medizinprodukte-Verordnung 2017/745<sup>214</sup> am 26. Mai 2021 und angesichts der fehlenden Anpassung von Kapitel 4 des Anhangs 1 zum MRA keine gegenseitige Anerkennung von Medizinprodukten

207 EuG, Rs. T-282/21, *SS und ST v. Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache*, EU:T:2022:235; vgl. dazu bereits HAGUENAU-MOIZARD, supra Fn. 2, 384.

208 Vgl. supra I.C.3.

209 Vgl. supra Fn. 72.

210 Vgl. EuG, Rs. T-282/21, supra Fn. 207, Rn. 3, 25 f.

211 Vgl. *ibid.*, Rn. 31.

212 Vgl. supra I.C.1.

213 Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte, ABl. 1993 L 169, 1 ff.

214 Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates, ABl. 2017 L 117, 1.

auf Grundlage des MRA mehr erfolge. Mit 28. September 2021 strich die Kommission SQS aus der NANDO (*New Approach Notified and Designated Organisations*)-Datenbank.

Das in dieser Angelegenheit angerufene Gericht wies die Nichtigkeitsklage als offensichtlich unzulässig zurück.<sup>215</sup> Als Begründung führte es an, die Kommission verfüge beim Führen der NANDO-Datenbank über kein Ermessen, sondern gebe lediglich den Status als Konformitätsbewertungsstelle wieder, wie er sich aus der Richtlinie 93/42/EWG und der EU-Medizinprodukteverordnung (bzw. deren In- und Ausserkrafttreten) ergebe.<sup>216</sup> Da die Richtlinie 93/42/EWG kraft Art. 122 der EU-Medizinprodukteverordnung ausser Kraft getreten und keine Aktualisierung von Kapitel 4 des Anhangs 1 zum MRA erfolgt sei, stelle der Verlust des Status als Konformitätsbewertungsstelle eine unmittelbare Konsequenz dieser Vorgänge und nicht eine Folge des angefochtenen Kommissionshandelns dar.<sup>217</sup>

#### b) Mitgliedschaft in TERRE

Am 25. Februar 2021 hatte Swissgrid Nichtigkeitsklage gegen einen Beschluss der Kommission eingereicht.<sup>218</sup> Demzufolge ist Swissgrid nicht qualifiziert, an europäischen Plattformen für den Austausch von Standardprodukten für Regalarbeit teilzunehmen, die der Sicherung der Netzstabilität dienen, sodass ihm die Mitgliedschaft im *Trans European Replacement Reserves Exchange* (TERRE), dem Transeuropäischen Austausch von Ersatzreserven, verwehrt war.

Swissgrid berief sich darauf, dass sich auch die anderen europäischen Elektrizitätsnetzbetreiber-gesellschaften, die im *European Network of Transmission System Operations for Electricity* (ENTSO-E) organisiert sind, und die *Agency for the Cooperation of Energy Regulators* (ACER) für die Mitgliedschaft von Swissgrid ausgesprochen hätten.<sup>219</sup> Das Gericht entschied aber, dass das verfahrensgegenständliche Schreiben der Kommission vom 17. Dezember 2020 keinen Beschluss darstelle, der mit Nichtigkeitsklage i.S.d. Art. 263 Abs. 4 AEUV angefochten werden könnte, insb. da Swissgrid aus den einschlägigen Rechtsvorschriften kein Beteiligungsrecht ableiten könnte, und erklärte die Klage daher für unzulässig.<sup>220</sup> Swissgrid hat gegen dieses Urteil Rechtsmittel vor dem Gerichtshof ergriffen.<sup>221</sup>

215 EuG, Rs. T-764/21, *Atesos medical AG u.a.*, EU:T:2023:292.

216 Ibid., Rn. 46, 50.

217 Ibid., Rn. 56.

218 EuG, Rs. T-127/21, *Swissgrid*, EU:T:2022:868.

219 Vgl. *ibid.*, Rn. 4 f., 8.

220 Vgl. *ibid.*, Rn. 31.

221 EuGH, Rs. C-121/23 P, *Swissgrid*, ABl. 2023 C 127, 29 ff.

c) Beteiligung der Schweiz an Verfahren vor dem EuGH

Hinzuweisen ist auch auf Fälle, in denen die Schweiz von ihrem nach verschiedenen Abkommen i.V.m. Art. 23 EuGH-Satzung<sup>222</sup> eingeräumten Recht Gebrauch gemacht hat, sich an Verfahren vor dem EuGH zu beteiligen. Dies war etwa der Fall in einem Vorabentscheidungsverfahren<sup>223</sup> betreffend das Lugano-II-Übereinkommen.<sup>224</sup> Grund dafür war wohl, dass eine der Verfahrensparteien des Ausgangsverfahrens, nämlich die Unilever Supply Chain Company AG, ihren Sitz in der Schweiz hat.<sup>225</sup> Zu nennen ist in diesem Zusammenhang darüber hinaus ein Vorabentscheidungsersuchen<sup>226</sup> in Bezug auf die Dublin-III-Verordnung.

B. Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs

Während das Jahr 2021 für den EFTA-Gerichtshof ein sehr produktives Jahr war, fiel die Rechtsprechungstätigkeit im Berichtszeitraum vergleichsweise moderat aus.<sup>227</sup> Konkret fällte der Gerichtshof 2022 neun Entscheidungen.

Vier davon betrafen Vertragsverletzungsverfahren gegen Island.<sup>228</sup> Dabei ging es um den Vorwurf der Nichtumsetzung einer Reihe von EWR-relevanten Rechtsakten betreffend Märkte für Finanzinstrumente und die Aufsicht von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen sowie betreffend Hygienevorschriften für nicht für den menschlichen Verzehr bestimmte tierische Nebenprodukte. Der EFTA-Gerichtshof stellte in allen Fällen eine Vertragsverletzung seitens Islands fest.

Zwei Urteile wurden in Rechtsmittelverfahren gegen Beschlüsse der EFTA-Überwachungsbehörde gefällt. Dabei sticht das Urteil vom 5. Mai 2022<sup>229</sup> besonders heraus, da der Gerichtshof hier über eine in dieser Höhe noch nie verhängte Geldbusse (insgesamt ca. EUR 112 Mio.) entscheiden musste, die die EFTA-Überwachungsbehörde gegen Telenor, den führenden Festnetz- und Mobilfunkbetreiber in Norwegen, wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verhängt hatte.

222 Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, Protokoll Nr. 3 zu den Verträgen, ABl. 2012 C 326, 210 ff.

223 EuGH, Rs. C-358/21, *Tilman SA v. Unilever Supply Chain*, EU:C:2022:923.

224 Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), SR 0.275.12. Zum Beteiligungsrecht der Schweiz vgl. Art. 2 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den ständigen Ausschuss.

225 EuGH, Rs. C-358/21, *Tilman SA v. Unilever Supply Chain*, EU:C:2022:923, Rn. 2.

226 EuGH, Rs. C-19/21, *Staatsecretaris van Justitie en Veiligheid (Refus de prise en charge d'un mineur égyptien non accompagné)*, EU:C:2022:605.

227 Vgl. dazu und zum Folgenden JUDITH SILD, «Die Rechtsprechung des EFTA-GH im Jahr 2021 und 2022», 44 Liechtensteinische Juristen-Zeitung (2023), 44–68.

228 EFTA-Gerichtshof, *EFTA-Überwachungsbehörde v. Island*, Rs. E-3/22; Rs. E-6/22; Rs. E-7/22; Rs. E-8/22.

229 EFTA-Gerichtshof, *Telenor ASA und Telenor Norge AS*, Rs. E-12/20.

Im Ergebnis bestätigte der EFTA-Gerichtshof den Beschluss der EFTA-Überwachungsbehörde vollumfänglich. Interessant ist, wie der Gerichtshof den relevanten Prüfmasstab definierte. Er wies darauf hin, dass der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nicht erfordere, dass der Gerichtshof von Amts wegen eine neue und umfassende Prüfung des Falls vornehme; vielmehr dürfe er die Beurteilung der EFTA-Überwachungsbehörde nicht durch seine eigene ersetzen.<sup>230</sup> Zusätzlich beschränkte der Gerichtshof seine Kontrolldichte bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten.<sup>231</sup> Daraus sollte man aber nicht ableiten, dass der EFTA-Gerichtshof seine Kontrolle auf offensichtliche Beurteilungsfehler der EFTA-Überwachungsbehörde beschränkt, sondern er nimmt grundsätzlich (darin auch angelehnt an die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht) eine umfassende Würdigung des Falles vor.<sup>232</sup>

Nur wenige Wochen später, am 1. Juni 2022, entschied der EFTA-Gerichtshof als Rechtsmittelgericht in einem beihilfenrechtlichen Fall.<sup>233</sup> *Sýn* ist ein isländisches Kommunikations- und Medienunternehmen, das seit 2017 Pläne für den Bau eines dritten Unterseekabels zwischen Island und dem Kontinent verfolgte. Island gab den Zuschlag jedoch an das 2019 vom isländischen Staat übernommene Unternehmen *Farice*, das die beiden bereits bestehenden Unterseekabel betreibt. Die EFTA-Überwachungsbehörde entschied, kein förmliches Prüfverfahren einzuleiten. Dagegen erhob *Sýn* Nichtigkeitsklage, und der EFTA-Gerichtshof folgte den darin artikulierten rechtlichen Bedenken, da die zum Zeitpunkt der Entscheidung vorliegenden Informationen objektiv Zweifel an der Vereinbarkeit der Massnahme mit dem Funktionieren des EWR-Abkommens hätten aufkommen lassen müssen und daher ein Prüfverfahren einzuleiten gewesen wäre. Der EFTA-Gerichtshof erklärte den Beschluss der EFTA-Überwachungsbehörde sohin für nichtig.

Die drei verbleibenden Urteile ergingen im Rahmen von Gutachtenverfahren. In einem Urteil vom 1. Juni 2022<sup>234</sup> ging es um die Frage der Verletzung der Niederlassungsfreiheit aufgrund von differenzierenden Regelungen in Bezug auf steuerliche Begünstigungen. Die einschlägigen nationalen Vorschriften ermöglichten bloss norwegischen Unternehmen, die sich mit ebenfalls in Norwegen ansässigen Unternehmen in einem Konzern befinden, die Konzernbeitragsregelungen voll zu ihren Gunsten nützen zu können. Der EFTA-Gerichtshof stellte diesbezüglich eine Ungleichbehandlung fest, für die es keine sachliche Rechtfertigung gebe. Zwar sei Norwegen zuzugestehen, dass die Verhinderung von Steuerumgehung einen Recht-

230 Vgl. *ibid.*, Rn. 80; vgl. dazu und zum Folgenden weiterführend WERNER SCHROEDER & JUDITH SILD, «Kontrolldichte im EU-Beihilferecht», 25 Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (2014), 12–17.

231 Vgl. EFTA-Gerichtshof, *supra* Fn. 229, Rn. 81.

232 Vgl. SILD, *supra* Fn. 227, 61.

233 EFTA-Gerichtshof, *Sýn hf.*, E-4/21.

234 EFTA-Gerichtshof, *PRA Group Europe AS/Norwegen*, E-3/21.

fertigungsgrund darstelle. Das nationale Recht müsste den betroffenen Unternehmen aber die Möglichkeit geben, zu beweisen, dass die fraglichen Transaktionen nicht der Steuerhinterziehung dienten, was in diesem Fall aber nicht möglich war.<sup>235</sup>

Dazu kamen zwei Entscheidungen zur Sozialversicherungsrechts-Koordinierungsverordnung<sup>236</sup>, die auch im bilateralen Verhältnis Schweiz–EU relevant ist.<sup>237</sup> In einem Urteil vom 28. Juli 2022<sup>238</sup> ging es um die Berechnung von Mutterschaftsleistungen in Island, wobei nur das in Island erzielte Einkommen, nicht aber jenes aufgrund einer früheren Vollzeitbeschäftigung in Dänemark berücksichtigt wurde. Der EFTA-Gerichtshof entschied diesbezüglich, dass bei der Berechnung der Leistungshöhe für die Zeiträume, die in einem anderen EWR-Staat zurückgelegt wurden, ein fiktives Einkommen herangezogen werden müsse, das jenem entspricht, das eine der Betroffenen vergleichbare Person mit der gleichen Berufserfahrung und Qualifikation im Inland beziehen würde.<sup>239</sup> Nur einen Tag später entschied der EFTA-Gerichtshof in einem norwegischen Fall.<sup>240</sup> Frau A. hatte Übergangsgeld für die Deckung der Lebenshaltungskosten für sich und ihr Kind beantragt. Dieser Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, sie hätten von den mindestens drei Jahren, die man sich dafür im norwegischen Sozialversicherungssystem befinden müsste, erst zwei Jahre zurückgelegt. Dem EFTA-Gerichtshof zufolge soll das fragliche Übergangsgeld zur Deckung von Familienlasten beitragen und müsse daher – entgegen der Auffassung der norwegischen Behörden – als Familienleistung i.S.d. Sozialversicherungsrechts-Koordinierungsverordnung angesehen werden, womit auch die Bestimmungen zur Zusammenrechnung von Versicherungszeiten anwendbar und damit Versicherungszeiten in anderen EWR-Staaten zu berücksichtigen seien. Darin manifestiert sich einmal mehr die freizügigkeitsfreundliche Judikatur des EFTA-Gerichtshofes.<sup>241</sup>

Erwähnung in Zusammenhang mit dem EWR verdient darüber hinaus die wachsende Bedeutung der EU-Agenturen angesichts der vermehrten Auslagerung hoheitlicher, beratender und analysierender Tätigkeiten auf spezialisierte EU-Behörden.<sup>242</sup> Das betrifft auch die EFTA-Überwachungsbehörde, die dem durch verbes-

235 Vgl. *ibid.*, Rn. 40 ff.

236 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 L 166, 1 ff.

237 Vgl. hierzu typische Konstellationen im Zusammenhang mit internationalen Mitarbeitenden hinsichtlich anwendbaren Sozialversicherungsrechts CHRISTOPH NIEDERER, «Internationale Mitarbeitende: Steuern und Sozialversicherung», 97 Expert Focus (2023), 38–42.

238 EFTA-Gerichtshof, *Anna Bryndís Einardsdóttir v. Isländisches Finanzministerium*, E-5/21.

239 Vgl. *ibid.*, Rn. 33, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-257/10, *Försäkringskassan v. Bergström*, EU:C:2011:839, Rn. 52.

240 EFTA-Gerichtshof, *A v. Norwegen*, E-2/22.

241 Vgl. SILD, *supra* Fn. 227, 63 f.

242 Vgl. *ibid.*, 65.

serte Vernetzung und Kooperation zu begegnen versucht.<sup>243</sup> Damit ist die – auch für die Schweiz hochrelevante – Frage aufgeworfen, in welchem Umfang für einen Drittstaat eine Beteiligung an der Arbeit der EU-Agenturen möglich ist.<sup>244</sup>

### C. Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts

Dieses Kapitel soll einen Überblick über die Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts (BGer) und Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) in Zusammenhang mit dem FZA, der Schengen-/Dublin-Assoziierung und dem LuftVA verschaffen. Abgedeckt wird dabei der Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis Ende Dezember 2022. Das Ziel ist nicht die Vollständigkeit, der Artikel beschränkt sich vielmehr auf die Darlegung der nach unserer Ansicht bedeutendsten Entscheide.

#### 1. Freizügigkeitsabkommen (FZA)

##### a) Anwendbarkeit des FZA

Um die Rechte aus dem Freizügigkeitsabkommen geltend zu machen, muss der Anwendungsbereich des FZA eröffnet sein, was in persönlicher Hinsicht voraussetzt, dass die Betroffenen die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzen bzw. Unionsbürger:innen sind. Dabei verlangt das BVGer nicht, dass Unionsbürger:innen vom Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, d.h. aus einem anderen Vertragsstaat in die Schweiz eingereist sind. Diese Rechtsprechung bestätigte das BVGer auch im Berichtszeitraum im Fall einer Staatsangehörigen von Kap Verde. Sie erlangte die portugiesische Staatsbürgerschaft während ihres Aufenthalts in der Schweiz und konnte sich im Anschluss für die Familienzusammenführung mit zwei ihrer Kinder auf das FZA stützen.<sup>245</sup>

Ist die Voraussetzung der Unionsbürgerschaft erfüllt, ergibt sich die Aufenthaltsberechtigung EU/EFTA in der Schweiz direkt aus dem FZA, d.h., die Aufenthaltsberechtigung besteht unabhängig vom Vorliegen einer Bewilligung, welcher lediglich eine deklaratorische Wirkung zukommt.<sup>246</sup> Mit dieser Begründung entschied das BGer zugunsten einer französischen Staatsangehörigen. Die Vorinstanz hatte sie

<sup>243</sup> Vgl. EFTA Surveillance Authority, «Annual Report 2022», Mai 2023, <[www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/ESA%20annual%20report%202022.pdf](http://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/ESA%20annual%20report%202022.pdf)>, 5, 16, 20.

<sup>244</sup> Dazu jüngst MERIJN CHAMON, «Switzerland's Structural Participation in EU Agencies», in: M. Marrescau & C. Tobler (Hg.), *Switzerland and the EU – A Challenging Relationship*, Leiden 2023, 165–191.

<sup>245</sup> BVGer F-1509/2021 (18. Juli 2022), E. 7.1.

<sup>246</sup> ASTRID EPINEY & SOPHIA ROVELLI, «Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen», in A. Epiney et al. (Hg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2021/2022*, Zürich/Genf/Bern 2022, 289.

wegen illegalen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG) und weiterer Delikte verurteilt. Obwohl die Betroffene es versäumt hatte, eine Erneuerung ihrer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu beantragen, hätte die Vorinstanz prüfen müssen, ob ihr allenfalls ein Aufenthaltsrecht gem. FZA zuzusprechen sei.<sup>247</sup>

Darüber hinaus befassten sich das BVGer sowie das BGer mit der Frage, inwiefern das FZA auf britische Staatsangehörige Anwendung findet. Die Schweiz und das Vereinigte Königreich kamen überein, dass das FZA aufgrund des Brexits ab dem 1. Januar 2021 zwischen den beiden Staaten nicht mehr angewendet wird. In Übereinstimmung mit Art. 23 FZA haben die beiden Staaten zur Sicherung der bis zum Stichtag aus dem FZA erworbenen Ansprüche der betroffenen Schweizer:innen und Brit:innen ein Abkommen (FZA CH–GB)<sup>248</sup> geschlossen.<sup>249</sup> Das BVGer<sup>250</sup> und das BGer<sup>251</sup> prüften in jeweils einem Fall, ob die Voraussetzungen gem. FZA CH–GB erfüllt waren, d.h., ob die betroffenen britischen Staatsangehörigen, die in beiden Fällen vor dem 1. Januar 2021 in die Schweiz eingereist waren, aus dem FZA erworbene Ansprüche hatten.

Der Fall vor dem BVGer<sup>252</sup> betraf das Familiennachzugsgesuch einer britischen Staatsbürgerin, die (vor Gesuchstellung) in der Schweiz eingebürgert worden war. Laut BVGer können sich auch EU-Schweizer-Doppelbürger:innen auf das FZA berufen, sofern sie von ihrem FZA-Recht einmal Gebrauch gemacht haben. Die Beschwerdeführerin sei als britische Staatsangehörige in die Schweiz eingereist und dort einer privatrechtlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen, womit sie von ihrem FZA-Recht Gebrauch gemacht habe und sich weiterhin in der Schweiz befinde. Das Familiennachzugsgesuch stellte die Beschwerdeführerin zusammen mit ihrem Ehemann nach ihrer Einbürgerung in der Schweiz 2018. Zu diesem Zeitpunkt war das Vereinigte Königreich noch Vertragsstaat des FZA. Das FZA gelte auch weiterhin für Familiennachzugsgesuche, die bis zum 31. Dezember 2020 gestellt wurden.<sup>253</sup> Die Einbürgerung hindere die Beschwerdeführerin in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>254</sup> nicht daran, sich weiterhin auf das FZA zu berufen.<sup>255</sup>

Im vom BGer im August 2022 entschiedenen Fall ging es um die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung eines britischen Staatsangehörigen sowie dessen Ehefrau

247 BGer 6B\_508/2021 (14. Januar 2022).

248 Abkommen vom 25. Februar 2019 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens, SR 0.142.113.672.

249 Siehe auch supra I. . .

250 BVGer F-4188/2020 (10. Juni 2022).

251 BGer 2C\_114/2022 (2. August 2022).

252 BVGer F-4188/2020 (10. Juni 2022).

253 Ibid., E. 5.2 f.

254 BGE 135 II 369, E. 2; BGE 143 II 57, E. 3.8.2.

255 BVGer F-4188/2020 (10. Juni 2022), E. 5.2 f.

und Kind, welche durch das zuständige Migrationsamt verweigert wurde. Das BGer kam zum Schluss, dass der Beschwerdeführer zwar ursprünglich ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz als Arbeitnehmer hatte, dieses jedoch bereits vor dem Stichtag wieder erloschen ist. Folglich könne er sich auch nicht gem. FZA CH–GB auf aus dem FZA erworbene Rechte berufen.<sup>256</sup>

b) Arbeitnehmerfreizügigkeit

i) *Arbeitnehmereigenschaft und Verbleiberechte*

Diverse Bestimmungen des FZA setzen die Arbeitnehmereigenschaft voraus und gewähren Arbeitnehmenden bestimmte Rechte, wobei hinsichtlich des Vorliegens dieser Eigenschaft weitgehend an das Unionsrecht angeknüpft wird. Die Arbeitnehmereigenschaft ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH<sup>257</sup> weit auszulegen. Massgeblich ist die Ausübung einer quantitativ wie qualitativ echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit, wobei die Aktivität nicht rein marginal und akzessorisch sein darf. Die Beurteilung muss nach objektiven Kriterien erfolgen und in einer Gesamtbewertung allen Umständen, die mit der Aktivität in Verbindung stehen, Rechnung tragen. Ist diese Eigenschaft erfüllt und liegt ein Arbeitsvertrag von mindestens einem Jahr vor, wird eine Aufenthaltserlaubnis in der Schweiz von mindestens fünf Jahren ausgestellt (Art. 4 FZA i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA).

Besonders mit der strittigen Frage, ob eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, setzte sich die Schweizer Rechtsprechung im Berichtszeitraum vielfach auseinander. So wurde im Juli 2022 einer rumänischen Staatsangehörigen, welche verschiedenen Tätigkeiten auf Abruf für einen Monatslohn von 368 bis 967 CHF nachging, die Arbeitnehmereigenschaft abgesprochen.<sup>258</sup>

Bei einem britischen Staatsangehörigen<sup>259</sup> war die Voraussetzung der echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit massgeblich für die Frage, ob er nach Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung (infolge der freiwilligen Beendigung seines ursprünglichen Arbeitsverhältnisses) durch die Aufnahme einer neuen wirtschaftlichen Tätigkeit die Arbeitnehmereigenschaft wiedererlangte. Das BGer qualifizierte die monatliche Vergütung des Beschwerdeführers (zwischen 1370 CHF und 1780 CHF) auf Grundlage eines unbefristeten Arbeitsvertrags auf Stundenlohnbasis – mit unregelmässigen Arbeitszeiten – als nicht ausreichend. Der geringe Verdienst, das niedrige Arbeitspensum (107 Stunden im September 2020, 78 Stunden

256 BGer 2C\_114/2022 (2. August 2022), E. 3 und 7.3.

257 Vgl. aus der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff u.a. EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin*, EU:C:1992:87, Rn. 12 ff.; EuGH, Rs. C-432/14, *O v. Bio Philippe Auguste SARL*, EU:C:2015:643, Rn. 22 ff.

258 BGer 2C\_469/2022 (25. Juli 2022), E. 5.2.3.

259 Vgl. BGer 2C\_114/2022 (2. August 2022), E. 7.2.1 f.

im Oktober 2020, 76 Stunden im November 2020) sowie die unsicheren Anstellungsbedingungen sprächen gegen eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit.<sup>260</sup> Zudem war strittig, ob die Arbeitnehmereigenschaft wieder auflebte, als der Beschwerdeführer abermals eine neue – diesmal lukrativere – wirtschaftliche Tätigkeit im März 2021 antrat, also nach dem massgeblichen Stichtag (1. Januar 2021) für britische Staatsangehörige, die ihr Recht auf Aufenthalt in der Schweiz nach dem FZA ausgeübt haben und sich auch weiterhin dort aufhalten.<sup>261</sup> Das BGer verneinte die Anwendbarkeit des FZA, weil die Arbeitnehmereigenschaft aufgrund der Verhältnisse vor dem 1. Januar 2021 ohnehin nicht wieder aufleben könne.<sup>262</sup>

In einem weiteren Fall entschied das BGer im August 2022, dass die wirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin bloss marginal sei. Dies betraf eine portugiesische Staatsangehörige, die mittels Familiennachzug in die Schweiz eingereist war und nach der Scheidung von ihrem Ex-Ehegatten verschiedenen Beschäftigungen nachging. Das BGer stützte seine Entscheidung u.a. auf die kurzzeitige Dauer (nur einige Wochen) der diversen Anstellungen der Beschwerdeführerin. Ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten hätten nie die Dauer eines kompletten Jahres erreicht. Ausserdem sei ihr erzielt Einkommen sehr gering. Im Juni 2019 betrug es z.B. lediglich 343 CHF (als Haushälterin und Babysitterin), und im Oktober 2020 hatte sie nur ein monatliches Einkommen von insgesamt 400 CHF. Im Übrigen liesse sich aus der Gesamtheit der ausgeübten Tätigkeiten schliessen, dass diese es der Beschwerdeführerin nicht erlaubten, ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.<sup>263</sup>

In einem anderen Entscheid vom August 2022 qualifizierte das BGer wirtschaftliche Aktivitäten eines deutschen Staatsangehörigen ebenfalls als marginal. Das BGer kam zum Schluss, dass weder zu Beginn seines Aufenthalts im März 2018 noch zu einem späteren Zeitpunkt die Arbeitnehmereigenschaft vorlag. Dies folge aus einer Gesamtbetrachtung. Massgeblich seien der niedrige Lohn (5945 CHF im Jahr 2018 und 2134 CHF im Jahr 2020), die jeweils kurze Dauer und Unregelmässigkeit der verschiedenen Tätigkeiten (im Jahr 2018 lediglich einzelne Tage und im Jahr 2020 knapp drei Monate mit einem Pensum von 30%) sowie der Bezug von Sozialhilfe. Dies bedeute jedoch nicht, dass die ursprüngliche Aufenthaltsbewilligung dem Unionsbürger fälschlicherweise erteilt worden war. Vielmehr bewirke diese Feststellung, dass die Aufenthaltsbewilligung entzogen werden dürfe, zumal keine ernsthaften Aussichten mehr bestünden, dass der Beschwerdeführer in absehbarer Zeit eine Anstellung findet.<sup>264</sup>

Ausserdem entschied das BGer, dass die Arbeitnehmereigenschaft eines deutschen Staatsbürgers, der seit seiner Entlassung im Jahr 2008 mit Ausnahme kurzer

260 Ibid.

261 Ibid., E. 3.1.

262 Ibid., E. 7.2.4.

263 BGer 2C\_485/2022 (19. August 2022), E. 6.3.1.

264 BGer 2C\_945/2021 (11. August 2022), E. 6.4.

Arbeitseinsätze keine neue Stelle mehr fand, zwischenzeitlich erloschen sei. Von besonderer Relevanz war in diesem Fall, dass sich der Beschwerdeführer fast ausschliesslich auf Inserate mit hohem Anforderungsprofil beworben hatte und eine mögliche Anstellung an seinen hohen Lohnforderungen scheitern liess.<sup>265</sup>

Das BVGer kam zum Schluss, dass bei einem Arbeitspensum von durchschnittlich zwölf Stunden pro Woche, welches zu einem Lohn von 668 bis 967 CHF pro Monat führte, nicht von einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgegangen werden könne. Insb. war die Beschwerdeführerin zusätzlich auf Sozialhilfe angewiesen.<sup>266</sup>

Über das Aufenthaltsrecht einer französischen Staatsangehörigen, die verschiedenen unselbstständigen und selbstständigen Teilzeiterwerbstätigkeiten als Tanzlehrerin in der Schweiz nachging, entschied das BVGer im Dezember 2022.<sup>267</sup> Die Bewilligungsvoraussetzungen für die beiden Erwerbsarten wurden separat geprüft.<sup>268</sup> Hinsichtlich der unselbstständigen Tätigkeit stellte das BVGer fest, dass es sich aufgrund des niedrigen Pensums (sechs bis sieben Stunden pro Woche) nur um eine marginale und akzessorische Tätigkeit handle und die Arbeitnehmereigenschaft daher nicht gegeben sei.<sup>269</sup>

In mehreren Urteilen im Berichtszeitraum ging es um den etwaigen Verlust des Aufenthaltsrechtes nach unfreiwilliger Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Im Gegensatz zur freiwilligen Beendigung verliert ein:e Vertragsausländer:in bei unfreiwilliger Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmerstatus und das Aufenthaltsrecht nicht unmittelbar.<sup>270</sup> Endet das Arbeitsverhältnis unfreiwillig nach den ersten zwölf Monaten des Aufenthalts, endet das Aufenthaltsrecht von EU- oder EFTA-Staatsangehörigen mit einer Aufenthaltsbewilligung sechs Monate nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Wenn nach Ablauf dieser Sechsmonatsfrist weiterhin Arbeitslosengeld gezahlt wird, endet das Aufenthaltsrecht sechs Monate nach Ablauf der Zahlung des Arbeitslosengeldes.

Dies gilt nicht für Personen, deren Arbeitsverhältnis aufgrund einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, Unfall oder Invalidität endet, oder für Personen, die sich auf ein Verbleiberecht nach dem FZA berufen können.<sup>271</sup> Von besonderer Bedeutung sind Verbleiberechte nach Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA i.V.m.

265 BGer 2C\_389/2022 (23. September 2022), E. 5.3.

266 BVGer F-2790/2020 (4. Oktober 2022), E. 5.3.4 f.

267 BVGer F-1746/2021 (2. Dezember 2022).

268 Zur selbstständigen Tätigkeit, siehe infra . . .

269 BVGer F-1746/2021 (2. Dezember 2022), E. 5.3.

270 Diesen Status kann er oder sie verlieren, wenn er oder sie (1) freiwillig arbeitslos geworden ist oder (2) aufgrund seines bzw. ihres Verhaltens feststeht, dass keinerlei ernsthaftige Aussichten (mehr) bestehen, dass er oder sie in absehbarer Zeit eine andere Arbeit finden wird, oder (3) sein bzw. ihr Verhalten gesamthaft als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss. Vgl. BGer 2C\_114/2022 (2. August 2022), E. 4.4 mit Hinweisen.

271 BGer 2C\_625/2022 (4. Oktober 2022), E. 4.3. f.

Art. 2 Abs. 1 lit. a, b, S. 1 Verordnung (EWG) Nr. 1251/70<sup>272</sup>. Ein Verbleiberecht haben demzufolge Arbeitnehmende, die im Aufnahmestaat das Pensionsalter erreichen, nachdem sie mindestens drei Jahre im Aufnahmestaat gelebt haben und während der letzten zwölf Monate ununterbrochen erwerbstätig waren, sowie Arbeitnehmende, die im Zuge «dauernder Arbeitsunfähigkeit» ihre Beschäftigung aufgegeben haben, soweit sie sich seit mindestens zwei Jahren ständig im Aufnahmestaat aufgehalten haben. Diese Mindestaufenthaltsdauer wird im Falle eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit, aufgrund derer ein Rentenanspruch entstanden ist, nicht vorausgesetzt.<sup>273</sup>

In einem Urteil vom Januar 2022<sup>274</sup> war das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft in den letzten zwölf Monaten vor der Pensionierung strittig. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) verneinte den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Aufenthaltsanspruch mangels Arbeitnehmereigenschaft vor der Pensionierung. Entgegen der Entscheidung des SEM stellte das BVGer fest, dass die Beschwerdeführerin in den zwölf Monaten vor dem Erreichen des Pensionsalters erwerbstätig war. Es verwies dabei auf die Rechtsprechung des EuGH zum freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Auf der Grundlage des Unionsrechts qualifizierte das BVGer die Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin trotz geringen Einkommens (durchschnittliches monatliches Einkommen von 1000 CHF bei 64 Arbeitsstunden) als tatsächlich und effektiv. Aus den Vertragsbedingungen und der Art der Arbeit ergebe sich nämlich, dass es sich nicht um eine geringfügige Tätigkeit oder reine Nebentätigkeit handle, sondern dass diese zur Finanzierung des eigenen Lebensunterhalts beitrage. Zudem habe sich die Beschwerdeführerin mehr als drei Jahre in der Schweiz aufgehalten und könne sich deshalb auf Art. 4 Anhang I FZA und Art. 2 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 berufen, um in der Schweiz zu bleiben. Die Tatsache, dass die Altersrente mit Unterstützungsleistungen aufgestockt werden muss, ändere daran nichts. Das Verbleiberecht nach Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA bestehe unabhängig davon, ob die betroffene Person auf Sozialhilfebeträge oder Ergänzungsleistungen angewiesen sei.<sup>275</sup> Zudem könne der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, dass sie ihre Restarbeitsfähigkeit nicht nutze. Sie wurde nie darüber informiert, dass dies eine Voraussetzung für die Verlängerung ihres Aufenthaltstitels sei.<sup>276</sup>

272 Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. 1970 L 142, 24–26.

273 EPINEY & ROVELLI, supra Fn. 246, 300.

274 BVGer F-6399/2019 (25. Januar 2022).

275 BVGer F-6399/2019 (25. Januar 2022), E. 9.2, mit Verweis auf das Urteil des BGer 2C\_545/2015 (14. Mai 2015), E. 3.2.

276 Vgl. BVGer F-4630/2019 (26. Januar 2022).

Das BGer hat sich zum Erfordernis des ständigen Aufenthalts in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) 1251/70 im Falle der dauernden Arbeitsunfähigkeit geäußert. Der ständige Aufenthalt müsse nicht mit dem Lebensmittelpunkt übereinstimmen und könne daher vom Wohnsitz abweichen.<sup>277</sup> Im selben Urteil nahm das BGer auch Bezug auf den Begriff der «Berufskrankheit», bei welcher die Voraussetzung des zweijährigen ständigen Aufenthalts nach Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) 1251/70 entfällt. Neben Krankheitsbildern, die geradezu typisch für einen bestimmten Beruf sind, gelten laut BGer nur jene Krankheitsbilder als stark überwiegend (mindestens 75%), welche bestimmte Berufsleute nachweislich mindestens viermal häufiger betreffen als den Durchschnitt.<sup>278</sup>

Die bisherige Rechtsprechung, dass ein Verbleiberecht die vollständige sowie dauerhafte Arbeitsunfähigkeit voraussetzt, wurde im Berichtszeitraum bestätigt. So wurde das Verbleiberecht eines portugiesischen Staatsangehörigen, der zwar während vier Monaten zu 100% arbeitsunfähig gewesen war, anschliessend jedoch in seiner bisherigen Tätigkeit wieder zu 38% und in einer angepassten Tätigkeit sogar zu 100% arbeitsfähig wurde, verneint. Schliesslich würde die mögliche angepasste Erwerbstätigkeit mit einem Jahreslohn von 61 165 CHF (bei einer Anstellung zu 100%) eine quantitativ wie qualitativ effektive Tätigkeit darstellen und es dem Beschwerdeführer erlauben, die Arbeitnehmereigenschaft beizubehalten.<sup>279</sup>

Einer weiteren portugiesischen Staatsangehörigen, die während acht Monaten vollständig arbeitsunfähig war und im Anschluss wieder zu über 60% in ihrer bisherigen Tätigkeit und zu 100% in einer angepassten Tätigkeit arbeitsfähig wurde, kam ebenfalls kein Verbleiberecht zu.<sup>280</sup>

Damit ein Verbleiberecht gem. Art. 4 Anhang I FZA besteht, muss die vollständige und dauerhafte Arbeitsunfähigkeit eingetreten sein, während die FZA-berechtigte Person den Status als Arbeitnehmer:in innehatte.<sup>281</sup> Bei einer französischen Staatsangehörigen war diese Voraussetzung offensichtlich nicht erfüllt. Sie kündigte ihr Arbeitsverhältnis bereits im Juni 2012 aus eigener Initiative, was den Verlust der Arbeitnehmereigenschaft zur Folge hatte. Jedoch war sie erst ab Oktober 2014 arbeitsunfähig.<sup>282</sup>

Ein Entscheid des BGer vom Juli 2022<sup>283</sup> betraf ebenfalls den Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit. Grundsätzlich werde bei der Frage, zu welchem Zeitpunkt die dau-

277 BGer 2C\_373/2021 (22. Februar 2022), E. 5.5.: «Die Auslegung von Art. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 ergibt, dass die deutsche Sprachfassung dieser Bestimmung insoweit ungenau ist, als sie teilweise auf den Wohnsitz statt (ausschliesslich) auf den ständigen Aufenthalt Bezug nimmt.»

278 Ibid., E 3.2.2.

279 BVGer F-1514/2021 (17. Juni 2022), E. 5.4 f.

280 BVGer F-2790/2020 (4. Oktober 2022), E. 6.3.2 f.

281 Siehe darüber hinaus BGer 2C\_916/2022 (30. November 2022), E. 3.2.

282 BVGer F-1746/2021 (2. Dezember 2022), E. 4.3.

283 BGer 2C\_306/2022 (13. Juli 2022).

ernde Arbeitsunfähigkeit eintrat, auf die Resultate des Verfahrens zur Feststellung der Voraussetzungen für die Invalidenrente (IV-Verfahren) abgestellt. Ausnahmsweise sei es möglich, den Ausgang des IV-Verfahrens nicht abzuwarten, wenn keine Zweifel an der Realität der Arbeitsunfähigkeit und/oder ihres Beginns bestehen.<sup>284</sup> Ausserdem könne ein Verbleiberecht verneint werden, ohne das Ergebnis des IV-Verfahrens abzuwarten, wenn ersichtlich ist, dass der bzw. die Staatsangehörige einer Vertragspartei den Status als Arbeitnehmer:in nie innehatte.<sup>285</sup> Eine nachträgliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes und das neuerliche Einleiten eines IV-Verfahrens seien irrelevant, sofern die Verschlechterung zu einem Zeitpunkt begonnen habe, in dem die Arbeitnehmereigenschaft bereits nicht mehr gegeben war.<sup>286</sup>

ii) *Rechtsmissbrauch*

Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH stellt das BGer das Aufenthaltsrecht für Arbeitnehmer:innen – wie auch andere Rechtsansprüche aus dem FZA – unter den Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs.<sup>287</sup> Diese Rechtsprechung bestätigt sich im Berichtszeitraum.

Im Januar 2022 urteilte das BGer über die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligungen an eine österreichische Staatsangehörige und ihren türkischen Ehegatten. Aufgrund des Erlöschens des ursprünglich originären Aufenthaltsrechts der Frau durch ihre Abmeldung ins Ausland wurde die abgeleitete Aufenthaltsbewilligung des Ehemannes widerrufen.<sup>288</sup> Infolgedessen beantragte die Frau erneut eine Aufenthaltsbewilligung gestützt auf die Ausübung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz, und der Ehemann stellte ein Wiedererwägungsgesuch. Das BGer erachtete dieses Vorgehen – ebenso wie die Vorinstanz – als rechtsmissbräuchlich. Die Frau unterzeichnete den unbefristeten Arbeitsvertrag mit der E-GmbH kurz nach Widerruf der Aufenthaltsbewilligung ihres Ehegatten. Daher erscheine die Unterzeichnung des Vertrages zweckgerichtet. Einziger Gesellschafter und Einzelzeichnungsberechtigter der erst kürzlich übernommenen Firma sei der Ehegatte. Es fehlten stichhaltige Punkte, dass die E-GmbH – wie von den Beschwerdeführern angebracht – als Familienbetrieb geführt werde. Zudem gab es keine ausreichenden

284 Vgl. BGE 141 II 1, E. 4.2.1; auch Urteile 2C\_755/2019 (6. Februar 2020), E. 4.3.1; 2C 771/2014 (27. August 2015), E. 2.3.3.

285 BGer 2C\_945/2021 (11. August 2022), E. 7.2.

286 Zudem bekräftigte das BGer, dass es für ein Verbleiberecht aufgrund dauernder Arbeitsunfähigkeit nicht ausreichte, dass der oder die Betroffene unfähig sei, im ursprünglichen Berufsfeld zu arbeiten. Vielmehr müsse auch eine Adaptierung, die man vernünftigerweise von dem oder der Betroffenen verlangen könne, in anderen Berufsfeldern zu arbeiten, unmöglich sein. BGer 2C\_306/2022 (13. Juli 2022), E. 7.2 ff.

287 BGE 130 II 113; siehe auch BGer 2A.557/2002 (3. Juni 2004), E. 5; BGer 2C\_688/2017 (29. Oktober 2018).

288 BGer 2C\_718/2021 (11. Januar 2022).

Belege für den Gesundheitszustand des Vaters der Österreicherin als Grund für ihren vorübergehenden Aufenthalt in Österreich. Auch die Aussagen des Ehegatten bezüglich der Trennung von seiner Frau sowie der Schulbesuch der Kinder in Österreich deuten auf eine Übersiedelung der Frau nach Österreich hin.<sup>289</sup>

### c) Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

Gem. Art. 4 FZA i.V.m. Art. 12 Anhang I FZA haben Staatsangehörige einer Vertragspartei das Recht, sich zwecks Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei für mindestens fünf Jahre niederzulassen. Während die Arbeitnehmereigenschaft – wie vorher in Punkt dargelegt – lediglich eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Aktivität voraussetzt, stellt das BGer höhere Anforderungen an selbstständig Erwerbstätige.<sup>290</sup> Mit der selbstständigen Tätigkeit muss nach der Rechtsprechung grundsätzlich genügend Einkommen erzielt werden, um den Lebensunterhalt und allenfalls jenen der Familie zu decken, sodass hierfür keine dauerhafte und umfassende Abhängigkeit von Sozialhilfeleistungen besteht.<sup>291</sup>

Gestützt auf diese Rechtsprechung verneinte das BVer im bereits oben hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft<sup>292</sup> behandelten Entscheid vom Dezember 2022<sup>293</sup> das Vorliegen eines Aufenthaltsrechts einer französischen Staatsangehörigen als Selbständige. Somit waren weder die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung als Unselbstständige noch als Selbstständige erfüllt. Die selbstständig ausgeübten Tätigkeiten der Beschwerdeführerin als Tanzlehrerin (insgesamt 13 Stunden pro Woche) erlaubten es dieser nämlich nicht, langfristig ohne Sozialhilfe auszukommen.<sup>294</sup>

Ein weiteres Urteil des BVer zum Erfordernis von existenzsichernden Mitteln (hier betreffend die Niederlassungsfreiheit) erging im November 2022. Darin bestätigte das BVer die Erwägungen der Vorinstanz, dass die Aufenthaltsbewilligung zu Recht widerrufen wurde. Die Beschwerdeführerin konnte kein nennenswertes Einkommen nachweisen, es lagen Betreibungen in der Höhe von 13 466.12 CHF vor, und eine Aussicht auf Besserung der finanziellen Verhältnisse sei nicht ersichtlich.<sup>295</sup>

289 EPINEY & ROVELLI, supra Fn. 246, 314.

290 BVer 2C\_451/2019 (6. Februar 2020), E. 3.; BVer 2C\_430/2020 (13. Juli 2020), E. 4.2.

291 BVer 2C\_430/2020 (13. Juli 2020), E. 4.2.1.

292 Siehe supra . . . b)i).

293 BVer F-1746/2021 (2. Dezember 2022).

294 Ibid., E. 5.3.

295 BVer 2C\_902/2022 (16. November 2022), E. 2.2.

i) *Verbleiberecht von Selbstständigen*

Wie Arbeitnehmer:innen kommt auch Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niedergelassen haben, gem. Art. 4 Anhang I FZA ein Verbleiberecht zu. So bejahte das BGer in einem Urteil vom Oktober 2022<sup>296</sup> das Verbleiberecht eines italienischen Staatsangehörigen, der sich im Alter von 56 Jahren in der Schweiz niedergelassen hatte und bis über die Erreichung des ordentlichen Rentenalters im Jahr 2012 hinaus erwerbstätig war. Daraufhin wurde seine Aufenthaltsbewilligung im Jahr 2015 nochmals verlängert. Indem die Migrationsbehörde 2019 die Aufenthaltsbewilligung mit der Begründung entzog, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht als selbständig Erwerbstätiger nicht erfülle, habe sie verkannt, dass diesem ein Verbleiberecht zustehe, weil seine Eigenschaft als selbstständig Erwerbstätiger zuletzt im Jahr 2015 mit der Bewilligungsverlängerung anerkannt wurde und er auch die weiteren Voraussetzungen für ein Verbleiberecht erfüllte.<sup>297</sup>

ii) *Verkehrsdienstleistungen*

Die im Art. 5 FZA i.V.m. Art. 17 Anhang I eingeräumte eingeschränkte Dienstleistungsfreiheit ermöglicht Dienstleistungserbringer:innen einer Vertragspartei, im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei während 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr Dienstleistungen zu erbringen.

Verkehrsdienstleistungen sind vom Anwendungsbereich des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 56 ff. AEUV ausgeschlossen. Art. 58 Abs. 1 AEUV verweist für diese Dienstleistungen auf den Verkehrstitel. Folglich wird die Dienstleistungsfreiheit im Verkehr gem. den in Titel VI des AEUV (Art. 90 ff. AEUV) enthaltenen Mechanismen verwirklicht.<sup>298</sup> Im FZA findet sich keine entsprechende Bestimmung.

Im Mai 2022 entschied das BGer, dass die Uber International Holding B.V. – mit Geschäftssitz in den Niederlanden – als Betreiberin eines Transportunternehmens in Genf dem FZA untersteht. Das BGer bejahte die Anwendbarkeit des FZA, weil es keine dem Art. 58 AEUV entsprechende Bestimmung im FZA gibt. Art. 22 Anhang I FZA erwähne nur die Tätigkeit der Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen sowie die Finanzdienstleistungen als Bereiche, auf die das FZA keine Anwendung

<sup>296</sup> BGer 2C\_450/2022 (27. Oktober 2022).

<sup>297</sup> Insb. habe sich die Vorinstanz bei ihrer Argumentation fälschlicherweise auf BGE 146 II 145 gestützt, da dieses Urteil eine (andere) Situation betroffen habe, in der der Unionsbürger erst nach Erreichen des ordentlichen Rentenalters in die Schweiz gezogen ist. BGer 2C\_450/2022 (27. Oktober 2022), E. 6.

<sup>298</sup> Interessant ist das Urteil im Lichte der EuGH-Rechtsprechung, wonach Unternehmen wie Uber eine Verkehrsdienstleistung und nicht etwa eine Vermittlungsleistung erbringen. Siehe EuGH, Rs. C-434/15, *Elite Taxi*, EU:C:2017:981; EuGH, Rs. C-320/16, *Uber France SA*, EU:C:2018:221.

findet. Mangels eines spezifischeren Abkommens<sup>299</sup> seien die Vorschriften des FZA massgebend. Ob die infrage stehende Tätigkeit mit Art. 5 FZA vereinbar ist bzw. diese Bestimmung das Recht einräumt, sie auszuüben, beurteilte das BGer nicht.<sup>300</sup>

Folgende Implikationen ergeben sich: Da Uber seinen Sitz in den Niederlanden hat, liegt eine grenzüberschreitende Dienstleistung i.S.d. FZA nicht nur dann vor, wenn eine Fahrt vom Ausland in die Schweiz oder umgekehrt durchgeführt wird. Zudem können sich ausländische Taxifahrer:innen – ebenso wie Uber-Fahrer:innen – auf das FZA berufen, wenn sie z.B. grenzüberschreitende Fahrten durchführen. Demgemäss geniessen Uber-Fahrer:innen (und entsprechende Taxifahrer:innen) im Rahmen der auf 90 Tage beschränkten Dienstleistungsfreiheit nach Art. 5 FZA und Art. 17 ff. ein Recht auf Aufenthalt in der Schweiz während der Erbringung ihrer Dienstleistung und dürfen ihre Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie eigene Staatsangehörige ausüben (Art. 19 Anhang I FZA).<sup>301</sup>

#### d) Einreise und Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit

Laut Art. 24 Anhang I FZA besteht eine Aufenthaltsbewilligung trotz fehlender Erwerbstätigkeit, wenn die betroffene Person den Nachweis erbringen kann, dass sie über ausreichende finanzielle Mittel<sup>302</sup> und einen Krankenversicherungsschutz, der sämtliche Risiken abdeckt, verfügt. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Herkunft der entsprechenden finanziellen Mittel grundsätzlich nicht entscheidend. Diese müssen nicht aus eigenen Quellen, sondern können von anderen Familienangehörigen oder Dritten stammen.<sup>303</sup>

Im Juni 2022 entschied das BGer darüber, ob sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des Art. 24 Anhang I FZA auf die finanziellen Mittel ihres drittstaatenangehörigen Ehemanns stützen kann, wenn dieser (nur) über ein derivatives Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt.<sup>304</sup> Das BGer bestätigte die Feststellung der Vorinstanz, dass aufgrund des Einkommens des Ehemanns der Beschwerdeführerin von 5600 CHF netto ausreichende finanzielle Mittel vorhanden seien. Im konkreten Fall ging die Vorinstanz aber von einem Rechtsmissbrauch aus. Die Aufenthaltsbewilligung für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit bezwecke laut Vorinstanz nicht, einem drittstaatenangehörigen Ehepartner den Aufenthalt und das Erwirtschaften

299 Das Abkommen über Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999, SR 0.740.72, findet bei der Beförderung von weniger als neun Personen keine Anwendung.

300 BGer 2C\_34/2021 (30. Mai 2022).

301 EPINEY & ROVELLI, supra Fn. 246, 305.

302 Zusätzlich zu den im Bericht näher behandelten Urteilen wurden Fragen des Vorliegens von ausreichenden finanziellen Mitteln auch in BGer 2C\_850/2022 (9. November 2022), E. 5.2; BGer 2C\_121/2022 (24. November 2022), E. 4.2 thematisiert.

303 BGE 144 II 113, E. 4.1 und 4.3; 142 II 35, E. 5.1; 135 II 265, E. 3.3.

304 BGer 2C\_1018/2021 (7. Juni 2022).

der für den erwerbslosen Aufenthalt der EU-staatsangehörigen Ehegattin vorausgesetzten finanziellen Mittel erst zu ermöglichen.

Im Gegensatz zur Vorinstanz beschäftigte sich das BGer nicht näher mit der Frage des Rechtsmissbrauchs. Es bekannte sich grundsätzlich zur Rechtsprechung, dass die Herkunft der entsprechenden finanziellen Mittel nicht entscheidend sei; allerdings mit der Konkretisierung, dass eine besondere Konstellation vorliegen müsse, wie etwa bei einem Kind mit EU-Staatsangehörigkeit, welches gem. Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA freizügigkeitsberechtigt ist, aber seinen Aufenthaltsanspruch aufgrund der Abhängigkeit von drittstaatsangehörigen Eltern nicht eigenständig wahrnehmen kann.<sup>305</sup> Dabei bezog sich das BGer auf die Konstellation im Urteil des EuGH in der Rechtssache *Zhu und Chen*<sup>306</sup>, wonach die finanziellen Mittel der aus einem Drittstaat stammenden Eltern eines Kindes mit Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats zu berücksichtigen sind, um dem Kind ein Aufenthaltsrecht zusprechen zu können.<sup>307</sup> Diese oder eine vergleichbare Situation sei aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. Das abgeleitete Aufenthaltsrecht des Ehegatten sei bereits untergegangen, als das originäre Aufenthaltsrecht der Beschwerdeführerin erloschen war. Die Beschwerdeführerin würde die finanziellen Mittel des Ehemanns nicht mehr in Anspruch nehmen können, weil dieser die Schweiz verlassen muss.<sup>308</sup>

e) Familiennachzug und abgeleitete Aufenthaltsrechte

i) *Selbstständiges Anwesenheitsrecht unmündiger Kinder*

Nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA kommt minderjährigen Kindern u.U. ein selbstständiges Anwesenheitsrecht zu, um ihre Ausbildung im Aufnahmestaat zu beenden. Gem. der Rechtsprechung des BGer ist Sinn und Zweck des selbstständigen Anwesenheitsrechts für minderjährige Kinder von Unionsbürger:innen bzw. deren Partner:innen, durch die Teilnahme am allgemeinen Unterricht die Integration in der Aufnahmegesellschaft zu fördern. Dies setzt voraus, dass die Kinder tatsächlich über den Unterricht (oder anschliessend während der Lehrlings- und Berufsausbildung) bei (noch) intakter Familiengemeinschaft bereits in nennenswerter Weise begonnen haben, sich durch massgebliche Beziehungen ausserhalb der Kernfamilie in die Aufnahmegesellschaft zu integrieren.<sup>309</sup>

Dementsprechend entschied das BGer im Oktober 2022 über das selbstständige Aufenthaltsrecht von zwei Kleinkindern (geb. 2019 und 2020), die ihre Ausbildung in der Schweiz noch nicht begonnen hatten. Das BGer folgte seiner bisherigen Recht-

305 BGE 144 II 113, E. 4.1; 142 II 35, E. 5.2.

306 EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, EU:C:2004:639.

307 BGer 2C\_1018/2021 (7. Juni 2022), E. 6.

308 Ibid., E. 6.4 f.

309 BGE 139 II 393, E. 4.2.2; BGer 2C 673/2019 (3. Dezember 2019), E. 5.1; 2C 870/2018 (13. Mai 2019), E. 3.3.2; 2C 145/2017 (5. März 2018), E. 3; je mit Hinweisen.

sprechung und ging davon aus, dass in einem derartigen Fall nicht von einer nennenswerten Integration bzw. Beziehungen in der Schweiz ausserhalb der Kernfamilie ausgegangen werden könne. Ausserdem sei durch die kantonalen Bewilligungsbehörden keine Situation geschaffen oder geduldet worden, welche die Einschulung der beiden Kinder ermöglicht hätte.<sup>310</sup> Da auch sonst keine Gründe erkennbar seien, weshalb vorliegend von der bisherigen Rechtsprechung abgewichen werden sollte, verneinte das BGer den Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz.<sup>311</sup>

In einem weiteren Fall betreffend das Anwesenheitsrecht unmündiger Kinder hielt das BVGer fest, dass Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA nicht auf eine portugiesische Staatsangehörige anwendbar sei, die bereits das 21. Lebensjahr erreicht hatte und keinen Unterhalt mehr von ihrer in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Mutter erhielt. Zudem habe sie ihre Ausbildung in der Schweiz erst im Alter von 24 Jahren begonnen.<sup>312</sup>

#### ii) *Nachzug von Kindern unter 21 Jahren*

Personen, die Staatsangehörige einer Vertragspartei sind und aufgrund des FZA ein Aufenthaltsrecht haben, können ihre Familienangehörigen – ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit – gem. Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA nachziehen. Dazu gehören u.a. deren Kinder, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen noch Unterhalt gewährt wird.

In einem Entscheid des BGer vom September 2022 ging es um das abgeleitete Aufenthaltsrecht eines Kindes mit brasilianischer Staatsbürgerschaft, das zu seiner Grossmutter – ebenfalls brasilianische Staatsangehörige – nachgezogen ist. Das BGer verneinte nicht *per se*, dass Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA das Verhältnis zwischen Enkeln und Grosseltern miterfasst. Allerdings erfordere dies das Sorgerecht bzw. die zivilrechtliche Verantwortung für das nachziehende Enkelkind (Vormundschaft gem. 327a ff. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB<sup>313</sup>). Im konkreten Fall lag laut BGer keine Vormundschaft der Grossmutter vor, weil die elterliche Sorge über das Kind bei den sich weiterhin in Brasilien befindenden Eltern verblieben sei. Im Ergebnis komme der Enkelin somit kein von ihrer Grossmutter abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu.<sup>314</sup>

310 Vgl. demgegenüber BGer 2C 185/2019 (4. März 2021), E. 8.2 und 2C 673/2019 (3. Dezember 2019), E. 5.2.

311 BGer 2C\_1016/2021 (12. Oktober 2022), E. 3.1 f.

312 BVGer F-1094/2021 (28. November 2022), E. 6.2 f.

313 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

314 Dennoch betonte das BGer die Relevanz des dritten Satzes von Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA. Demnach müsse die Aufnahme eines Familienmitglieds, auch wenn nicht in den lit. a, b und c des Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA genannt, begünstigt werden, wenn das Familienmitglied keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf einer anderen Grundlage hat und dem Familienmitglied vom Staatsangehörigen eines Vertragsstaates Unterhalt gewährt wird oder das Familienmitglied mit dem Staatsangehörigen eines Vertragsstaates Unterhalt gewährt wird oder das Familienmitglied mit dem Staatsangehörigen eines Vertragsstaates Unterhalt gewährt wird oder das Familienmitglied mit dem Staatsangehörigen eines Vertragsstaates Unterhalt gewährt wird.

Über einen ähnlich gelagerten Fall betreffend den Nachzug eines Kleinkinds zu den Grosseltern in die Schweiz entschied das BVGer im Juni 2022.<sup>315</sup> Anders als das BGer konzentrierte sich das BVGer weniger auf die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA, namentlich, ob dieser nur auf Eltern oder auch auf Grosseltern Anwendung findet, sondern vielmehr auf den dritten Satz des Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA. Die in der Schweiz aufenthaltsberechtigten portugiesischen Grosseltern hatten keine Vormundschaft über ihre ebenfalls portugiesische Enkelin. Gem. einem nostrifizierten Übereinkommen zwischen den Eltern und den Grosseltern der Beschwerdeführerin würden die Grosseltern zwar die elterliche Sorge im Hinblick auf alltägliche Handlungen ausüben, wichtige Entscheidungen seien jedoch gemeinsam mit den Eltern zu fällen. Folglich kam die Anwendung des Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA nicht infrage, und es war zu klären, ob die Grosseltern der Enkelin Unterhalt i.S.d. Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA gewährten, was ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis impliziert. Das BVGer zitierte die EuGH-Rechtsprechung in *Zhu und Chen*,<sup>316</sup> nach der sich ein:e Unionsbürger:in bereits im Kleinkindalter auf die ihm unionsrechtlich gewährleisteten Rechte berufen kann und deshalb auch einem drittstaatsangehörigen Elternteil, der für den oder die Unionsbürger:in tatsächlich sorgt, ein entsprechendes Aufenthaltsrecht zukommt. Sodann stellte das BVGer die Frage, ob diese Rechtsprechung auf die Konstellation im vorliegenden Fall angewendet werden kann. Letztlich kam das BVGer zum Schluss, dass im konkreten Fall mangels entsprechender Beweise – anders als in *Zhu und Chen* – nicht zugunsten der Betroffenen entschieden werden könne.<sup>317</sup> Die Unterhaltsgewährung wurde aufgrund einer fehlenden nachgewiesenen Abhängigkeit der Enkelin gegenüber ihren Grosseltern verneint.<sup>318</sup> In Bezug auf die Frage, ob die Grosseltern aktuell ausreichend finanzielle Mittel für entsprechende Unterhaltsleistungen besitzen, wurden während des Verfahrens vor dem BVGer unter grober Missachtung von Mitwirkungspflichten nur vereinzelte Angaben gemacht. Somit konnte nicht beurteilt werden, ob diese Mittel weiterhin bestehen.<sup>319</sup>

Ein weiteres Urteil des BGer betraf eine drittstaatsangehörige Mutter (Kolumbien) und ihre Tochter (spanische Staatsangehörige). Letztere wurde vom biologischen Vater, einem Unionsbürger, ebenfalls mit spanischer Staatsbürgerschaft und mit Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, (noch) nicht anerkannt. Die Mutter hatte das alleinige Sorgerecht für die Tochter und war nie mit dem biologischen Vater verheiratet. U.a. stellte sich die Frage, ob ein Aufenthaltsrecht der Tochter abgeleitet

rigen eines Vertragsstaates im Herkunftsland in einer häuslichen Gemeinschaft lebt. BGer 2C\_409/2022 (8. September 2022), E. 5.

315 BVGer F-4530/2020 (23. Juni 2022).

316 EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, EU:C:2004:639.

317 BVGer F-4530/2020 (23. Juni 2022), E. 4.6.2.

318 Ibid., E. 4.5.

319 Ibid., E. 4.6.2.

von ihrem Vater besteht und dadurch wiederum die Mutter ein Aufenthaltsrecht ableiten kann, um bei der Tochter zu bleiben. Dies wurde vom BGer verneint. Da die Rechte der Tochter aus dem FZA durch den Verbleib bei ihrem Vater gewährleistet werden könnten, könne die drittstaatsangehörige Mutter, die nie mit dem Vater ihres Kindes verheiratet war, kein Aufenthaltsrecht aus dem FZA ableiten. Dass die Mutter das alleinige Sorgerecht für die Tochter hat, ändere daran nichts. Es spräche nichts dagegen, dass die Tochter ihrer Mutter folgen und sich in einem anderen Land integrieren könnte. Das BGer schloss nicht *per se* aus, dass die Tochter aus Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA ein Aufenthaltsrecht ableiten könnte, um bei ihrem Vater zu bleiben. Ein solches Recht könne jedoch nicht bestätigt werden, da das Kind von seinem Vater noch nicht anerkannt wurde und die beiden nicht im gleichen Haushalt leben.<sup>320</sup>

Art. 3 Abs. 2 lit. a Anhang I FZA fordert, dass nachziehende Kinder unter 21 Jahre sind. In einem Urteil vom Juli 2022 bekräftigte das BVGer, dass der Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Familienzusammenführung massgeblich für die Bestimmung des Alters des nachziehenden Kindes ist.<sup>321</sup> Eine weitere Frage in diesem Fall betraf den angemessenen Wohnraum für die Familienzusammenführung und ob das Einkommen der Mutter ausreicht. Die 3,5-Zimmer-Wohnung der Mutter, in der diese mit ihren vier Kindern zusammenlebte, entspreche (knapp) den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA. Das BVGer führte aus, dass die allgemeine Regel, um zu bestimmen, ob eine Wohnung angemessen ist (ein Zimmer pro Person) nicht zu streng ausgelegt werden dürfe. Ausserdem variere die Regel je nach Region.<sup>322</sup> Solange die Mutter den Status einer Arbeitnehmerin genießt, könne die Tatsache, dass diese nicht in der Lage sei, den Lebensunterhalt der Familie allein zu bestreiten, nicht rechtfertigen, den Kindern das Recht auf Aufenthalt in der Schweiz abzusprechen.<sup>323</sup> Die Mutter verfügte in diesem Fall bereits über drei unbefristete Arbeitsverträge bei einer Vermittlungsfirma. Ihr monatlicher Lohn hing von der Anzahl der geleisteten Stunden ab, ihr Stundenlohn betrug jedoch 26.50 CHF. Daraus schloss das BVGer, dass sich die Mutter bemühe, eine lukrative(re) Erwerbstätigkeit auszuüben, um für die Familie zu sorgen. Folglich entschied das BVGer, dass den Kindern der Familiennachzug nicht auf der Grundlage verweigert werden darf, dass die Mutter, eine Gemeindeangestellte, kantonale Ergänzungsleistungen für die Familie bezog. Bei diesen Ergänzungsleistungen handle es sich zudem nicht um Sozialhilfe im engeren Sinne.<sup>324</sup>

320 BGer 2C\_621/2021 (27. Juli 2022), E. 7.3.

321 BVGer F-1509/2021 (18. Juli 2022), E. 7.2.

322 BGer 2C\_416/2017 (18. Dezember 2017), E. 2.2.

323 BGer 2C\_1061/2013 (14. Juli 2015), E. 6.3.

324 BVGer F-1509/2021 (18. Juli 2022), E. 7.3.2.

iii) *Nachzug von Kindern über 21 Jahren und anderen Verwandten*

Gem. Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA besteht u.U. das Recht einer nach dem FZA freizügigkeitsberechtigten Person, Kinder über 21 Jahre und andere Verwandte nachzuziehen. Eine der Voraussetzungen dafür ist, dass der oder die Verwandte Unterhalt von der FZA-berechtigten Person bezieht.

Um die Eigenschaft eines oder einer Familienangehörigen, dem bzw. der Unterhalt gewährt wird, zu erfüllen, muss der erforderliche Unterhalt des oder der Familienangehörigen zumindest teilweise und regelmässig in einer gewissen materiellen Erheblichkeit von dem oder der Aufenthaltsberechtigten sichergestellt werden.<sup>325</sup> Diese Eigenschaft liegt bei Kindern, die das 21. Lebensjahr vollendet haben, nur solange vor, wie Unterhalt gewährt wird bzw. Unterhaltsbedürftigkeit besteht.<sup>326</sup> Endet die Unterhaltsbedürftigkeit, erlischt das abgeleitete Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA.<sup>327</sup>

Im September 2022 entschied das BGER zum Aufenthaltsrecht eines nachgezogenen Kindes, welches seit Vollendung des 21. Lebensjahres unter dem Vorbehalt des von seiner Mutter geleisteten Unterhalts stand. Der Beschwerdeführer war im Alter von 19 Jahren aufgrund einer psychischen Erkrankung zu seiner deutschen Mutter in die Schweiz gezogen, um bei ihr zu wohnen. Neun Jahre später widerrief das Migrationsamt seine Aufenthaltsbewilligung. Speziell war strittig, ob der von der Mutter gewährte Unterhalt (Anteil von knapp 11% der Lebenshaltungskosten) die Erfordernisse für das Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA erfüllt. Das BGER verneinte dies im konkreten Fall. Auch wenn die von der Mutter geleisteten Beiträge für sie subjektiv erheblich seien, leiste sie dennoch nur einen marginalen Teil des erforderlichen Unterhalts des Beschwerdeführers, welcher grösstenteils durch seine IV-Rente bzw. Ergänzungsleistungen abgedeckt wird. Unter diesen Umständen könne nicht festgestellt werden, dass die Mutter einen erheblichen materiellen Beitrag erbringt, welcher den wirtschaftlich erforderlichen Unterhalt sicherstellt. Es komme nicht auf die subjektive Erheblichkeit für die unterhaltsleistende, originär aufenthaltsberechtigte Person an (10% ihres Lohnes). Dies ergebe sich schon aus der Voraussetzung, dass die aufenthaltsberechtigte Person wirtschaftlich in der Lage sein muss, den erforderlichen Unterhalt zu gewähren.<sup>328</sup>

Das BVGER entschied im Juni 2022<sup>329</sup> über den Nachzug einer russischen Mutter zu ihrer in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Tochter und deren Ehemann (beide haben sowohl die britische als auch die Schweizer Staatsangehörigkeit). Ein Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b Anhang I FZA setze voraus, dass der

325 BGER 2C 757/2019 (21. April 2020), E. 4.1; 2C 688/2017 (29. Oktober 2018), E. 3.5 mit Hinweisen.

326 BGER 2C 386/2018 (15. Juni 2018), E. 2.2; 2C 688/2017 (29. Oktober 2018), E. 3.7.

327 BGER 2C 184/2021 (26. August 2021), E. 3.7.

328 BGER 2C\_771/2021 (15. September 2022).

329 BVGER F-4188/2020 (10. Juni 2022).

Unterhalt der Familienangehörigen durch die originär aufenthaltsberechtigte Person (zumindest teilweise sowie regelmässig) in einer gewissen Erheblichkeit sichergestellt wird. Zudem müsse die Familienangehörige bedürftig sein, sodass sie ihre Grundbedürfnisse nicht selbst abdecken kann. Die russische Mutter könne jedoch ohne Unterhaltsleistungen ihrer Tochter für ihr Existenzminimum aufkommen. Sie sei aufgrund der mit ihrem Ehemann geteilten Rente nicht bedürftig. Dies schloss das BVGer aus einer eingehenden Analyse der wirtschaftlichen Situation von Rentner:innen in Russland sowie der konkreten Einnahmen und Ausgaben des Rentnerpaars.<sup>330</sup>

*iv) Selbstständiges Aufenthaltsrecht von Ex-Ehegatten*

FZA-Berechtigte können gestützt auf das Diskriminierungsverbot Rechte geltend machen, die sich nicht aus dem FZA selbst, jedoch aus dem nationalen Recht i.V.m. Art. 2 FZA ergeben. Relevant ist dies z.B. für Ex-Ehegatt:innen, um in der Schweiz bleiben zu können. Nach Art. 2 FZA i.V.m. Art. 50 AIG können sich Ex-Ehegatt:innen von Schweizer Staatsangehörigen sowie von FZA-berechtigten Personen (mit Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA) auf ein eigenes Aufenthaltsrecht berufen, sofern sie keinen anderen Anspruch auf Aufenthalt aus dem FZA haben.<sup>331</sup> Gem. Art. 50 Abs. 1 AIG wird eine Mindestdauer der ehelichen Gemeinschaft von drei Jahren und die erfolgreiche Integration der betroffenen Person oder das Vorliegen wichtiger persönlicher Gründe, welche einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erfordern, vorausgesetzt. Eine beispielhafte Aufzählung solcher wichtigen persönlichen Gründe findet sich in Art. 50 Abs. 2 AIG.<sup>332</sup>

Die bisherige Rechtsprechung des BGer<sup>333</sup> zum Aufenthaltsrecht nach Auflösung der Ehegemeinschaft wurde im Berichtszeitraum dahingehend bestätigt, dass sich der Ex-Ehegatte bzw. die Ex-Ehegattin einer FZA-berechtigten Person einzig dann auf Art. 50 AIG berufen kann, wenn letztere:r weiterhin ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat.<sup>334</sup>

Hinsichtlich des Erfordernisses der erfolgreichen Integration gem. Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG hielt das BGer fest, dass eine solche Integration vorliege, wenn die rechtsstaatliche Ordnung und die Werte der Bundesverfassung respektiert werden. Ausser-

330 Ibid., E. 6.1 und 6.4.

331 BGE 144 I 1, E. 4.7.

332 EPINEY & ROVELLI, supra Fn. 246, 294.

333 BGE 144 II 1, E. 4.7; BGer 2C\_574/2019 (9. Dezember 2019); BGer 2C\_1075/2019 (21. April 2020); BGer 2C\_376/2020 (18. Mai 2020); BGer 2C\_1007/2020 (14. Januar 2021).

334 BVGer F-2790/2020 (4. Oktober 2022), E. 8.2.2. Vgl. hierzu ebenfalls BGer 2C\_1056/2021 (7. Juli 2022), E. 4.3; BVGer F-1187/2022 (7. Oktober 2022), E. 5.1; BVGer F-4952/2021 (28. November 2022), E. 5.1 und 5.2.

dem setze erfolgreiche Integration den Willen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben und zum Erwerb der am Wohnort gesprochenen Landessprache voraus.<sup>335</sup>

Eheliche Gewalt zählt zu den persönlichen Gründen nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG. Dabei verneinte das BVGer das Aufenthaltsrecht einer ukrainischen Staatsangehörigen, die einen in der Schweiz niedergelassenen französischen Staatsangehörigen geheiratet hatte. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Gewalt (wirtschaftlicher, psychischer und auch physischer Art) könne nicht mit einer systematischen Misshandlung gleichgesetzt werden. Auch sei die Glaubwürdigkeit der Schilderungen aufgrund der widersprüchlichen Chronologie der Gewalttaten und der fehlenden Inanspruchnahme von Unterstützungsangeboten beeinträchtigt. Die Beschwerdeführerin könne sich trotz der in der Ehe erlebten Gewalt und der wirtschaftlich ungünstigeren Situation wieder in die ukrainische Gemeinschaft integrieren.<sup>336</sup> Die Frage, inwiefern sich die aktuelle Situation aufgrund des anhaltenden Ukraine-Krieges auf die Möglichkeit der wirtschaftlichen und sozialen Reintegration auswirkt, wurde in diesem Entscheid (noch) nicht thematisiert.

Auch im Fall einer brasilianischen Staatsbürgerin entschied das BVGer über das Aufenthaltsrecht nach Auflösung der Ehe aufgrund von ehelicher Gewalt.<sup>337</sup> Bevor es sich mit der Ausübung ehelicher Gewalt beschäftigte, prüfte das BVGer die Mindestdauer der ehelichen Gemeinschaft von drei Jahren. Es handle sich dabei um eine absolute Frist, die auf den Zeitraum abstellt, in dem das Paar in der Schweiz einen gemeinsamen Haushalt führt.<sup>338</sup> Diese Mindestdauer wurde im konkreten Fall nicht erreicht. Bei der anschliessenden Prüfung der persönlichen Gründe verneinte das BVGer die systematische Gewaltausübung. Aus den Umständen liesse sich nicht schliessen, dass die Beschwerdeführerin von ihrem Ex-Ehemann systematisch erniedrigt, herabgewürdigt und vergewaltigt wurde, sodass eine Fortsetzung ihres Ehelebens die psychische und physische Gesundheit der Beschwerdeführerin gefährdet hätte. Ausserdem wies das BVGer auf Widersprüchlichkeiten in den Aussagen der Beschwerdeführerin hin.<sup>339</sup> Hinsichtlich der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat befand das BVGer, dass die Wiedereingliederung in Brasilien, wo u.a. der biologische Vater und die Grossmutter der Beschwerdeführerin wohnten, möglich sei. Trotz ihres mehr als neunjährigen Aufenthalts in der Schweiz seien mangels familiärer Verbindungen (nach der Scheidung) keine Gründe gegeben, die gegen die Wiedereingliederung der Beschwerdeführerin in Brasilien sprechen. Auch ein laufender

335 BGer 2C\_653/2021 (4. Februar 2022), wo das Verbleiberecht aufgrund mangelnder Integration verneint wurde; ebenfalls abgelehnt BGer 2C\_298/2022 (4. Mai 2022).

336 BVGer F-687/2021 (22. Februar 2022), E. 7.2.

337 BVGer F-1187/2022 (7. Oktober 2022).

338 «Cette durée minimale est une limite absolue et s'applique même s'il ne reste que quelques jours pour atteindre la durée des trente-six mois.» BVGer F-1187/2022 (7. Oktober 2022), E. 5.2.1.

339 BVGer F-1187/2022 (7. Oktober 2022), E. 5.6.

unbefristeter Teilzeitarbeitsvertrag als Kassiererin in der Schweiz ändere daran nichts.<sup>340</sup>

In einem weiteren Fall kam es erst nach der Scheidung zur physischen Gewaltanwendung zwischen den früheren Ehegatten, weshalb das BVGer das Vorliegen von ehelicher Gewalt verneinte. Dies umso mehr, weil die Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten isoliert und mit beidseitiger Gewaltanwendung stattfand.<sup>341</sup>

In zwei Fällen vor dem BGer war insb. das Aufenthaltsrecht nach Art. 51 Abs. 1 lit. b AIG strittig, namentlich inwieweit die Wiedereingliederung im Herkunftsland als stark gefährdet erscheint.

Im Urteil vom Februar 2022 bestätigte das BGer die Argumentation der Vorinstanz, wonach einem tunesischen Staatsangehörigen, der sich seit zwei Jahren (aufgrund seiner Heirat mit einer aufenthaltsberechtigten deutschen Staatsangehörigen) in der Schweiz aufhielt, die Wiedereingliederung zugemutet werden könne. Der Beschwerdeführer habe während 40 Jahren dort gelebt. Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers könnten die aufgrund der Auswanderung abgebrochenen sozialen Kontakte wieder aufgenommen werden. Auch die wirtschaftliche Reintegration sei – trotz Covid-Krise – möglich und auch das Alter des Beschwerdeführers (etwas über 40 Jahre alt) stehe der beruflichen Neuorientierung nicht im Wege.<sup>342</sup>

Im zweiten Fall, der einen indischen Staatsangehörigen betraf, sah das BGer ebenfalls keine begründeten Hinweise, dass eine konkrete Gefährdung der persönlichen, beruflichen und/oder familiären Situation im Heimatland bestünde. Erfolglos blieb dabei das Argument des Beschwerdeführers, seine Familie habe ihn, einen Hindu, wegen der Heirat mit einer Christin verstossen, und dies beeinträchtige auch seine Erwerbsaussichten.<sup>343</sup>

#### v) Scheinehe

Solange die Ehe formell besteht, haben Ehegatt:innen von in der Schweiz aufenthaltsberechtigten EU-Staatsangehörigen grundsätzlich einen abgeleiteten Aufenthaltsanspruch gem. Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA. Der Anspruch steht aber unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Wenn es keinen Willen zur Gemeinschaft gibt und das formelle Eheband ausschliesslich dazu dient, die ausländerrechtlichen Zwangsvorschriften zu umgehen, besteht mit anderen Worten eine Scheinehe.<sup>344</sup> In einem solchen Fall der Scheinehe existiert nach Rechtsprechung des BGer kein solcher Anspruch (mehr).<sup>345</sup>

<sup>340</sup> Ibid., E. 5.6.

<sup>341</sup> BVGer F-4952/2021 (28. November 2022), E. 10.3.6.

<sup>342</sup> BGer 2C\_1002/2021 (9. Februar 2022).

<sup>343</sup> BGer 2C\_924/2021 (16. März 2022).

<sup>344</sup> Siehe ausserdem zur Scheinehe im Berichtszeitraum BGer 2C\_397/2022 (16. Dezember 2022), E. 5.3 bis 5.5.

<sup>345</sup> Vgl. BGE 144 II 1, E. 3.1.

Die Frage der Scheinehe thematisierte das BGER im Urteil vom Juli 2022<sup>346</sup> über das Aufenthaltsrecht eines erfolglosen Asylbewerbers (Staatsangehörigkeit Bangladesch). Diesem wurde das Aufenthaltsrecht schon einmal wegen einer Scheinehe mit einer aufenthaltsberechtigten dominikanischen Staatsangehörigen (nach deren Scheidung) widerrufen. In der Folge ging der Beschwerdeführer erneut eine Ehe mit einer aus der Dominikanischen Republik stammenden spanischen Staatsangehörigen ein. Die neue Ehegattin hatte ein Aufenthaltsrecht aufgrund unselbstständiger Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Folglich wurde dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsberechtigung gestützt auf das von seiner Ehegattin abgeleitete Aufenthaltsrecht erteilt. Das BGER verwies auf die von der Vorinstanz angeführten Indizien und bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz, dass auch bei der zweiten Ehe des Beschwerdeführers eine Scheinehe vorlag. Für die Feststellung der Scheinehe wurde u.a. berücksichtigt:<sup>347</sup>

- dass der Beschwerdeführer, nachdem er zuvor in der Schweiz erfolglos um Asyl angesucht hatte, eine in der Schweiz aufenthaltsberechtigte Frau heiratete, die darauf basierende Niederlassungsbewilligung aber später wegen einer Scheinehe widerrufen worden ist;
- dass die Hochzeit mit der spanischen Staatsangehörigen in Dänemark stattgefunden hat, wobei beide Ehegatten keine besonderen Beziehungen zu diesem Land unterhielten, Dänemark aber für seine geringen administrativen Hürden für die Eingehung von Umgehungen bekannt ist;
- dass die Trauung nach einer kurzen Kennenlernphase unter Ausschluss von Familienangehörigen und Freunden erfolgte;
- dass die Ehegatten aus völlig unterschiedlichen Kulturkreisen stammten und der Beschwerdeführer und seine um 17 Jahre jüngere Ehefrau beide keine gemeinsame Sprache auf gutem Niveau sprachen;
- dass der Beschwerdeführer seine Ehefrau besonders in den ersten Ehejahren finanziell unterstützte und ihr so das Leben in der Schweiz ermöglicht hat;
- dass der Beschwerdeführer ohne Heirat mit einer in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Person als beruflich nicht besonders qualifizierter Drittstaatsangehöriger keine realistischen Aussichten auf Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung hatte;
- dass die Ehegatten in ihren Befragungen einige (dargelegte) widersprüchliche Aussagen gemacht hatten.

346 BGER 2C\_331/2022 (26. Juli 2022).

347 Ibid., E. 4.2.

## f) Diskriminierungsverbot

Gem. Art. 2 FZA gilt für Staatsangehörige einer Vertragspartei, die ein rechtmässiges Aufenthaltsrecht in einer anderen Vertragspartei haben, ein grundsätzliches Verbot von Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Dies bedeutet, dass die Staatsangehörigen der Vertragsparteien im Vergleich mit Inländer:innen weder unmittelbar noch mittelbar schlechter behandelt werden dürfen, ausser es liegt eine Rechtfertigung vor.<sup>348</sup>

Eine spanische Staatsangehörige mit Behinderung machte vor dem BGer u.a. geltend, sie habe einen Anspruch auf Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit in der Schweiz (gem. Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA). Dabei argumentierte die Beschwerdeführerin, dass es sie als Person mit Behinderung diskriminiere, wenn das Aufenthaltsrecht davon abhängig gemacht werde, dass sie keine Ergänzungsleistungen beziehe.<sup>349</sup>

Das BGer prüfte das verfassungsrechtliche Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 2 BV) sowie menschenrechtliche Diskriminierungsverbote, namentlich Art. 14 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)<sup>350</sup> und Art. 5 des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention, BRK)<sup>351</sup>. Es prüfte, ob das Kriterium der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit Menschen mit Behinderungen indirekt diskriminiert. Dabei wies es auf die vorangegangene Rechtsprechung hin, wonach dieses Kriterium als potenziell diskriminierend betrachtet wurde. Personen, die in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt sind und für die die Beeinträchtigung je nach ihrer Form schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung hat, seien wegen eines nicht selbstverschuldeten und nicht aufgebaren Merkmals in spezifischer Art betroffen und gegenüber «gesunden» Bewerber:innen in besonderer Weise benachteiligt, woraus eine rechtsungleiche Behandlung resultiere.<sup>352</sup> Es bestehe aber ein legitimes Interesse daran, dass der öffentliche Haushalt nicht zusätzlich belastet wird, und die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung der Beschwerdefüh-

348 Art. 2 FZA verbietet hingegen nicht die sog. Inländerdiskriminierung, wonach Staatsangehörige der Vertragsparteien gestützt auf das FZA teilweise umfassendere Rechte geniessen als inländische Staatsangehörige. So hat das Bundesgericht beispielsweise im Bereich des Familiennachzugs eine Inländerdiskriminierung festgestellt, welche jedoch durch den Gesetzgeber zu beheben sei. BGE 136 II 120, E. 3.4 f. Im Hinblick auf die Erteilung von Schengen-Visa für Familienangehörige aus einem Drittstaat bestehe jedoch keine Inländerdiskriminierung, zumal hier das Schweizer Recht an EU-Recht angepasst wurde. Somit komme es nicht mehr auf die Nationalität des Einladenden (Schweizer:in oder Unionsbürger:in) an, sondern auf die Nationalität des Eingeladenen (welcher Drittstaat). BVGer F-2269/2022 (16. November 2022), E. 9.2.

349 BGer 2C\_121/2022 (24. November 2022), E. 4.2.

350 SR 0.101.

351 SR 0.109.

352 BGer 2C\_121/2022 (24. November 2022), E. 5.5; BGE 135 I 49, E. 61; vgl. aber auch BGE 126 II 377, E. 6 c).

rerin seien tatsächlich geeignet und erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen.<sup>353</sup> Damit sei die Ungleichbehandlung gerechtfertigt.

Hinsichtlich des Diskriminierungsverbots in Art. 2 FZA betonte das BGer, dass die Situation der Beschwerdeführerin nicht mit derjenigen von Drittstaatsangehörigen vergleichbar sei, weil Drittstaatsangehörige im Unterschied zu Angehörigen von Vertragsstaaten in der Regel gar keinen Anspruch auf die Ausstellung einer Aufenthaltsbewilligung ohne Erwerbstätigkeit hätten, selbst wenn sie dafür die finanziellen Mittel aufbringen würden. Zudem lehnte das BGer die Anwendung der EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürgerrichtlinie<sup>354</sup> ab. Diese sei für die Auslegung des FZA grundsätzlich nicht anwendbar.<sup>355</sup> Dies gelte insb. im Kontext von Sozialhilfeleistungen.<sup>356</sup> Mangels vergleichbarer Situation liege keine relevante Ungleichbehandlung und somit auch keine nach Art. 2 FZA verbotene Diskriminierung vor.

g) Diplomanerkennung und Zugang zu reglementierten Berufen

Um die Personenfreizügigkeit zu gewährleisten, haben sich die Vertragsparteien gem. Art. 9 FZA, Anhang III FZA und der Berufsanerkennungsrichtlinie<sup>357</sup> verpflichtet, Diplome, die in einem anderen Vertragsstaat erworben wurden, unter gewissen Voraussetzungen anzuerkennen.<sup>358</sup> Im Einzelfall erfordert dies – jedenfalls bei sog. reglementierten Berufen (berufliche Tätigkeiten bzw. eine Gruppe beruflicher Tätigkeiten, deren Aufnahme, Ausübung bzw. Arten der Ausübung aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften direkt oder indirekt das Vorhandensein bestimmter Berufsqualifikationen voraussetzt) – stets eine genaue Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen einer Ausbildung.<sup>359</sup> Es ist die Grundidee des auf die aller-

353 BGer 2C\_121/2022 (24. November 2022), E. 5.5.1.

354 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158, 77 ff.

355 BGE II 1, E. 2.3.

356 BGer 2C\_121/2022 (24. November 2022), E. 6.

357 Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

358 Vgl. zur Thematik der Diplomanerkennung im Berichtszeitraum neben den im Text aufgeführten Urteilen BVGer B-5636/2020 (22. März 2022) betreffend die Frage, ob die Vorinstanz auf die automatische Anerkennung gem. einer Vereinbarung aus 1937 zwischen Deutschland und der Schweiz hätte abstellen sollen; sowie BVGer B-3581/2021 (14. Juni 2022) betreffend die automatische Anerkennung einer Befähigung eines staatlich geprüften Architekten zur Ausübung der Bauaufsicht, erworben in Frankreich.

359 Die Berufsanerkennungsrichtlinie regelt lediglich die Anerkennung von Befähigungsnachweisen zu beruflichen Zwecken, jedoch nicht zu akademischen Zwecken. Bezüglich dieser Unterscheidung siehe aus dem Berichtszeitraum: BVGer B-3581/2021 (14. Juni 2022), E. 4.4.1 und 4.4.3.1; BVGer B-2762/2021 (19. Dezember 2022), E. 5. In Übereinstimmung mit dieser Trennung wurde in sämtlichen Entscheiden im Hinblick auf eine allfällige Anerkennung zu beruflichen Zwecken die Relevanz eines vorgängigen

meisten reglementierten Berufe anwendbaren allgemeinen Anerkennungssystem (Art. 10 ff. Berufsanerkenntnisrichtlinie), dass im Einzelfall die Gleichwertigkeit der absolvierten Ausbildung im Verhältnis zu der im Anerkennungsstaat verlangten Ausbildung überprüft wird und Ausgleichsmassnahmen nur verlangt werden dürfen, wenn und insoweit wesentliche Unterschiede festgestellt werden, welche auch nicht durch entsprechende Berufserfahrung aufgewogen werden können<sup>360</sup> (Art. 14 Abs. 5 Berufsanerkenntnisrichtlinie).

Allgemein gilt es, hinsichtlich der Berufsanerkenntnis zu klären, was unter «demselben Beruf» zu verstehen ist.<sup>361</sup> Gem. Art. 4 Abs. 2 Berufsanerkenntnisrichtlinie handelt es sich um denselben Beruf, wenn die jeweils umfassten Tätigkeiten vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit liege laut BVGer bei dem deutschen Beruf des Augenoptikermeisters und dem Schweizer Beruf des Optometristen nicht vor. Während es sich beim deutschen Augenoptikermeister primär um einen Handwerksberuf handle, sei die Tätigkeit des Schweizer Optometristen wissenschaftsbasiert und diene der medizinischen Erstversorgung.<sup>362</sup>

Eine weitere Voraussetzung der Anerkennung von Berufsqualifikationen betrifft deren Bildungsstufe. Gem. Art. 13 Abs. 1 lit. b Berufsanerkenntnisrichtlinie muss der Ausbildungs- oder Befähigungsnachweis mindestens das gleiche Niveau nach Art. 11 Berufsanerkenntnisrichtlinie aufweisen wie im Aufnahmemitgliedstaat gefordert oder zumindest nicht mehr als eine Stufe unter diesem Niveau liegen.<sup>363</sup> Eine slowenische Staatsangehörige mit einem ausländischen Diplom der Sekundarstufe II als Gesundheitstechnikerin beantragte die Anerkennung als Pflegefachfrau in der Schweiz, eine Ausbildung auf Tertiärstufe. Sie brachte vor, dass ihre ausländische Ausbildung aufgrund zusätzlicher Weiterbildungen, eines Arbeitszeugnisses sowie eines Anstellungsverhältnisses in der Funktion als Pflegefachfrau ebenfalls der Tertiärstufe zuzuordnen sei. Das BVGer verneinte jedoch diese Argumentation. Die Weiterbildungen der Beschwerdeführerin hätten zu kurz gedauert und erfolgten nicht nachweislich auf Tertiärstufe. Zudem handle es sich bei Arbeitszeugnissen und Arbeitsverträgen nicht um Bildungsabschlüsse, weshalb sie die Bildungsstufe nicht zu ändern vermögen.<sup>364</sup>

Anerkennungsentscheid des infrage stehenden Ausbildungsnachweises durch eine Hochschule verneint.

360 Vgl. hierzu während der Berichtsperiode: BVGer B-5437/2020 (20. Juli 2022), E. 10; BVGer B-373/2021 (30. August 2022), E. 8.

361 BVGer B-3879/2021 (27. September 2022).

362 Ibid., E. 3.4.

363 Zur Frage, ob ein Drittstaatsdiplom auf der Sekundarstufe II (Art. 11 lit. b Berufsanerkenntnisrichtlinie) oder auf der Tertiärstufe (Art. 11 lit. c Berufsanerkenntnisrichtlinie) einzuordnen ist, siehe aus dem Berichtszeitraum BVGer B-4639/2021 (8. September 2022), E. 5.3.

364 BVGer B-753/2021 (10. Oktober 2022), E. 4.4 und 4.5.

Ein anderer Fall betraf die Anerkennung als Pflegefachperson.<sup>365</sup> Hier musste das BVGer klären, ob die Vorinstanz angesichts ihrer Zweifel berechtigt war, den Ausbildungsnachweis der Beschwerdeführerin auf die Einhaltung der Mindestanforderungen zu prüfen – obwohl dieser die Erfordernisse eines im Anhang der Berufsanerkenntnisrichtlinie aufgezählten Ausbildungsnachweises erfüllt und dementsprechend automatisch anerkannt werden müsste. Das BVGer bejahte den «self-executing»-Charakter der Bestimmungen der Berufsanerkenntnisrichtlinie.<sup>366</sup> Es thematisierte die Auslegung des Art. 21 Berufsanerkenntnisrichtlinie, namentlich ob Ermessensspielraum bezüglich der automatischen Anerkennung besteht. Der Wortlaut des Art. 21 Berufsanerkenntnisrichtlinie spräche gegen eine inhaltliche ermessensweise Überprüfungsbefugnis der Ausbildungsnachweise durch den Aufnahmestaat.<sup>367</sup> Zudem regle Art. 50 Berufsanerkenntnisrichtlinie den Fall, dass berechtigte Zweifel hinsichtlich des Ausbildungsnachweises bestehen.<sup>368</sup> Letztlich ergäbe sich auch aus der EuGH-Rechtsprechung, dass im Rahmen der automatischen Anerkennung nach Art. 21 der Berufsanerkenntnisrichtlinie kein Raum für eine innerstaatliche Überprüfung des Vorliegens der Mindestvoraussetzungen bleibt.<sup>369</sup>

Darüber hinaus entschied das BVGer in mehreren Urteilen im Berichtszeitraum über die Zulässigkeit von Ausgleichsmassnahmen. So z.B. über die Frage des Ausgleichs von Lücken im theoretischen Bereich bei der Ausbildung zum Physiotherapeuten durch bereits vorhandene Berufserfahrung.<sup>370</sup> Im Ausbildungscurriculum zum Physiotherapeuten des Beschwerdeführers wurden Lücken in theoretischen Grundlagen des wissenschaftlichen Arbeitens und der Kenntnisse über Forschungsmethoden verzeichnet. Es fehlten Nachweise, dass der Beschwerdeführer sich diese Kompetenzen im Nachhinein angeeignet hat, und laut Vorinstanz könne dies nicht durch die 28-jährige Praxiserfahrung des Beschwerdeführers kompensiert werden. Die angeordneten Ausgleichsmassnahmen seien auch verhältnismässig (geeignet, die festgehaltenen Lücken zu füllen, und erforderlich, weil der Beschwerdeführer keine entsprechenden Weiterbildungen absolviert hat). Der Beschwerdeführer wandte ein, dass eine diskriminierende Behandlung des ausländischen Ausbildungsabschlusses gegenüber einem zeitgleich erworbenen Schweizer Titel vorliege. Inhaber:innen des alten Schweizer Diploms «dipl. Physiotherapeut:in» könnten nämlich gestützt auf

365 BVGer B-560/2021 (11. November 2022).

366 Ibid., E. 4.1.

367 Ibid., E. 4.2.2.

368 Ibid., E. 4.2.3. «So kann ein Aufnahmemitgliedstaat bei berechtigten Zweifeln von den zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats eine Bestätigung über die Authentizität der ausgestellten Bescheinigungen sowie gegebenenfalls eine Bestätigung darüber verlangen, dass der Antragsteller oder die Antragstellerin die Mindestanforderungen der Ausbildung erfüllt [...]»

369 Ibid., E. 4.2.5.

370 BVGer B-5953/2020 (6. Mai 2022).

eine Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über den nachträglichen Erwerb des Fachhochschultitels ihren bisherigen Beruf weiter ausüben, sofern sie u.a. einen Nachdiplomkurs auf Hochschulstufe im Fachbereich Gesundheit besuchen. Der Inhalt dieses Kurses müsse nicht zwingend Kenntnisse in «Evidence Based Practice» umfassen. Dem BVGer zufolge liege dadurch zwar eine Schlechterstellung des Beschwerdeführers vor. Diese Ungleichbehandlung sei jedoch gerechtfertigt durch den Umstand, dass die Verordnung des WBF lediglich bezwecke, Inhaber:innen des alten Schweizer Diploms zu ermöglichen, ihren bisherigen Beruf weiter auszuüben. Auf den Beschwerdeführer müsse jedoch das Recht – inklusive der hierin vorgesehenen aktuellen Ausbildungsanforderungen – angewendet werden, welches im Zeitpunkt seiner Gesuchstellung in Kraft war. Wenn die vorherige Ausbildung auch Inländer:innen nicht mehr zur Verfügung steht, könne nicht aus dem Diskriminierungsverbot gefolgert werden, dass Inhaber:innen mit ausländischen Qualifikationen weiterhin von abgeschafften Standards profitieren sollten. Das Anerkennungs-gesuch sei am 1. Mai 2020 gestellt worden, und eine Berufung auf die entsprechende Verordnung sei zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich gewesen.<sup>371</sup>

Zudem befasste sich das BVGer in einem Entscheid vom Juli 2022<sup>372</sup> mit den Voraussetzungen gem. Art. 14 Abs. 1 Berufsanerkennungsrichtlinie für die Anordnung von Ausgleichsmassnahmen. Konkret ging es einerseits um die Bestimmung der Differenz der jeweiligen Dauer des englischen «Master of Osteopathy» und des Schweizer «Master of Science HES in Osteopathie», wobei letzterer Ausbildungsnachweis in der Schweiz für die Ausübung des Berufs als Osteopath erforderlich ist. Hierfür sei ein einfacher Vergleich der Anzahl der European-Credit-Transfer-System (ECTS)-Punkte der beiden Abschlüsse nicht ausreichend und ebenso wenig der direkte Vergleich der Anzahl Jahre. Indem die Vorinstanz die Anzahl der ECTS-Punkte bzw. UK-Credits mit der jeweiligen Zeiteinheit (30 bzw. 10 Stunden) multiplizierte, habe sie die Differenz der Dauer der beiden Ausbildungen auf eine hinreichend präzise Weise berechnet.<sup>373</sup>

Ausserdem setzte sich das BVGer damit auseinander, wann sich die Fächer der ausländischen und der schweizerischen Ausbildung wesentlich voneinander unterscheiden (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b und c Berufsanerkennungsrichtlinie). Dies sei bereits dann der Fall, wenn ein wesentlicher Unterschied hinsichtlich der Dauer dieser Fächer bestehe. In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>374</sup> hätte die Vorinstanz zu Recht einen wesentlichen Unterschied bei Fächern festgestellt, deren

371 BVGer B-373/2021 (30. August 2022), E. 7.

372 BVGer B-5437/2020 (20. Juli 2022).

373 Für die Zeiteinheit pro ECTS könne sowohl 25 als auch 30 Stunden verwendet werden; im vorliegenden Fall führten beide Berechnungsweisen zum Ergebnis, dass die Differenz bezüglich der Dauer der beiden Ausbildungen ein Jahr überschreite.

374 Vgl. BVGer B-1332/2014 (7. Mai 2015), E. 5.2.

Dauer im Rahmen der ausländischen Ausbildung um 60% bzw. 37,5% bzw. 45% kürzer war als im Rahmen der Schweizer Ausbildung.<sup>375</sup> Die Frage, ob eine Differenz von 26% bei der Dauer eines Faches einen wesentlichen Unterschied darstellt – und folglich die Anordnung von Ausgleichsmassnahmen rechtfertigen kann – wurde vom BVGer offengelassen.<sup>376</sup>

Auch ein Entscheid des BVGer vom Dezember 2022<sup>377</sup> im Bereich der Psychiatrie behandelte u.a., ob wesentliche Unterschiede zwischen der von der Beschwerdeführerin (in Frankreich) abgelegten Ausbildung und der entsprechenden Ausbildung in der Schweiz vorliegen. Vorab betonte das BVGer die restriktive Auslegung des Begriffs der wesentlichen Unterschiede.<sup>378</sup> Insb. kritisierte die Beschwerdeführerin die Verwendung des Studienplans des Bildungszentrums Pflege Bern und machte geltend, dass für den Vergleich der Ausbildungen nur der nationale Studienplan massgeblich sei. Das BVGer bejahte entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin die bessere Eignung des Studienplans des Bildungszentrums Berns für die Äquivalenzfeststellung der von der Beschwerdeführerin absolvierten Ausbildung, weil dieser im Gegensatz zum nationalen Studienplan die unterrichteten Fächer und die Stundenzahl angebe. Tatsächlich sei die Bewertung der Äquivalenz durch die Vorinstanz aber mangelhaft, einschliesslich Fehler bei der Berechnung der Stundenzahl.<sup>379</sup> Das BVGer verwies den Fall an die Vorinstanz zurück mit der Begründung, dass die Darstellung der Berner Ausbildung durch die Vorinstanz nicht überzeugend sei und nicht als Vergleichsmaßstab für die infrage stehenden Ausbildungen dienen könne.

Ausserdem behandelten im Berichtszeitraum Urteile des BGer sowie des BVGer die grundsätzliche Frage, ob ein reglementierter Beruf vorliegt.

Im März 2022 entschied das BGer darüber, ob hinsichtlich der Anerkennung des Fachtitels in Geriatrie ein reglementierter Beruf vorliegt.<sup>380</sup> Die Prüfung, ob eine Berufsqualifikation i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a Berufsanerkenntnisrichtlinie gegeben ist, setze voraus, dass die Ausübung der Berufstätigkeit durch eine öffentlich-rechtliche Vorschrift reglementiert wird. Im Tarifvertrag Tarmed wird der Schwerpunkt der Geriatrie als qualitative Dignität aufgeführt und stellt eine Voraussetzung für gewisse Leistungsabrechnungen dar. Vor dem Hintergrund sei der Tarmed ein öffentlich-rechtlicher Vertrag.<sup>381</sup> Zudem können laut kantonalem Recht nur gewisse Spitä-

375 Vgl. ebenfalls BVGer B-373/2021 (30. August 2022), E. 6.2, worin das Bundesverwaltungsgericht bei einer Differenz von 37,5% zwischen der erforderlichen Anzahl ECTS und der effektiv im Rahmen der ausländischen Ausbildung erworbenen Anzahl ECTS von einem wesentlichen Unterschied ausging.

376 BVGer B-5437/2020 (20. Juli 2022), E. 9.2 f.

377 BVGer B-2762/2021 (19. Dezember 2022).

378 Ibid., E. 9.2.2.

379 Ibid., E. 10.2.5.

380 BVGer B-413/2020 (28. März 2022).

381 Ibid., E. 4.7.2.

ler mit Fachärzten mit Schwerpunkt Geriatrie gewisse Leistungen über die Grundversorgung abrechnen. Der Schwerpunkt der Geriatrie sei daher als eine reglementierte Berufstätigkeit nach Art. 3 Abs. 1 lit. a Berufsanerkenntnisrichtlinie anzusehen. Unerheblich seien Erwägungen der Vorinstanz, ob es sich um eine gemäss dem Medizinalberufegesetz<sup>382</sup> akkreditierte Weiterbildung oder – wie in diesem Fall – um einen lediglich privatrechtlich geregelten Weiterbildungstitel handle.<sup>383</sup>

Wenn der bzw. die Inhaber:in eines ausländischen Physiotherapeutendiploms im Sinne einer Ausgleichsmassnahme gem. Art. 14 Berufsanerkenntnisrichtlinie in der Schweiz für die Anerkennung seines bzw. ihres Diploms einen Anpassungslehrgang absolviert, muss diese Ausgleichsmassnahme durch eine begleitende Fachperson beurteilt werden. In einem Urteil vom November 2022<sup>384</sup> ging es darum, ob die Beschwerdeführerin als eine solche begleitende Fachperson für Anpassungslehrgänge für ausländischen Physiotherapeut:innen zugelassen werden muss. Das BVGer kam zum Schluss, dass es sich bei der von der Beschwerdeführerin angestrebten Tätigkeit um eine reglementierte Berufstätigkeit i.S.d. Berufsanerkenntnisrichtlinie handle. Es sei unbestritten, dass die Tätigkeit als Begleitperson eines Anpassungslehrgangs nicht frei zugänglich ist. Die Vorinstanz habe Anforderungen an Ausgleichsmassnahmen festgelegt, insb. auch für die berufliche Qualifikation der begleitenden und beurteilenden Fachperson. Die Aufnahme dieser Tätigkeit sei somit indirekt durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden, weshalb von einer reglementierten Berufstätigkeit i.S.d. Berufsqualifikationen auszugehen sei.

#### h) Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

Im September 2022<sup>385</sup> entschied das BVGer über den Anspruch eines französischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Frankreich auf Schweizer Invalidenrente.<sup>386</sup> Das BVGer nahm u.a. darauf Bezug, welches Recht (zeitlich gesehen) zur Anwendung kommt. Der französische Staatsbürger begann am 15. April 1991 in der Schweiz zu arbeiten, hatte dazu eine Grenzgängerbewilligung G und war Beitragszahler an die Schweizer AVS/AI. Das BVGer bejahte daher die Zuständigkeit der Schweizer Invalidenversicherungsstelle sowie die Anwendbarkeit von Schweizer Recht. Der Beschwerdeführer wohnte in Frankreich, aber sein Gesundheitszustand liesse sich auf die Zeit zurückführen, als er in der Schweiz gearbeitet hatte.<sup>387</sup> Hinsichtlich des

382 Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG), SR 811.11.

383 BVGer B-413/2020 (28. März 2022), E. 4.9.

384 BVGer B-603/2021 (9. November 2022).

385 Vgl. zur Thematik der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit im Berichtszeitraum neben dem im Text aufgeführten Urteil BVGer C-633/2022 (25. Oktober 2022); BVGer C-554/2020 (4. Juli 2022); BVGer C-3898/2018 (4. Oktober 2022).

386 BVGer C-4615/2021 (29. September 2022).

387 Ibid., E. 3.2.

(zeitlich gesehen) anwendbaren materiellen Rechts führte das BVGer aus, dass grundsätzlich das Recht anwendbar sei, das bei Eintritt des Sachverhalts, der rechtlich zu beurteilen ist oder rechtliche Folgen hat, gilt, vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen des Übergangsrechts. Bei einem Rechtswechsel während des massgeblichen Zeitraums bestimme sich ein allfälliger Anspruch auf Leistungen für die frühere Zeit nach dem alten Recht und ab Zeitpunkt des Rechtswechsels nach dem neuen Recht. Das FZA und entsprechende Koordinationsverordnungen sind erst in Kraft getreten, nachdem der Beschwerdeführer begonnen hatte, in der Schweiz zu arbeiten. Auch nach dem Inkrafttreten des FZA und der Koordinierungsverordnungen bestimme sich jedoch die Invalidität, die einen Anspruch auf Leistungen der Schweizer Invalidenversicherung begründet, ausschliesslich nach Schweizer Recht (gem. Art. 46 Abs. 3 Verordnung 883/2004 i.V.m. Annex VII der Verordnung<sup>388</sup>).<sup>389</sup>

i) Einschränkung der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

i) *Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit*

Gem. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA können die Rechte aus dem FZA eingeschränkt werden, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist. Insb. haben die Vertragsparteien das Recht, den Aufenthalt einer aufgrund des FZA aufenthaltsberechtigten Person zu beenden, wenn Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit – v.a. wegen strafrechtlicher Delikte – dies gebieten.<sup>390</sup> Voraussetzung dafür ist nach der Rechtsprechung des BGer das Vorliegen einer tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft.<sup>391</sup> Als schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gelten v.a. Drogen-,<sup>392</sup> Sexual-<sup>393</sup> und Gewaltdelikte.<sup>394</sup> Dem öffentlichen Interesse ist im Rahmen einer individuellen Prüfung immer auch das private Interesse der betroffenen Person an einem Verbleib in der Schweiz entgegenzustellen.

388 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, SR 0.831.109.268.1, ABl. 2004 L 166, 1–123.

389 BVGer C-4615/2021 (29. September 2022), E. 4.

390 Vgl. zur Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Berichtszeitraum neben den im Text erläuterten Urteilen BGer 2C\_4/2022 (11. August 2022).

391 Vgl. neben den im Text erwähnten Urteilen: BVGer F-2758/2021 (21. Dezember 2022), E. 7.

392 Betreffend Betäubungsmitteldelikte siehe: BGer 6B\_134/2021 (20. Juni 2022); BGer 2C\_4/20221 (1. August 2022; BVGer F-1868/2021 (15. September 2022); BVGer F-2885/2020 (6. Dezember 2022); BVGer F-1822/2022 (19. Dezember 2022).

393 Betreffend Sexualdelikte siehe: BGer 2C\_44/2022 (15. August 2022); BVGer F-2885/2020 (6. Dezember 2022).

394 Betreffend Gewaltdelikte siehe: BGer 6B\_916/2021 (14. Dezember 2022); BGer 6B\_123/2022 (8. Dezember 2022); BVGer F-882/2021 (18. Juli 2022).

Insgesamt nahm das BVGer in den Urteilen aus dem Berichtszeitraum bei Verstössen gegen die sexuelle Integrität eine eher strenge Haltung ein, womit es seine bisherige Rechtsprechung bestätigte, dass das öffentliche Interesse an einer Beendigung des Aufenthalts bei solchen Verstössen besonders hoch sei.<sup>395</sup> So z.B. auch im Fall eines portugiesischen Staatsangehörigen, der eine Sexualstraftat im Zuge eines Streits mit seiner Ehefrau beging, nachdem diese einem Bekannten eine intime Videodatei zukommen liess. Das BVGer betonte u.a., dass die mehrfache Vergewaltigung als schwerstes Sexualdelikt aufgrund ihrer Schwere und durch die Art und Weise ihrer Begehung eine spätere Rückfallgefahr – auch für weniger schwere Straftaten – möglich erscheinen lasse. Dass das Strafgericht die verübte Vergewaltigung im konkreten Fall verschuldensmässig eher im unteren Bereich der möglichen Tatvarianten eingestuft habe und dass die Tat in einem spezifischen Beziehungskontext begangen wurde, ändere daran nichts.<sup>396</sup>

Nicht nur die Schwere, sondern auch die Anzahl der begangenen Straftaten bzw. die Regelmässigkeit der Delinquenz spielt eine Rolle bei der individuellen Prüfung.<sup>397</sup> Im Fall einer FZA-berechtigten Person, die während vier Jahren über dreissig Einbruchs- und Einschleichenstähle verübte, folgte das BGer aus der Kumulation der Straftaten, dass bereits ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ausreiche.<sup>398</sup>

Ebenfalls zu berücksichtigen ist die seit der letzten Tatbegehung verstrichene Zeit.<sup>399</sup> So wurde ein hinreichendes Rückfallrisiko im Fall eines belgischen Staatsangehörigen verneint, der seine schwerste Straftat (Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren) vor über zwanzig Jahren beging und letztmals vor fünfzehn Jahren strafrechtlich verurteilt wurde.<sup>400</sup> In der Rechtsprechung wurde jedoch auch dem Umstand Rechnung getragen, ab wann die straffällige Person nicht mehr unter dem Eindruck des Strafverfahrens und/oder des ausländerrechtlichen Widerrufs- und Wegweisungsverfahrens stand, zumal bis zu diesem Zeitpunkt eine allfällige Straflosigkeit für die Beurteilung der Rückfallgefahr weniger ins Gewicht fallen könne.<sup>401</sup>

Bei der Beurteilung des Rückfallrisikos setzte sich das BGer auch mit weiteren individuellen Faktoren der betroffenen FZA-berechtigten Person auseinander. So wurde bei einem spanischen Staatsangehörigen, der eine Vielzahl von Straftaten be-

395 Siehe z.B. BGer 2C\_1049/2021 (18. März 2022); BGer 2C\_97/2022 (2. März 2022).

396 BGer 2C\_44/2022 (15. August 2022), E. 5.3.2 f.

397 Vgl. hierzu aus dem Berichtszeitraum BGer 2C\_558/2022 (4. August 2022); BGer 2C\_4/2022 (11. August 2022); BVGer F-963/2021 (17. Juni 2022); BVGer F-882/2021 (18. Juli 2022); BVGer F-536/2021 (30. August 2022); BVGer F-2185/2021 (13. Oktober 2022).

398 BGer 6B\_883/2021 (4. November 2022), E. 1.5.3.

399 Vgl. dazu auch BVGer F-1868/2021 (15. September 2022), E. 5.2.

400 BVGer F-2605/2020 (9. Juni 2022), E. 5.4.

401 Vgl. dazu auch BGer 2C\_4/2022 (11. August 2022), E. 6.3; BGer 2C\_44/2022 (15. August 2022), E. 5.3.3; BGer 6B\_916/2021 (14. Dezember 2022), E. 3.5.2; BVGer F-1868/2021 (15. September 2022), E. 7.1.5.

gangen und zusätzlich gewerbmässig mit Drogen gehandelt hatte, ein aktuelles und erhebliches Rückfallrisiko auf Faktoren wie die Involvierung mehrerer Familienangehöriger in den Drogenhandel und seine schwierige berufliche und finanzielle Situation (Verschuldung und Sozialhilfebezug) gestützt.<sup>402</sup>

Bei einer Person, die u.a. eine qualifizierte Brandstiftung begangen hatte, stützte das BGer ein beträchtliches Rückfallrisiko v.a. auf die dissoziale Persönlichkeitsstörung des Beschwerdeführers und die negative Prognose in einem psychiatrischen Gutachten, sowie die langjährige Abhängigkeit von multiplen Substanzen.<sup>403</sup>

In einem ähnlich gelagerten Fall ging das BGer bei einem alkoholabhängigen portugiesischen Staatsangehörigen mit psychischen Problemen, der u.a. in alkoholisiertem Zustand einen qualifizierten Raub begangen hatte, von einer ausreichenden Rückfallgefahr aus. Auch wenn gem. medizinischem Gutachten dieses Risiko mithilfe einer stationären Behandlung minimiert werden könne, sei dies nicht ausreichend, weil der Beschwerdeführer in der Vergangenheit bereits mehrere stationäre Behandlungen in Anspruch genommen hatte und es trotzdem zur Tat gekommen ist.<sup>404</sup>

## ii) *Einreiseverbote*

Um zukünftige Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu verhindern, kann das SEM für eine bestimmte Zeit Einreiseverbote aussprechen (Art. 67 AIG). Solchen Einreiseverboten steht das Recht auf Einreise gem. Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA entgegen.<sup>405</sup> Dementsprechend müssen im Fall der Einreiseverweigerung einer FZA-berechtigten Person die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA erfüllt sein. Zudem darf das Einreiseverbot auf höchstens fünf Jahre beschränkt sein, wobei Ausnahmen nur zulässig sind, wenn die öffentliche Ordnung und Sicherheit in einem schwerwiegenden Mass gefährdet sind.<sup>406</sup>

Um sich bei einem Einreiseverbot auf die Voraussetzungen in Art. 5 Anhang I FZA berufen zu können, muss laut Rechtsprechung des BGer nicht nur die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates des FZA, sondern auch ein gültiges Aufenthaltsrecht vorliegen.<sup>407</sup>

Bei der Entscheidung über das Einreiseverbot eines algerischen Staatsbürgers war die Anwendbarkeit des FZA strittig.<sup>408</sup> Das BVGer betonte, dass sich ein algerischer

402 BGer 2C\_4/2022 (11. August 2022), E. 6.4.

403 BGer 6B\_1264/2021 (13. Juli 2022), E. 1.10.

404 BGer 6B\_916/2021 (14. Dezember 2022), E. 3.5.2.

405 Vgl. zu Einreiseverboten neben den im Text erläuterten Urteilen BVGer F-4843/2021 (25. August 2022); BVGer F-5023/2021 (25. August 2022); BVGer F-1868/2021 (15. September 2022).

406 BVGer F-1442/2021 (12. April 2022); BVGer F-1498/2020 (19. Januar 2022); BVGer F-822/2020 (18. Januar 2022).

407 Siehe dazu BGer 2C\_762/2021 (13. April 2022).

408 BVGer F-536/2021 (30. August 2022).

Staatsangehöriger als Drittstaatsangehöriger grundsätzlich nicht auf das FZA stützen könne. Im konkreten Fall liege aber eine besondere Konstellation vor, weil der algerische Staatsangehörige zwei Kinder (eines davon minderjährig) mit französischer Staatsangehörigkeit hatte und mit einer italienischen Staatsangehörigen verheiratet war. Die genannten Familienangehörigen hatten alle eine gültige Aufenthaltserlaubnis in der Schweiz. Laut BVGer habe die Vorinstanz diese familiäre Situation nicht ausreichend berücksichtigt und das FZA ohne entsprechende Bewertung unangewendet gelassen.<sup>409</sup> Zudem bestätigte das BVGer in diesem Fall seine bisherige Rechtsprechung<sup>410</sup> zu Einreiseverboten in Form von Anschlussverfügungen. Die Vorinstanz verfügte nämlich ca. eineinhalb Jahre vor Gültigkeitsende eines bestehenden Einreiseverbots bereits ein zweites Einreiseverbot, das sich an das bestehende Einreiseverbot anschliessen sollte. Solange ein erstes Einreiseverbot noch in Kraft ist, könne sich jedoch ein weiteres Einreiseverbot nicht an das erste anschliessen, sondern dieses lediglich ergänzen. Als Geltungsbeginn müsse somit der Zeitpunkt herangezogen werden, an dem das zweite Einreiseverbot ausgesprochen wurde (folglich berechnet sich die Dauer des Einreiseverbots ab diesem Tag) und nicht das Ende des noch geltenden Einreiseverbots.<sup>411</sup> Letztlich hob das BGer den Entscheid auf und wies den Fall zurück an die Vorinstanz.

In verschiedenen Urteilen im Berichtszeitraum war u.a. die Dauer der entsprechenden Einreiseverbote strittig.

Im Juni 2022<sup>412</sup> erging ein Urteil über das Einreiseverbot gegen einen im Ausland wohnhaften italienischen Staatsangehörigen, dem die Mitgliedschaft in leitender Funktion in einer in Italien operierenden mafiösen Organisation unterstellt wurde. Obwohl der Beschwerdeführer nie für eine Straftat mit assoziativem Charakter verurteilt worden war, gäbe es genügend hinreichend konkrete Gefährdungselemente. Es bestünden zahlreiche sonstige strafrechtliche Verurteilungen – mitunter wegen illegalem Waffenbesitz – sowie mehrere Präventivmassnahmen gegen den Beschwerdeführer. Dazu komme, dass er immer wieder in Ermittlungsverfahren und Gerichtsakten in Italien auftauche und die italienischen Ermittler keine Zweifel an der Mitgliedschaft des Beschwerdeführers in einer mafiösen Organisation hätten. Mangels Verurteilung wegen einer Straftat mit assoziativem Charakter und wegen der schlechten gesundheitlichen Verfassung des Beschwerdeführers sei die Dauer des Einreiseverbots jedoch von 20 auf 13 Jahre zu reduzieren.<sup>413</sup>

Ein weiterer vom BVGer im Juni 2022 entschiedener Fall betraf das zweijährige Einreiseverbot einer italienisch-nigerianischen Staatsangehörigen, deren Kind sich unter der Aufsicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) in der

409 Ibid., E. 8.2.1.

410 Vgl. BVGE 2021 VII/4.

411 BVGer F-536/2021 (30. August 2022), E. 6.2.

412 BVGer F-3297/2019 (13. Juni 2022).

413 BVGer F-3297/2019 (13. Juni 2022), E. 15 f. und 18.3 f.

Schweiz aufhielt. Das Einreiseverbot erging u.a. wegen mehrerer in der Schweiz und in Italien begangener Straftaten. Hinzu kam der instabile psychische Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin. Diese hatte massive Drohungen gegenüber den Mitgliedern der KESB und der Beistandsperson ihrer Tochter ausgesprochen und angekündigt, ihre Tochter mitzunehmen. Die Gefährdung von Leib und Leben der KESB-Mitglieder und der Beistandsperson sowie die Gefährdung des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Tochter komme einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gleich.<sup>414</sup> Hinsichtlich der Dauer des zweijährigen Einreiseverbots zog das BVGer Art. 8 EMRK für eine Abwägung des öffentlichen Interesses an der Beschränkung des Aufenthalts der Beschwerdeführerin mit dem Interesse der Beschwerdeführerin, ihre Tochter zu besuchen, heran. Hierbei führte das BVGer aus, dass dem monatlichen Besuchsrecht der Beschwerdeführerin mit Suspensionen des Einreiseverbots Rechnung getragen werden könne. Die Beschwerdeführerin habe mit mehrmaligen (illegalen) Einreisen in die Schweiz gezeigt, dass sie das Besuchsrecht von Italien aus wahrnehmen und offenbar auch finanzieren könne. Ihr könne überdies zugemutet werden, für administrative Angelegenheiten bei Bedarf Hilfe von Drittpersonen in Anspruch zu nehmen.<sup>415</sup>

Im Juli 2022 entschied das BVGer über das achtjährige Einreiseverbot eines deutschen Staatsbürgers, der seit seiner Geburt in der Schweiz lebte.<sup>416</sup> Das BVGer hob hervor, dass es (anders als im nationalen Recht) bei Art. 5 Anhang I FZA auf das Rückfallrisiko ankomme für die Feststellung, ob das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstellt. Hingegen stelle Art. 5 Anhang I FZA keine strengeren Anforderungen an eine Fernhaltemassnahme als das nationale Recht, soweit es um das Erfordernis einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne des AIG gehe.<sup>417</sup> Liegt eine solche Gefahr vor, sei ein Einreiseverbot mit einer Dauer von mehr als fünf Jahren zulässig unabhängig davon, ob der oder die Betroffene sich auf das FZA berufen könne oder nicht.<sup>418</sup> Aufgrund der an den Tag gelegten grossen kriminellen Energie (u.a. Verurteilung wegen versuchter vorsätzlicher Tötung im Notwehrexzess, Drohung, Widerhandlungen gegen das Waffengesetz sowie Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes) des Beschwerdeführers sei von einer Rückfallgefahr und damit auch von einer gegenwärtigen und hinreichend schweren Gefährdung, die die Grundinteressen der Gesellschaft berühre, im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA auszugehen.<sup>419</sup> Die achtjährige Dauer des Einreiseverbots liesse sich v.a. dadurch rechtfertigen, dass Leib und Leben als höchstes Rechtsgut ge-

414 BVGer F-963/2021 (17. Juni 2022), E. 9.3 f.

415 Ibid., E. 10.3.2.

416 BVGer F-882/2021 (18. Juli 2022).

417 Ibid., E. 6.

418 BGE 139 II 121, E. 6.2; BGER 2C\_365/2018 (1. April 2019), E. 5.1.1 m.H.

419 BVGer F-882/2021 (18. Juli 2022), E. 7.1.

fährdet sind. Eine durch Gutachten attestierte Rückfallgefahr mittleren Ausmasses reiche damit aus, um von einer gegenwärtigen, tatsächlichen und hinreichend schweren Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FAZ auszugehen. Das BVGer kam zum Ergebnis, dass die öffentlichen die privaten Interessen des Beschwerdeführers überwiegen. Die vorsätzliche Tötung und die schwere Körperverletzung wurden vom Verfassungsgeber als besonders verwerflich betrachtet und können zu einem obligatorischen Einreiseverbot von fünf bis fünfzehn Jahren führen.<sup>420</sup>

Ausserdem war das achtjährige Einreiseverbot eines italienischen Staatsbürgers strittig.<sup>421</sup> In diesem Fall wurde die Fünf-Jahres-Grenze überschritten, obwohl der Beschwerdeführer kein Vergehen gegen Leib und Leben begangen hatte (elf strafrechtliche Verurteilungen, u.a. gewerbs- und bandenmässiger Diebstahl, Betrug, Sachbeschädigung, Veruntreuung und Hausfriedensbruch).<sup>422</sup> Vor dem Hintergrund kam das BVGer zum Schluss, dass das Einreiseverbot zu Unrecht die Dauer von fünf Jahren überschreite. Nach einer Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen, insb. unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Beziehungen des Beschwerdeführers zu seinen in der Schweiz lebenden Familienmitgliedern nicht zufriedenstellend hergestellt werden können, und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls setzte das BVGer die Dauer des umstrittenen Einreiseverbots auf fünf Jahre fest.<sup>423</sup>

In einem Urteil vom Dezember 2022<sup>424</sup> äusserte sich das BVGer zur Zulässigkeit eines Einreiseverbots von mehr als 15 Jahren aufgrund «aussergewöhnlicher Umstände». Der Beschwerdeführer war in Italien und in der Schweiz insgesamt dreimal wegen Eingriffen in die sexuelle Integrität von bis zu fünf Minderjährigen zu mehreren Freiheitsstrafen (zuletzt von sieben Jahren) verurteilt worden. Es handle sich in der Tat um aussergewöhnliche Umstände, welche ein 20-jähriges Einreiseverbot rechtfertigen würden, zumal die Person ein Wiederholungstäter sei, es sich bei der sexuellen Integrität von Minderjährigen um ein besonders schützenswertes Rechtsgut handle, der Beschwerdeführer an einer dauerhaften bzw. nicht therapierbaren psychischen Störung leide (schwere psychische Unreife) und der Täter auf besonders skrupellose Weise gehandelt habe (machte seine Opfer mittels Droge wehrlos). Entgegen der bisherigen Rechtsprechung – welche Art. 67 Abs. 3 Satz 2 AIG in Übereinstimmung mit Art. 66a ff. StGB anwendete – sei es nicht erforderlich, dass bereits ein früheres Einreiseverbot vorliegt.<sup>425</sup>

420 Ibid.

421 BVGer F-2185/2021 (13. Oktober 2022).

422 Ibid., E. 9.6.

423 Ibid., E. 7.2.

424 BVGer F-2885/2020 (6. Dezember 2022).

425 Ibid., E. 9.5 und 12.

In mehreren Urteilen stellte das BVGer fest, dass für die Zulässigkeit eines Einreiseverbots keine strafrechtliche Verurteilung vorausgesetzt werde.<sup>426</sup> Urteile dazu betrafen einen ähnlichen Sachverhalt rund um ein Teppichunternehmen:<sup>427</sup> Verschiedene FZA-berechtigte Personen beantragten im Frühling 2021 die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf simulierte Arbeitsverträge mit besagtem Unternehmen. In der Folge widerriefen die Behörden die Aufenthaltsbewilligungen, und das SEM verhängte zwei- bzw. dreijährige Einreiseverbote. Die Zulässigkeit der Einreiseverbote wurde vom BVGer unterschiedlich beurteilt. Der mit dem simulierten Arbeitsvertrag begangene Verstoß gegen ausländerrechtliche Bestimmungen genügte für sich nicht, um eine freizügigkeitsbeschränkende Massnahme zu rechtfertigen.<sup>428</sup> Die Verhängung eines Einreiseverbots war einzig gegenüber einem französischen Staatsangehörigen, der zusätzlich wegen Strassenverkehrsdelikten (u.a. Fahren mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,58 Promille sowie Gefährdung der körperlichen Integrität des kontrollierenden Polizisten) verurteilt worden war, sowie gegenüber einem spanischen Staatsangehörigen, der mehrere weitere niederschwellige Straftaten (ebenfalls verschiedene Strassenverkehrsdelikte sowie Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte) begangen hatte, zulässig.<sup>429</sup>

### *iii) Strafrechtliche Landesverweisung*

Eine Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB ist eine strafrechtliche Massnahme, die vorsieht, dass Ausländer nach einer Verurteilung aufgrund gewisser Straftaten – unabhängig von der Höhe der Strafe – grundsätzlich 5–15 Jahre des Landes verwiesen werden müssen. Art. 66a Abs. 2 StGB beinhaltet eine Härtefallklausel, nach der in Ausnahmefällen von der Landesverweisung abgesehen werden kann, wenn die privaten die öffentlichen Interessen überwiegen, wobei der besonderen Situation von in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen Ausländer:innen Rechnung zu tragen ist. Trotz dieser Härtefallklausel bestehen Zweifel der Vereinbarkeit der Regelung der strafrechtlichen Landesverweisung mit dem FZA (namentlich Art. 5 Anhang I FZA). Diese Frage wurde in mehreren Urteilen im Berichtszeitraum behandelt.<sup>430</sup>

Das BGer hielt u.a. fest, dass sich Staatsangehörige einer Vertragspartei auch bei einer anstehenden Landesverweisung nicht auf das FZA berufen können.<sup>431</sup>

426 Z.B. BVGer F-5081/2021 (31. Oktober 2022), E. 8.2.; BVGer F-963/2021 (17. Juni 2022), E. 9.4 m.H.

427 BVGer F-4843/2021 (25. August 2022); BVGer F-5023/2021 (25. August 2022); BVGer F-5081/2021 (31. Oktober 2022).

428 BVGer F-5023/2021 (25. August 2022), E. 8.2.

429 BVGer F-5081/2021 (31. Oktober 2022), E. 8.2 f.

430 Vgl. zur strafrechtlichen Landesverweisung im Berichtszeitraum neben den im Text erläuterten Urteilen BGer 6B\_149/2021 (3. Februar 2022).

431 «Wie die Vorinstanz im Übrigen zu Recht ausführt, ist das Freizügigkeitsabkommen (FZA; SR 0.142.112.681) vorliegend nicht anwendbar. Der Beschwerdeführer verfügt zugegebenermassen über kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz. Damit erübrigt sich eine Prüfung der Voraussetzungen von Art. 5

Zudem bestätigte das BGer in einem Urteil vom Februar 2022<sup>432</sup> seine strenge Rechtsprechung, dass bei Delikten wie Betäubungsmittelhandel oder schwere Körperverletzung regelmässig die Interessen an einer Wegweisung überwiegen. Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko könne für eine aufenthaltsbeendende Massnahme ausreichen. Die 55-jährige Beschwerdeführerin, die seit ihrem neunten Lebensjahr in der Schweiz lebte, argumentierte u.a., die Vorinstanz habe bei der fünfjährigen Landesverweisung die Umstände des Einzelfalls nicht genügend berücksichtigt. Das BGer bestätigte jedoch die Prognose der Vorinstanz zum Rückfallrisiko und sah keinen Verstoß gegen das FZA. Der positive Therapieverlauf und die Stabilisierung der Lebensführung der Betroffenen seien ausreichend berücksichtigt worden. Die einschlägigen Vorstrafen sowie die Freiheitsstrafe, die mangelnde wirtschaftliche Integration (Teilzeitanstellung auf Abruf), die benötigte Methadonsubstitution und die gutachterlich festgestellte erhebliche Gefahr eines erneuten Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz sprächen für die Wegweisung.

Soweit ersichtlich verneinte das BGer die Vereinbarkeit der strafrechtlichen Landesverweisung mit dem FZA im Berichtszeitraum nicht. Bemerkenswert ist aber, dass das BGer die Notwendigkeit der Einzelfallbetrachtung und eines Rückfallrisikos anerkennt (im Gegensatz zum in Art. 66a ff. StGB vorgesehenen grundsätzlichen Automatismus).<sup>433</sup> So nahm das BGer z.B. in einem Urteil vom Juli eine Interessensabwägung vor einschliesslich einer Rechtfertigungsprüfung nach Art. 8 EMRK.<sup>434</sup> Die Interessensabwägung im Rahmen der Härtefallklausel habe sich laut BGer an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren.<sup>435</sup>

## 2. Schengen-/Dublin-Assoziierung

Besonders beachtet wurde 2022 ein Urteil des BGer<sup>436</sup> zur Vereinbarkeit der sog. Dublin-Renitenzhaft mit den einschlägigen Dublin-rechtlichen Vorgaben. In der Sache ging es um einen algerischen Staatsangehörigen, der vom SEM in den zuständigen Dublin-Staat Belgien weggewiesen wurde. Anfang 2021 nahm das Migrationsamt des Kantons Thurgau den Betreffenden für sechs Wochen in eine Dublin-Ausschaffungshaft (Art. 76a Abs. 3 lit. c AIG). In der Folge wurde er für sechs Wochen in eine Dublin-Renitenzhaft genommen (Art. 76a Abs. 4 AIG). Das Ver-

Anhang I FZA und steht das FZA einer Landesverweisung gem. Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB nicht entgegen.» BGer 6B\_305/2021 (28. April 2022), E. 4.3.4.

432 BGer 6B\_149/2021 (3. Februar 2022).

433 EPINEY & ROVELLI, *supra* Fn. 246, 322.

434 BGer 6B\_1264/2021 (13. Juli 2022), E. 1.8.1. Siehe z.B. auch BGer 6B\_305/2021 (28. April 2022), E. 4.3.3.

435 Siehe z.B. BGer 6B\_883/2021 (4. November 2022), E. 1.3.4 mit Verweis auf BGE 145 IV 161, E. 3.4; BGer 6B 1077/2020 (2. Juni 2021), E. 1.2.3; 6B 1178/2019 (10. März 2021), E. 3.2.5, nicht publ. in: BGE 147 IV 340.

436 Urteil der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung, BGer 2C-610/2021 (11. März 2022); BGE 148 II 169.

waltungsgericht des Kantons Thurgau stellte in der Folge fest, dass das Migrationsamt die Dublin-Ausschaffungshaft zu Unrecht angeordnet hatte. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens war daher lediglich die Dublin-Renitenzhaft.

Das BGer stellte fest, dass die Renitenzhaft widerrechtlich erfolgt war. Zu diesem Zweck rief es v.a. die Vorgaben von Art. 28 Dublin-III-Verordnung in Erinnerung, der die Inhaftierung einer Person im Rahmen des Dublin-Verfahrens erlaubt, wenn sie die Sicherstellung des Überstellungsverfahrens in den zuständigen Dublin-Staat bezweckt. Allerdings sind auch die dort verankerten Beschränkungen zu beachten. Insb. dürfen gem. Art. 28 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung Personen nicht allein deshalb in Haft genommen werden, weil sie sich in einem Dublin-Verfahren befinden. Vielmehr ist im Rahmen einer Einzelfallprüfung eine Haft zur Sicherung des Überstellungsverfahrens zulässig, wenn erhebliche Fluchtgefahr besteht, die freiheitsentziehende Massnahme verhältnismässig ist und weniger einschneidende Massnahmen unwirksam erscheinen (Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung). Zudem enthält Art. 28 Abs. 3 Dublin-III-Verordnung Vorgaben für die maximale Haftdauer.

Diese Vorgaben hat der EuGH im *Amayry*-Urteil von 2017 konkretisiert,<sup>437</sup> welches insofern auch bei der Auslegung der nationalen Haftbestimmungen der Schweiz zu berücksichtigen ist.<sup>438</sup> Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau war davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber mit Art. 76a Abs. 4 AIG bewusst von den Dublinrechtlichen Vorgaben habe abweichen wollen (wobei das BGer diese Auffassung nicht teilte<sup>439</sup>). Sogar wenn dies der Fall wäre, steht dem die ständige Rechtsprechung entgegen, derzufolge die menschen- und freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz einer von der völkerrechtlichen Norm abweichenden nationalen Regelung auch dann vorgehen, wenn der schweizerische Gesetzgeber davon abweichen wollte.<sup>440</sup> Es verbleibt hier also kein Raum für die Anwendung der «Schubert»-Praxis.<sup>441</sup> Die nationalen Bestimmungen sind dementsprechend in Übereinstimmung mit den Vorgaben von Art. 28 Dublin-III-Verordnung in Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu dieser Bestimmung auszulegen.<sup>442</sup> Folglich ist die Festhaltung im Rahmen des Dublin-Verfahrens auf sechs Wochen ab Wegfall der aufschiebenden Wirkung bzw. der Vollziehbarkeit des Überstellungsentscheids beschränkt.<sup>443</sup>

Das gegenständliche Urteil hat zu grundsätzlich positiver Resonanz im Schrifttum geführt, wenngleich damit – auch im Hinblick auf das *Amayry*-Urteil selbst, das

437 EuGH, Rs. C-60/16, *Amayry*, EU:C:2017:675.

438 BGer, supra Fn. 436, E. 4.2.1.

439 Ibid., E. 5.3.

440 Ibid., E. 5.2. mit Verweis auf BGE 142 II 35, E. 3.2.

441 Vgl. STEPHAN BREITENMOSER & ROBERT WEYENETH, *Europarecht – Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz–EU*, 4. Aufl., Zürich 2021, Rn. 1033.

442 BGer, supra Fn. 436, E. 5.2., mit Verweis auf BGE 146 II 201, E.4.2–4.3 (für den Schengenbereich).

443 Ibid., E. 4.2.4, mit zahlreichen Hinweisen auf das Schrifttum.

im Ausnahmefall eine Haftdauer bis zu zwei Monaten für zulässig hält<sup>444</sup>, – noch nicht alle Fragen hinsichtlich der höchstzulässigen Haftdauer im Dublin-Verfahren geklärt sind.<sup>445</sup>

Das BGer äusserte sich in einem weiteren Urteil von 2022 zur Dublin-Haft.<sup>446</sup> Dort zitierte es bereits das vordiskutierte Leiturteil mit der erneuten Betonung, dass nationale Bestimmungen wie Art. 76a und 80a AIG in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen im Sinne des zu übernehmenden bzw. übernommenen EU-Sekundärrechts (diesfalls die Haftregeln der Dublin-III-Verordnung) auszulegen seien.<sup>447</sup> In der Sache beurteilte das BGer die verhängte ausländerrechtliche Administrativhaft als unrechtmässig, da aufgrund blosser Aussagen nur mit grösster Zurückhaltung eine Untertauchungsgefahr angenommen und Dublin-Haft verhängt werden dürfe, wohingegen diese Gefahr *in casu* angesichts der Umstände stark relativiert war.<sup>448</sup>

Das BVGer nahm im Jahr 2022 etwa aus rechtsstaatlicher Sicht zu Art. 5 Dublin-III-Verordnung Stellung, welcher ein «persönliches Gespräch» (das sog. «Dublin-Gespräch») vorsieht.<sup>449</sup> Im betreffenden Fall hatte der von den Beschwerdeführenden schon zu Beginn des Verfahrens mandatierte Rechtsvertreter moniert, keine Vorladung zum Dublin-Gespräch erhalten zu haben, da die elektronische Zustellung an einen anderen Rechtsanwalt in seiner Kanzlei erfolgt sei. Das SEM gewährte dem Rechtsvertreter in der Folge das rechtliche Gehör, verweigerte aber die von diesem begehrte Wiederholung des Dublin-Gesprächs. Das BVGer hielt die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs für nicht ausreichend. In Anwendung von Art. 5 Abs. 2 lit. b der Dublin-III-Verordnung könne auf das persönliche Gespräch zwar verzichtet werden, wenn die Antragstellenden sämtliche sachdienlichen Angaben zur Bestimmung der Dublin-Zuständigkeit gemacht hätten und ihnen Gelegenheit gegeben worden sei, weitere Informationen vorzulegen. *In casu* seien die Voraussetzungen für einen derartigen Verzicht aber nicht gegeben gewesen. Das Recht auf Vertretung und Verbeiständung würde seines Sinns entleert und umgangen, könnte die Vorinstanz statt der Durchführung eines persönlichen Gesprächs unter Mitwirkung einer Rechtsvertretung diese wahlweise zu einer (nachträglichen) schriftlichen Stellungnahme anhalten.<sup>450</sup>

444 EuGH, Rs. C-60/16, supra Fn. 437, Rn. 47; dazu BGer, supra Fn. 436, E. 4.2.1.

445 Vgl. etwa PIRAS, supra Fn. 2, 420–421; vgl. auch D. TRAN et al., «Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts / La jurisprudence du Tribunal fédéral en droit des personnes étrangères et de la nationalité», in: A. Achermann et al. (Hg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2021/2022 / Annuaire du droit de la migration 2021/2022, Bern 2022, 109–164, 128 f.

446 BGer 2C\_27/2922 (9. Mai 2022).

447 Ibid., E. 3.3.

448 Ibid., E. 3.6.

449 BVGer F-5211/2021 (7. Januar 2022).

450 Ibid., E. 5.2.

Erwähnenswert sind darüber hinaus Entwicklungen in der Rechtsprechung des BVGer zur Zulässigkeit von Dublin-Überstellungen bei Zweifeln an der Menschenrechtslage vor Ort, von denen zwei herausgegriffen werden sollen. In einem Urteil vom 28. März 2022 entschied das Gericht, dass es zwar keinen Anlass sehe, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, wonach der Vollzug der Wegweisung nach Griechenland grundsätzlich zulässig ist.<sup>451</sup> Wie das Gericht – im Blick auf die prekäre Aufnahmesystem in Griechenland<sup>452</sup> – in Erinnerung ruft, könne diese Regelvermutung aber im Einzelfall umgestossen werden, wobei es der betreffenden Person obliege, ernsthafte Anhaltspunkte dafür vorzubringen, dass die griechischen Behörden im konkreten Fall das Völkerrecht verletzen, ihr nicht den notwendigen Schutz gewähren oder sie menschenunwürdigen Lebensumständen aussetzen würden respektive dass die betroffene Person in Griechenland aufgrund von individuellen Umständen sozialer, wirtschaftlicher oder gesundheitlicher Art in eine existenzielle Notlage geraten würde.<sup>453</sup> Diese Legalvermutung gelte grundsätzlich auch für vulnerable Personen (auch Schwangere oder Personen, welche an gesundheitlichen Problemen leiden)<sup>454</sup>, aber nicht für äusserst vulnerable schutzberechtigte Personen wie etwa unbegleitete Minderjährige oder Personen, deren psychische oder physische Gesundheit in besonders schwerwiegender Weise beeinträchtigt ist.<sup>455</sup> Eine eingehendere Prüfung sei bei Familien mit Kindern erforderlich; da im gegebenen Fall die erforderlichen Abklärungen aber nicht erfolgt seien, hiess das BVGer die Beschwerde gut.<sup>456</sup>

Bis zu einem gewissen Grad gegenläufig entschied das Gericht hinsichtlich Dublin-Überstellungen nach Italien.<sup>457</sup> Seitdem in Italien im Jahr 2020 die Bestimmungen des sog. «Salvini-Dekrets» weitgehend rückgängig gemacht worden sind, hätten sich die Bedingungen für besonders vulnerable Asylsuchende verbessert. Vor diesem Hintergrund müsse das SEM vor der Überstellung in sog. «take charge»-Fällen (Personen, die noch kein Asylgesuch in Italien gestellt haben) nicht (mehr) systematisch bei allen Personen mit gravierenden Gesundheitsproblemen individuelle Garantien der italienischen Behörden einholen. Demgegenüber seien die Schweizer Behörden bei «take back»-Fällen (Personen, die ein Asylgesuch bereits eingereicht haben oder deren Gesuch abgelehnt wurde) weiterhin gehalten, ausreichende individuelle Garantien einzuholen.

### 3. Luftverkehrsabkommen (LuftVA)

451 BVGer E-3427/2021 und E-3431/2021 (28. März 2022).

452 Vgl. *ibid.*, E. 8–E. 9.

453 *Ibid.*, E. 11.4.

454 *Ibid.*, E. 11.5.1.

455 *Ibid.*, E. 11.5.3.

456 *Ibid.*, E. 11.5.2, 12.

457 BVGer D-4235/2021 (22. April 2022).

In einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren wendete das BVGer u.a. das LuftVA an. Die Wettbewerbskommission (WEKO) erliess im Dezember 2013 eine Verfügung, in der sie Preisabsprachen im Bereich der Luftfracht feststellte. Betroffen waren Strecken zwischen der Schweiz und fünf Staaten ausserhalb der EU. Die WEKO sanktionierte dabei elf Fluggesellschaften, wobei sich die Sanktionen insgesamt auf rund 11 Millionen Franken beliefen. In der Folge erhoben neun Airlines Beschwerde beim BVGer. Dieses entschied über diese Beschwerden in neun Urteilen vom 16. November 2022.<sup>458</sup> Drei Beschwerden hiess das Gericht gut. Die drei betroffenen Unternehmen transportierten ihre Fracht zuerst auf dem Landweg in ein EU-Land und anschliessend per Flugzeug in ein Drittland. Das LuftVA sieht hierzu in Art. 11 Abs. 2 eine Zuständigkeit der schweizerischen Behörden für «Strecken zwischen der Schweiz und Drittländern» vor. Nach Ansicht des BVGer seien von diesen Strecken einzig Flugstrecken erfasst. Dies ergäbe sich u.a. aus Art. 2 LuftVA, der den sachlichen Anwendungsbereich grundsätzlich auf Luftstrecken einschränke.<sup>459</sup> Daher war die WEKO nicht zuständig, die fraglichen Frachttransporte zu beurteilen.

458 BVGer B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-780/2014, B-784/2014, B-785/2014, B-786/2014 und B-787/2014 (16. November 2022).

459 Siehe z.B. BVGer B-787/2014 (16. November 2022), 18: Art. 2 Luftverkehrsabkommen «schränkt dabei den Anwendungsbereich auf den *Luftverkehr* ein. Transporte auf dem *Landweg* fallen grundsätzlich unter das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 (Landverkehrsabkommen, SR 0.740.72, in Kraft ab 1. Juni 2002).»



# Le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel : Étude sur les atteintes à la personne en droit français à la lumière du droit suisse

Silvain Vernaz\*

Dans notre société, il existe une tendance grandissante à vouloir trouver un coupable à chaque fois qu'un fait non intentionnel cause un dommage à autrui. L'opinion publique refuse que certains accidents puissent être expliqués en termes d'imprévisibilité, de fatalité ou de risque inhérent à l'activité humaine : il faut qu'un responsable soit puni. Ce constat pose la question fondamentale du champ d'application du droit pénal en matière non intentionnelle, c'est-à-dire de la nécessité de recourir au droit répressif pour appréhender ces situations.

L'expression de « fait non intentionnel » décrit un ensemble d'hypothèses que le droit pénal peut ou non être amené à appréhender. La vie quotidienne est émaillée de ces faits non intentionnels de l'homme – gestes ou activités du quotidien –, qui, fort heureusement, ne tombent le plus souvent pas sous le coup de la loi pénale. Certains faits peuvent cependant engendrer une atteinte aux personnes en caractérisant une imprudence ou une négligence au sens de la loi pénale. La difficulté réside toutefois dans le flou de ces incriminations car elles ont vocation à s'appliquer à toute prise de risque. Pourtant, il est essentiel de pouvoir prévoir ces solutions pénales car il en va de la sécurité juridique.

Le droit pénal doit s'attacher à trouver un juste équilibre dans la répression du fait non intentionnel. D'une part, il ne doit pas accepter l'impunité lorsque surviennent de véritables défaillances blâmables. Le droit pénal doit permettre de rappeler à chacun la mesure de son devoir. D'autre part, il doit faire attention à ne pas sanctionner automatiquement l'auteur d'un dommage pour ne pas réduire à peau de chagrin la liberté d'entreprendre nécessaire à la vie en société. L'équilibre est fragile, ce qui explique pourquoi le seuil de la répression est délicat à déterminer en la matière.

L'objet de cette thèse est de redéfinir ce seuil de répression, qui marque le passage entre les faits non intentionnels devant être sanctionnés pénalement et ceux qui sont admissibles. Certains comportements dommageables qui ne témoignent d'aucune indifférence sociale à l'égard d'autrui doivent être exclus du champ de la répression.

\* Docteur des Universités de Strasbourg et de Bâle, Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, membre du CERDACC, membre associé du CDPF.

Nous cherchons ainsi à dégager, dans les droits suisse et français, les critères qui permettent de déterminer de manière adéquate le seuil de la répression.

L'étude traditionnelle du droit positif se montre le plus souvent insuffisante pour établir ce seuil en raison du caractère ouvert des incriminations d'imprudence. Les législations suisse et française se fondent sur deux variables de la répression, à savoir le comportement en lui-même et le lien de causalité, qui sont décrits de manière extrêmement large. En France, cela a conduit le juge à interpréter ces éléments en allant clairement dans le sens de la répression. Cette tendance a été critiquée car elle conduisait à de trop nombreuses condamnations, notamment des maires, en retenant des fautes pour des défaillances minimales. Le législateur français a alors essayé de mieux circonscrire ces éléments qui font varier la répression du fait non intentionnel. Après une première réforme en 1996, il est ensuite intervenu une nouvelle fois en 2000, en instaurant un système original, qui distingue tant la causalité directe de l'indirecte, que la faute simple de la faute dite « qualifiée », qui est plus grave. Ce faisant, le législateur français s'est éloigné du régime unitaire tel que le connaît le droit suisse pour mettre à sa place un régime dualiste complexe. Cette réforme était sensée définir un nouveau seuil de la répression pour les personnes physiques en les faisant échapper à la punition lorsqu'elles ont commis une faute simple en lien de causalité indirect avec le dommage.

Cependant, il est apparu à l'usage que cette réforme n'a guère fonctionné pour limiter la sévérité des condamnations dès lors que la distinction entre ces différentes catégories légales se révèle incertaine et largement soumise à l'appréciation du juge français. Ce résultat est d'autant plus surprenant que, dans le même temps, le juge pénal suisse a le plus souvent su faire preuve de modération dans la répression en matière de négligence malgré les termes particulièrement larges de la loi et sans qu'une réforme ne soit nécessaire. Il a su s'appuyer sur la réflexion de nombreux auteurs qui ont travaillé sur l'adéquation de la répression en matière non intentionnelle dans le cadre de la théorie du risque autorisé. Cette théorie, reconnue par le Tribunal fédéral, dispose que le risque est inhérent à toute activité humaine et que ne pas l'admettre conduirait inéluctablement à l'atonie de la société. En conséquence, la prise d'un certain risque doit être autorisée par le droit pénal lorsque l'activité présente un certain intérêt social. Cette théorie permet de prendre en compte l'existence de certains risques nécessaires à la société pour apprécier de manière dynamique l'admissibilité du comportement d'une personne.

Cette théorie suisse nous a servi de support pour élargir la réflexion en droit français, en y intégrant l'idée qu'il existe certains risques qui doivent être admis en droit pénal. Sans qu'il soit besoin de modifier la loi française, cette nouvelle approche vient compléter et affiner l'approche traditionnelle, en fournissant de nombreux paramètres pour évaluer ce qui est normalement diligent au sens du Code pénal français et ainsi différencier la faute de la simple erreur que tout un chacun peut être amené à commettre dans la gestion diligente d'une activité à risque. Elle permet ainsi une

meilleure prévisibilité des solutions pénales en matière non intentionnelle, en proposant en particulier d'analyser la gestion du risque selon un principe de proportionnalité innovant, qui met en balance l'utilité de l'action avec le risque pris, afin d'aider le juge pénal à fixer le seuil définitif de la répression.

Cette approche renouvelée du fait non intentionnel conduit à préciser de façon concrète et accessible quel doit être le seuil de la répression là où il manque encore de netteté en droit positif, favorisant ainsi un meilleur respect de l'exigence de sécurité juridique.

Doctoral Thesis, « Le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel : Étude sur les atteintes à la personne en droit français à la lumière du droit suisse », University of Strasbourg and Basel (supervised by J. Leblois-Happe, S. Gless and B. Sträuli), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2023, ISBN : 978-3-7190-4643-9.





## CONTRIBUTIONS

Der Klimawandel vor Gericht:  
Klimaklagen als institutionelles Dilemma?  
(Lorenz Langer)

Klimaschutz vor Schweizer Gerichten  
(Mirina Grosz)

Klimaschutzklagen – Herausforderung für die deutsche Judikative  
(Christian Bickenbach)

Klimaklagen vor den Gerichten der EU:  
Der «People’s Climate»-Fall und Luxemburger «judicial self-restraint»  
(Andreas Th. Müller)

## RECENT PRACTICE

Rechtsprechung zum internationalen Schuldrecht  
und zum internationalen Zwangsvollstreckungsrecht  
(Ivo Schwander)

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2022) –  
Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2022)  
(Maria Ludwiczak Glassey & Thomas Wahl)

Europarecht: Schweiz – Europäische Union  
(Andreas Th. Müller & Janine Prantl)